teoría & derecho

REVISTA DE PENSAMIENTO JURÍDICO

LA REFORMA LABORAL DE 2012: UNA LECTURA SOSEGADA

SUMARIO

DEBATE
La reforma laboral de 2012: una lectura sosegada
Artículos de:
José Luis Monereo Pérez
Jesús R. Mercader Uguina
José María Goerlich Peset
Antonio V. Sempere Navarro
Ana de la Puebla Pinilla
Tomás Sala Franco
Ángel Blasco Pellicer

ESTUDIOS
Referentes culturales y filosóficos de la justicia restaurativa (Emilia Bea)
Libertad de expresión y crítica política a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (María Luisa Cuerda Arnau)
Los elementos subjetivos del tipo de acción. (Un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción) (Carlos Martínez-Buján Pérez)
Ferrajoli y después. Una reflexión sobre los fundamentos de la teoría del derecho (Tomás S. Vives Antón)

TEMAS DE HOY
La medida cautelar de administración judicial en el proceso penal. La seguridad jurídica y la tutela judicial en el Reino de España. El caso Intervida (Juan Montero Aroca)
La LO 8/2012 de 27 de diciembre, ¿realmente medidas de eficencia y profesionalización de la Justicia? (Javier Zaldívar Robles)

VARIA
Moderne deutsche strafrechtsdenker, edición preparada por Thomas Vormbaum. Ed. Springer. Heidelberg, 2011. Crítica bibliográfica de Jacobo López Barja de Quiroga

n13

tirant lo blanch

REVISTA SEMESTRAL. JUNIO 13/2013

teoría & derecho

REVISTA DE PENSAMIENTO JURÍDICO

REVISTA SEMESTRAL. JUNIO 13/2013
http://teoriayderecho.tirant.com

CONSEJO EDITORIAL:
Tomás S. Vives Antón
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia (Director)
Ángel M. López y López
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla
María José Añón Roig
Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia (Coordinadora)

COMITÉ CIENTÍFICO:
Francisco Muñoz Conde
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla
Tomás Sala Franco
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia
Luis López Guerra
Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid
Luciano Parejo Alfonso
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid
Javier de Lucas Martín
Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia
Víctor Moreno Catena
Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid
Marta Lorente Sariñena
Catedrática de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
José Ramón Cossío Díez
Magistrado de la Suprema Corte de Justicia de México
Owen M. Fiss
Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la Universidad de Yale (EEUU)
Ruth Zimmerling
Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz (Alemania)
Héctor Olásolo
Catedrático de Derecho Internacional Penal y Procesal de la Universidad de Utrech (Países Bajos)
Angelika Nußberger
Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Catedrática de Derecho Internacional de la Universidad de Colonia (Alemania)
Jorge A. Cerdio Herran
Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho. Instituto Autónomo Tecnológico de México

Asistente a la dirección: Víctor Merino Sancho

PVP número suelto: 55 euros (IVA incluido)
PVP suscripción anual (2 números): 99 euros (IVA incluido)

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

Correspondencia
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

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

© Tirant lo Blanch
Telfs.: 96/361 00 48 - 50
Fax: 96/369 41 51
Mail: tlb@tirant.com
http://www.tirant.com
ISSN: 1888-3443
Depósito legal: V - 2840 - 2007
Diseño y maquetación: PMc Media
Imprime: Guada Impresores, S.L.

SUMARIO

DEBATE
La reforma laboral de 2012: una lectura sosegada

Presentación 9
Ángel Blasco Pellicer

Crisis económica y reforma laboral en la larga duración histórica..... 13
José Luis Monereo Pérez

Una reforma laboral para el empleo: diagnósticos, objetivos e ideas 67
Jesús R. Mercader Uguina

La flexiguridad en la reforma laboral de 2012..... 91
José María Goerlich Peset

Desaparición del despido exprés y reducción de los costes del despido..... 105
Antonio V. Sempere Navarro

Las paradojas del despido colectivo tras la supresión de la autorización administrativa..... 129
Ana de la Puebla Pinilla

El impacto de la reforma laboral en el empleo público..... 157
Tomás Sala Franco

Un nuevo marco legal para la negociación colectiva..... 167
Ángel Blasco Pellicer

ESTUDIOS

Referentes culturales y filosóficos de la justicia restaurativa 193
Emilia Bea

Libertad de expresión y crítica política a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos..... 215
María Luisa Cuerda Arnau

Los elementos subjetivos del tipo de acción. (Un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción) 233
Carlos Martínez-Buján Pérez

Ferrajoli y después. Una reflexión sobre los fundamentos de la teoría del derecho 281
Tomás S. Vives Antón

TEMAS DE HOY

La medida cautelar de administración judicial en el proceso penal. La seguridad jurídica y la tutela judicial en el Reino de España. El caso Intervida..... 331
Juan Montero Aroca

La LO 8/2012 de 27 de diciembre, ¿realmente medidas de eficiencia y profesionalización de la Justicia? 349
Javier Zaldívar Robles

VARIA

Moderne deutsche strafrechtsdenker, edición preparada por Thomas Vormbaum. Ed. Springer. Heidelberg, 2011..... 355
Critica bibliográfica de Jacobo López Barja de Quiroga

SUMMARY

DISCUSSION
The 2012 Labor Market Reform: A placid reading

Presentation 9
Ángel Blasco Pellicer
Economic Crisis and Labor Reform in the historical long term 13
José Luis Monereo Pérez
A Labor Reform for employment: Diagnosis, targets and ideas..... 67
Jesús R. Mercader Uguina
Flexicurity in the Labor Market Reform 2012..... 91
José María Goerlich Peset
Disappearance of the express dismissal and reduction of dismissal costs..... 105
Antonio V. Sempere Navarro
The paradox of collective dismissals after the abolition of administrative approval 129
Ana de la Puebla Pinilla
The Impact of the Labor Market Reform in the Public Work..... 157
Tomás Sala Franco
A New legal framework for collective bargaining..... 167
Ángel Blasco Pellicer

STUDIES

Pivotal figures in the philosophical culture of restorative justice 193
Emilia Bea
Freedom of expression and political criticism in the European Court of Human Rights..... 215
María Luisa Cuerda Arnau
The subjective elements of the action legally typified. (A study on the basis of the significant concept of the action)..... 233
Carlos Martínez-Buján Pérez
Ferrajoli and afterwards: a consideration on fundamentals of theory of law 281
Tomás S. Vives Antón

TODAY'S ISSUES

La medida cautelar de administración judicial en el proceso penal. La seguridad jurídica y la tutela judicial en el Reino de España. El caso Intervida..... 331
Juan Montero Aroca
The organic Law 8/2012 of 27 december, are they really budgetary efficiency measures in the Administration of Justice?..... 349
Javier Záldivar Robles

VARIA

Moderne deutsche strafrechtsdenker, Thomas Vormbaum. Ed. Springer. Heidelberg, 2011..... 355
Book Review by Jacobo López Barja de Quiroga

DEBATE

La reforma laboral de 2012: una lectura sosegada

Presentación
Ángel Blasco Pellicer
Crisis económica y reforma laboral en la larga duración histórica
José Luis Monereo Pérez
Una reforma laboral para el empleo: diagnósticos, objetivos e ideas
Jesús R. Mercader Uguina
La flexiguridad en la reforma laboral de 2012
José María Goerlich Peset
Desaparición del despido exprés y reducción de los costes del despido
Antonio V. Sempere Navarro
Las paradojas del despido colectivo tras la supresión de la autorización administrativa
Ana de la Puebla Pinilla
El impacto de la reforma laboral en el empleo público
Tomás Sala Franco
Un nuevo marco legal para la negociación colectiva
Ángel Blasco Pellicer

PRESENTACIÓN

Ángel Blasco Pellicer
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia

1.- Lo que conocemos como «reforma laboral de 2012» es fruto de varias normas: el RDL 3/2012, de 11 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral; la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral; el RDL 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad y la Ley 13/2012, de 26 de diciembre de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social. Este conjunto normativo ha provocado la reforma del ordenamiento laboral más importante desde la publicación de la primera versión del Estatuto de los Trabajadores que, mediante la Ley 8/80, de 10 de marzo, cumplió el mandato constitucional del artículo 35 CE. Es cierto que la incidencia de cada norma en el conjunto de la reforma ha sido dispar; el bloque central lo constituyó el binomio Real Decreto-Ley 3/2012 y la Ley 3/2012; pero las posteriores, de incidencia indudablemente menor, se situaron en la misma línea y apuntalaron, en algunos supuestos de forma decisiva, la nueva configuración del mal llamado «mercado laboral» español.

Variadas son las circunstancias que permiten calificar a la reforma laboral que nos ocupa de singular y trascendental. No es sólo la amplitud de los preceptos reformados y de las instituciones afectadas, se trata de la intensidad de los cambios y, sobre todo, del cambio de paradigma, puesto que las normas reformadoras parten de la convicción de que la crisis económica ha puesto en evidencia la insostenibilidad del modelo laboral español, cuyos problemas lejos de ser coyunturales son estructurales y afectan a los fundamentos mismos de nuestro modelo sociolaboral. Consecuentemente, las nuevas normas tratan de establecer fórmulas modernas y distintas al servicio del establecimiento de un marco jurídico claro y seguro que contribuya a la gestión eficaz de las relaciones laborales y que facilite la creación de puestos de trabajo, así como la estabilidad en el empleo.

2.- La reforma se justifica a sí misma porque la gravedad de la situación económica y del empleo fundamenta la adopción de medidas inmediatas que proporcionen a los operadores económicos y laborales un horizonte de seguridad jurídica y confianza en el que desenvolverse con certeza para conseguir recuperar el empleo. Para ello, opta decididamente por la flexiseguridad, en clave de equilibrio en la regulación de las relaciones laborales. En ese marco tres son los grandes propósitos u objetivos a los que se dirige la reforma: el primero, la potenciación de la flexibilidad interna frente a la externa. En efecto, desde la convicción de que en España, durante los ciclos económicos recesivos se destruye mucho más empleo que en los países de nuestro entorno, el legislador pretende fomentar el recurso a medidas modificativas, suspensivas, de reducción de jornada o de disminución de salarios u otras condiciones para adecuar los costes laborales, evitando las medidas que impliquen extinciones contractuales. En segundo lugar, se pretende combatir la dualidad laboral fomentando la creación de empleo estable frente a la cultura de la temporalidad, tan incrustada en la operatividad empresarial. Por último se busca favorecer la empleabilidad de los trabajadores

desocupados para incrementar las posibilidades de que encuentren un empleo, potenciando la formación y ampliando las posibilidades de intermediación laboral.

3.- Desde la perspectiva del diagnóstico de la situación y de los objetivos que habría que alcanzar, la reforma se inserta en la larga serie de modificaciones que el ordenamiento laboral español ha ido habilitando desde la aparición del Estatuto de los Trabajadores. En estos aspectos las novedades son meramente de matiz respecto de casi todas las reformas precedentes. Existe entre los operadores jurídicos una convicción común sobre los perversos efectos que sobre el empleo producen las crisis económicas; igualmente, no había ni parece haber disensiones respecto de los objetivos que debería propiciar cualquier modificación normativa. El problema radica en los instrumentos, en los medios que deben utilizarse para la consecución de los objetivos pretendidos. En este punto, normalmente, las sucesivas reformas han encontrado críticas y aplausos. Sin embargo, la reforma laboral de 2012 ha concitado unas y otras con más trascendencia y con mayor intensidad. La razón reside, probablemente, en que esta vez se ha operado sobre aspectos neurálgicos de la ordenación de las relaciones laborales; se han modificado instituciones y regulaciones que venían constituyendo supuestas señas de identidad del sistema, que para algunos se consideran inmutables y para otros su modificación se entiende como imprescindible.

4.- En este contexto, el análisis jurídico puede realizarse desde el sosiego y la reflexión y con la perspectiva que otorga la distancia temporal que permite analizar las diferentes implicaciones de las grandes transformaciones que ha sufrido el ordenamiento jurídico laboral. Ese fue el propósito de la dirección de la revista cuando me encargó la coordinación del debate sobre la reforma laboral de 2012; realizar, un año después, un análisis profundo pero, en todo caso, sosegado que contemplase las principales cuestiones. Así, tras una amplia reflexión sobre las relaciones entre la crisis económica y el derecho del trabajo, se abordan los diferentes instrumentos que las normas reformadoras han utilizado para conseguir los objetivos pretendidos: las medidas de fomento al empleo y de intermediación laboral; la desaparición del despido exprés y la rebaja de la cuantía indemnizatoria; la potenciación de las fórmulas de flexibilidad interna; la supresión de la autorización administrativa en los procesos de reorganización productiva; las nuevas reglas de ordenación de la negociación colectiva y el impacto de la reforma en el empleo público.

5.- Únicamente me resta agradecer a la editorial y a la dirección de la Revista el encargo y las facilidades para llevarlo a cabo; confío en que el resultado que el lector tiene en sus manos responda al propósito del encargo. También es de justicia testimoniar la gratitud a todos los autores que con sus análisis y reflexiones han hecho posible un intenso debate y fundado debate sobre la reforma laboral.

Valencia, mayo de 2013.

ECONOMIC CRISIS AND LABOR REFORM IN THE HISTORICAL LONG TERM

RESUMEN

En virtud del proceso de reformas laborales que sucesivamente se han puesto en práctica, se generalizan medidas de «ordenación y regulación del mercado de trabajo», en un sentido de remercantilización del trabajo humano hasta límites solo imaginables en comparación con otras épocas liberalizadoras que se estimaron, prematuramente, superadas. Cada vez menos el Derecho del Trabajo es un Derecho de «desmercantilización relativa y generalizada del trabajo» (que sólo es capaz de aportar una desmercantilización de baja intensidad). La tendencia visible es a intensificar la «mercantilización de todas las cosas» y en particular los derechos sociales. La empresa se organiza de manera visible como una «sociedad u organización disciplinaria» objeto de gobernanza. Están en declive unas relaciones laborales cooperativas y la participación activa de los sindicatos en la gestión de la empresa. La empresa tiende, nuevamente, a conformarse como una organización monista del poder, por contraposición a su concepción como una organización pluralista donde coexisten poderes e intereses divergentes que buscan en la definición de los objetivos de la empresa un equilibrio entre la razón económica y la razón social.

En el ciclo de las reformas se adoptan medidas inequívoca y manifiestamente desequilibradas en las relaciones de poder en el mundo del trabajo, dentro de la empresa, en el mercado de trabajo y en el ámbito de la política pública sociolaboral. Se efectúa un creciente desmantelamiento de la «propiedad social» o «colectiva», es decir, un desmantelamiento del Estado Social construido en la segunda postguerra mundial. Actualmente se asiste a una acumulación selectiva que no sólo se basa en la producción y en la especulación financiera, sino también en la «acumulación por desposesión» mediante la privatización de servicios públicos y remercantilización de derechos sociales (Sanidad, Pensiones, etc.). Se están desmantelando y mercantilizando los marcos reguladores jurídico-institucionales destinados a proteger a las personas y en particular a los trabajadores, ampliando el espacio económico mercantil hasta donde se consideraba antes espacio reservado a los «bienes públicos obstruidos» respecto al juego del intercambio mercantil.

Se imponen, igualmente, medidas que ponen en cuestión al Derecho del Trabajo como un Derecho comprometido con el empleo, pues el pleno empleo ha dejado de ser en la práctica (y más allá de la retórica al uso) el objetivo prioritario de la política económica y social. Lo que se impulsa ahora es el Derecho del Trabajo como Derecho de fomento de la competitividad de las empresas y de la economía «nacional» y «europea». Estas son las prioridades y el cambio de enfoque consiguiente.

PALABRAS CLAVE

Crisis económica, reforma laboral, segmentación de los mercados de trabajo, precariedad laboral, derecho flexible del trabajo, constitución flexible y neoliberal del trabajo, «estado mercado», desmantelamiento de las garantías sociales, crisis de la idea de «justicia social».

ABSTRACT

As a consequence of the successive labor market reforms, there have been generalized measures of «arrangement and regulation of the labor market»; in a sense of re-commodification of human work with limits, only thinkable in comparison with those liberalizing periods, prematurely considered as surpassed. Less and less, the Labor law is a field of Law with a «relative and generalized de-commodification of work» (which is only able to contribute a de-commodification of low intensity). This visible tendency leads to intensify the «commodification of everything», and particularly, the social rights. Companies organize themselves like «societies or disciplinary organizations», object of governance. Some cooperative labor relations and the active participation of trade unions in the management of companies are in decline. The company tends, again, to define itself like a monist organization of power, by contrast to its conception like a pluralistic organization where powers coexist with divergent interests, looking for a balance between the economic and the social reason in the definition of the objectives of the company.

In the cycle of reforms, measures adopted show unequivocal and manifestly unbalanced concerning labor relations, within the company, in the labour market, and the scope of the socio-labor public policy. Therefore, an increasing dissembled of the «social» or «collective» property takes place, that is to say, a dismantling of the Social State, constructed in the Second World Postwar period. At the moment, one attends a period of selective accumulation, not only based on the production and the financial speculation, but also on the «accumulation by de-possession», through the privatization of public services and the re-commodification of social rights (HealthCare, old-age pensions, etc.). They are being dismantled and they are commodifying the legal and institutional regulatory frameworks intended for the protection of people, and particularly, workers, extending the commercial economic space to that space considered before reserved to the «public goods obstructed» to the rules of the commercial exchange.

Likewise, there are imposed some measures, which question the Labor law is committed to the employment, because actually the full employment has stopped being in practice (and beyond the rhetoric to the use) the high-priority objective of the economic and social policy. What it is impelled now is the Labor law as Law for the promotion of the competitiveness of companies and the «national» and «European» economy. These are the priorities and changes of the consequent approach.

KEYWORDS

Economic crisis, labor market reform, segmentation of the labor markets, labor precariousness, Flexible Labour Law, flexible and neoliberal constitution of labor, «Market State», dismantling of the social guarantees, crisis of the «social justice» idea.

CRISIS ECONÓMICA Y REFORMA LABORAL EN LA LARGA DURACIÓN HISTÓRICA

José Luis Monereo Pérez
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

Sumario: 1. Introducción: La crisis económica y los fundamentos existenciales del Derecho Social del Trabajo. 2. Medidas de reforma y la necesaria contención y reducción de los procesos de dualización y precarización laboral. 3. Liberalización de los mercados de trabajo, Derecho flexible del Trabajo y forma de «Estado Mercado». La desestructuración y parcial desmantelamiento de las bases institucionales de los mercados laborales. 4. Conclusión. Las consecuencias de los procesos de reforma laboral ¿Es el Derecho del Trabajo un Derecho «invertido»?

«El trabajo no es una mercancía»
Declaración de Filadelfia relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo, 10 de mayo de 1944

«La inestabilidad generalizada obstruye cualquier opción para crear vínculos sociales duraderos»
Richard Sennet[1]

1. INTRODUCCIÓN: LA CRISIS ECONÓMICA Y LOS FUNDAMENTOS EXISTENCIALES DEL DERECHO SOCIAL DEL TRABAJO

La reforma laboral se inserta en el contexto problemático de la globalización y la presente coyuntura de crisis económica estructural, en la época actual de capitalismo desorganizado, con un desarrollo desequilibrado orientado al mercado y la reducción de la acción política y la regulación jurídica moderna al principio de mercado. La globalización plantea nuevos retos a la tradición del constitucionalismo social y su forma política, el Estado Social de Derecho, tanto a nivel de los Estados nacionales como en su propuesta de extensión a la Unión Europea, como un nuevo espacio geopolítico definido. El poder (político y socio-económico) adquiere dimensiones transnacionales y no es absolutamente independiente de las grandes potencias estatales.

El mismo proceso de integración europea no es, evidentemente, ajeno a esta nueva fase de la mundialización. Hunde sus raíces, como se sabe, en un complejo de causas diversas, pero la Unión Europea se ve inmersa —mostrando una gran impotencia— en un entorno profundamente cambiado desde los orígenes de la construcción del proyecto europeo. Ese

nuevo espacio político y jurídico hasta el momento sólo ha sido capaz de ofrecer una *respuesta insuficiente* ante la globalización y las exigencias de reforzar el sistema democrático y los derechos sociales de ciudadanía consustanciales a la tradición europea del constitucionalismo democrático-social.

La crisis económica —cuyas causas, bien conocidas, derivan del modelo de capitalismo especulativo, de «rapiña», que ha imperado en las últimas décadas— está siendo aducida como fundamento para un desmantelamiento de los derechos sociales fundamentales que han venido estando garantizados en el constitucionalismo social de los Estados europeos más avanzados desde la segunda postguerra mundial. Se había tratado de extender ese modelo de constitucionalismo social al ámbito de la integración europea, dotando a la Unión Europea, con carácter integrador, no sólo de una «constitución económica», sino también de una «constitución social» garantista. Ese proceso de constitucionalización en curso, es incompleto y adolece de relevantes limitaciones.

El «ciclo» de reformas iuslaborales es reflejo de un proceso político, donde se optan por determinadas opciones de política del Derecho. No se trata de un pretendido proceso tecnocrático, sino de una decisión sustancialmente política. El marco de referencia no puede ser desatendido ni simplificado, pues literalmente estamos ante un cambio de época. Ello es perceptible ya por el hecho de que el modelo de capitalismo ha cambiado. Interesa recordar que el Estado Social y el Derecho Social siempre han estado en evolución: son sistemas evolutivos como condición de supervivencia y de eficiencia para hacer frente a las exigencias de una sociedad en constante transformación. El último paso sobre lo ya andado en el ciclo de reformas recientes (desde la de 2010-2011, aunque tiene sus antecedentes más lejanos) viene representado por la importante Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. En esa secuencia de reformas existen líneas de continuidad y de discontinuidad. Interesa, a nuestros efectos, señalar, en este contexto histórico-normativo, los elementos más significativos que determinan el *modelo* de regulación diseñado por la reforma laboral llevada a cabo finalmente por la Ley 3/2012.

Se plantea el reto de la internacionalización económica, la diferenciación económica y social postindustrial y la proclividad hacia formas de «austeridad permanente». El capitalismo ha adquirido dimensiones globales y domina el capitalismo especulativo y financiero. La financiarización del capitalismo actual[2] comporta un consiguiente incremento del poder financiero en lo económico, lo político y lo social, alterando el comportamiento de los demás agentes e instituciones públicas y privadas hasta llegar a imponer qué es lo legítimo. El poder financiero ha controlado a la economía productiva y al consumo internacional, y ha hecho plegarse, en gran medida, a sus condiciones a las instituciones políticas nacionales y supranacionales, especialmente a los países más débiles y vulnerables, dejando fuera cualquier consideración de racionalidad social. De este modo, la lógica financiera se sobrepone a la lógica productiva. Está propiciando (que no determinando *per se*) la destrucción de las bases sociales fundamentales del trabajo en la tradición del constitucionalismo democrático-social. La nueva forma de Estado, el «Estado Mercado» consagra la centralidad del mercado y están haciendo prevalecer la razón económica (exigencias del mercado) sobre la razón social (necesidades de la sociedad).

El «Estado Mercado» se pone al servicio del mercado y de los poderes económicos y financieros dominantes. Las iniciativas de las instituciones políticas de la Unión Europea (Consejo y Comisión Europea) obedecen al predominio de la constitución económica europea. Bajo su impulso e imposición se aprobó el «Pacto fiscal», el cual se ha constitucionalizado en varias constituciones europeas (incluida España) y se han llevado a cabo importantes reformas en el Derecho Social, tanto en el Derecho del Trabajo como en el Derecho de la Seguridad Social, especialmente en materia de pensiones. De manera renovada se restablece

la vieja utopía liberal de una «sociedad de mercado», según la cual el mercado económico no el espacio político es la auténtica instancia reguladora de la sociedad. Sin embargo, ni el Estado Social de Derecho, ni el Derecho Social del Trabajo, pueden ser relegados a simples instrumentos institucionales al servicio de la racionalidad del mercado. El Estado Social es una respuesta política y jurídica a la creciente necesidad de regular las complejas relaciones económicas y sociales, vinculadas al proceso de industrialización y modernización, y al mismo tiempo a las exigencias de una mayor protección social de los ciudadanos. Precisamente, la crisis actual es, en gran medida, la consecuencia de la subordinación de la Sociedad al Mercado, esto es, a su lógica de racionalización puramente instrumental[3].

Esto ha permitido que las necesidades humanas se amolden a la lógica de la racionalización económica y financiera no al revés, lo que se hace visible en el recorte o supresión de protecciones sociolaborales. Con ese proceso de reformas paulatinas lo que se está redefiniendo la constitución democrático-social del trabajo del Estado Social, bajo el «velo» que supone la presentación del proceso «reformista» en términos de replanteamiento y adaptación del llamado «modelo social europeo» a los cambios económicos y sociales en curso. La orientación de la nueva forma Estado no es la propia de una Estado del Bienestar activo, sino la de un Estado del Bienestar «residual» propugnado desde hace tiempo por la ideología neoliberal. En el ámbito de la Unión Europea prevalece la integración negativa (construcción del mercado interior europeo) sobre la integración positiva (construcción de una Europa social basada en la garantía de los derechos fundamentales y señaladamente de los derechos de naturaleza eminente social). Este enfoque conduce a defender una forma de «solidaridad competitiva» en los distintos países miembros de la Unión.

En este contexto de la crisis económica y financiera viene siendo aducida como fundamento para la revisión del marco normativo institucional de los mercados de trabajo, la remercantilización de derechos sociales y la privatización de servicios públicos de interés social. Aunque siempre se legisla a través de Real Decreto-Ley y tras su consumación la correspondiente convalidación parlamentaria, aparte de la anomalía constitucional de este modo de utilización sistemática de este instrumento normativo, es de señalar que las reformas no tienen una vocación de provisionalidad. La mejor prueba de ello es la *reforma constitucional* que introdujo la llamada «regla de oro» en la Constitución (art. 135), con potenciales consecuencias negativas para la financiación de gasto público en materia social.

El núcleo de las medidas jurídico-laborales reformistas (en el ciclo largo de las reformas de 1994-1997 y 2010 en adelante) se han enmarcado principalmente en el cuadro general de una política económica de «de oferta», que apuesta por la reducción de los costes laborales como vía para incrementar la rentabilidad de las empresas (bajos salarios, reducción de cuotas a la Seguridad Social, deterioro considerable de las condiciones de trabajo y mantenimiento de altas tasa de paro y precarizad laboral). El modelo anglosajón de organización del mercado de trabajo y del sistema de relaciones laborales ha sido el que ha prevalecido más en las reformas realizadas en España en las dos últimas décadas, aunque no puede identificarse plenamente con aquél. Las reformas laborales desde la década de los noventa se han encaminado irreductiblemente a implantar instrumentos más flexibles de ordenación del mercado de trabajo; instrumento básicamente de flexibilidad defensiva que ha permitido «construir» la precariedad laboral. Ello es bien significativo en las reformas 1994-1997, 2010-2011 y 2012, asociada con una cultura empresarial basada en la temporalidad y en la precariedad, y el consiguiente rechazo de una necesaria cultura de estabilidad y calidad en el empleo. Esto permite afirmar que en nuestro país existe un *modelo de «flexibilidad insegura»*[4], basado en la inseguridad en el empleo, facilitación y abaratamiento del despido, la baja cualificación, y en una creciente re-mercantilización del trabajo. Un modelo que, por el momento, no se basa en la calidad del empleo y productividad

del trabajo, a pesar de que en el plano jurídico-formal se enfatice el objetivo de las políticas de empleo de «crear y fomentar el empleo, especialmente el estable y de calidad» (art.25.1.d) de Ley 56/2003, de 16 de octubre, de Empleo, en relación con el art.1 del mismo cuerpo legal, que incluye entre las finalidades de la política de empleo el desarrollo de programas y medidas tendentes a la consecución del pleno empleo, así como la calidad del empleo). No parece razonable exigir a los trabajadores precarios —inestables y normalmente con baja cualificación— que se impliquen en la productividad y competitividad de una empresa que los relega a la condición «mercantilizada», de máxima explotación y desigualdad sociolaboral. Se está asistiendo a una generalización de la inseguridad social, con las mutaciones del trabajo asalariado (terciarización, polarización, flexibilización, individualización, trabajo inestable y mal retribuido, la tendencia a un *workfare,* que se orienta peligrosamente hacia el establecimiento de programas de trabajo obligatorio, pasando del campo de los «derechos» sociales al de los «deberes» contractuales, como es el caso del compromiso de actividad y la exigencia de aceptar una oferta de trabajo «adecuado» condicionante de la percepción de las prestaciones por desempleo, que acepta una filosofía de tipo neodarwinista ensalzando a los ganadores y vituperando y castigando a los «perdedores», etc.), que el marco jurídico-institucional lejos de contrarrestar impulsa. En efecto, las ideas-fuerza de las reformas son bien explicitas de la exactitud de esa afirmación:

Es de hacer notar, que en este contexto se avanza hacia una reforma laboral cada *más estructural* y con menos consenso político y sindical. El modo de gobernar la crisis actual parece dejar en un segundo plano a la fuerza representativa de los agentes sociales, y en particular de los sindicatos más representativos cuyo papel como sujeto político es seriamente cuestionado en la praxis política y jurídica. Y sin embargo el sindicato no tiene alternativa como instrumento de identidad colectiva y subjetividad política del trabajo. Es significativo, en tal sentido, que el importante II Acuerdo Interprofesional para el Empleo y la Negociación colectiva, pactado entre CC.OO., UGT y CEOE-CEPYME, concluido con tres años de vigencia (2010-2014)[5], haya sido completamente desatendido e ignorado por el gobierno. En él se diseñaba una nueva estructura de la negociación colectiva y mecanismos de flexibilidad interna negociada, con recomendaciones para la regulación legislativa. En este sentido parece que subyace una opción de política del Derecho contraria a la *flexibilidad negociada* organizada a través de la autorregulación de los propios agentes sociales. Se ha preferido debitar la posición jurídica e institucional de los sindicatos más representativos y de las grandes organizaciones de intereses de los empresarios. Esta desatención al papel de los agentes sociales en el proceso político, junto con las medidas que tienden a desestructurar la negociación colectiva, comporta una ruptura del sistema de relaciones industriales del constitucionalismo democrático-social consagrado en nuestro Texto Fundamental (artículos 7, 28, 131 y concordantes). En realidad, un elemento preocupante es la orientación político-ideológica encaminada a *disolver lo colectivo en lo individual*, adquiriendo las medidas adoptadas no sólo una dimensión jurídica, sino una llamada hacia una hegemonía cultural que tiende a buscar la des-legitimación social del sindicalismo moderno. El movimiento es paralelo a la pretensión de disolver la «idea social» en la «idea individual» en el marco de un proceso de individualización de masas[6]. Estamos ya frente a una abierta ruptura del constitucionalismo democrático-social diseñado en la Carta Magna llevada a cabo sin reforma formal de la misma a través de las sucesivas reformas sociolaborales. La crisis económica no ha hecho sino acelerar, intensificar y endurecer un proceso ya iniciado sobre todo a partir de la reforma laboral de 1994[7]. Un proceso de revisión marcado por la re-mercantilización de los derechos sociales prestacionales vinculados al empleo y por la creciente des-colectivización y desindicalización del sistema de relaciones laborales.

No debe pasar desapercibido que el Convenio OIT núm. 154 (1981) impulsa un modelo

de intervencionismo público promocional de la autonomía colectiva negocial, no un modelo de intervencionismo autoritario que se imponga a los propios agentes sociales. Así, se indica que «se deberán adaptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para *fomentar* la negociación colectiva» (art.5.1); las medias de intervención y apoyo público «deberán tener por objeto que: d) la negociación colectiva no resulte obstaculizada por la inexistencia de reglas que rijan su desarrollo o la insuficiencia o el carácter impropio de tales reglas» (art. 5.2.d); y que «los órganos y procedimientos de solución de los conflictos laborales estén concebidos de tal manera que contribuyan a fomentar la negociación colectiva» (art. 5.2 e). Por otra parte, «las disposiciones adoptadas por las autoridades públicas para estimular y fomentar el desarrollo de la negociación colectiva deberán ser objeto de consultas previas y, cuando sea posible, de acuerdos entre las autoridades públicas y las organizaciones de empleadores y de trabajadores» (art. 7). Finalmente, una disposición todavía más nítida respecto del intervencionismo público y sus límites respecto de la negociación colectiva, a saber: «Las medidas previstas con objeto de fomentar la negociación colectiva *no deberán ser concebidas o aplicadas de modo que obstaculicen la libertad de negociación colectiva*» (art. 8). Pues bien, como se indicará después, varias de las medidas de intervención pública en la negociación colectiva no parecen respetar estos límites intrínsecos establecidos expresamente en el Convenio OIT núm. 154 (1981). Y no se trata sólo de las relevantes imposiciones que se contienen en la reforma, sino también del hecho bien significativo de cómo el legislador ha desatendido sin más la reforma bilateral por los interlocutores sociales de la estructura y contenido de la negociación colectiva y otras importantes materias que definen el modelo de negociación colectiva, plasmada en el «II Acuerdo para el Empleo y la Negociación colectiva 2012, 2013 y 2014», negociado por CEOE/CEPYME, CC.OO y UGT el 25 de enero de 2012[8]. Pero lo misma cabe decir respecto al «V Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales (sistema extrajudicial)», celebrado por los mismos interlocutores sociales representativos. En dicho Acuerdo se apuesta por la utilización de los medios extrajudiciales basados, en principio, en la voluntariedad, excepto cuando por acuerdo de las partes correspondientes, a nivel de empresa o de ámbito superior, se establezca la obligatoriedad de los mismos, lo que es de aplicación, particularmente al arbitraje. Además, se potencia en papel de las comisiones paritarias de los convenios colectivos. La imposición de arbitrajes obligatorios en determinados conflictos surgidos durante la negociación de un acuerdo o pacto colectivo, que conlleve bloqueo de la negociación correspondiente; y los conflictos derivados de discrepancias surgidas en el período de consultas exigido por los artículos 40, 41, 44. 9, 47, 51 y 82.3 de la LET, se aparta de ese criterio de voluntariedad en el sometimiento al procedimiento arbitral.

En este contexto, predomina en la reforma de 2012 una concepción instrumentalista de la negociación colectiva, puesta en cuestión si rehúsa estar al servicio de la racionalidad empresarial. El Preámbulo de la Ley 3/2012, de 6 de julio, es harto significativo de esta concepción instrumental cuando se indica que: «Las modificaciones operadas en estas materias responde *al objetivo de procurar que la negociación colectiva sea un instrumento, y no un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa*» (Preámbulo, apartado IV). En ello preside el intento de «colonizar» de la racionalidad jurídico-colectiva por la racionalidad económica. Se puede atisbar, en esto, una cierta vigencia de la versión más liberalizante del análisis económico del Derecho. Por otra parte, la reforma de la 2012 apuesta no por la dispositivación de reglas de la ordenación legal para la autonomía colectiva, sino por la imperatividad de la regulación en aspectos nucleares —como la estructura y contenidos— que forman parte del ámbito propio del derecho de autorregulación colectiva ex art. 37.1 CE (v.gr., art. 84.2 LET, «los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el art. 83.2 *no* podrán disponer de la prioridad aplicativa prevista en este apartado», relativo a la preferencia aplicativa del convenio del con-

venio colectivo de empresa). Esto es propio de un modelo de intervencionismo fuerte, cuando no calificable literalmente de autoritario.

A la par, se cuestiona el alcance redistributivo y el poder desmercantilizador del Estado del Bienestar nacional. La integración económica europea y las políticas nacionales de orientación neoliberal están redefiniendo los límites de los sistemas de protección sociolaboral, tanto limitando la autonomía de en las opciones de política como abriendo cauces de coordinación política a varios niveles liderada por la Unión Europea.

2. MEDIDAS DE REFORMA Y LA NECESARIA CONTENCIÓN Y REDUCCIÓN DE LOS PROCESOS DE DUALIZACIÓN Y PRECARIZACIÓN LABORAL

El objetivo real de las reformas laborales de las dos últimas décadas, no ha sido solo la «modernización» del modelo español de relaciones laborales; su objetivo preferente ha sido la reducción de los costes del factor trabajo, transfiriendo riesgos empresariales a la posición de los trabajadores (reducción del coste del despido mediante diversas técnicas, y la más reciente de generalización del contrato de trabajo por tiempo indefinido de tutela débil; facilitar el descuelgue salarial ante todo para empresas de reducidas dimensiones —la mayor parte del tejido productivo español—; el mantenimiento básicamente inalterado de las fórmulas de contratación temporal sin precisar sus causas justificativas, etc.); la facilitación de los despidos (tanto por causas empresariales como en el marco de los despidos disciplinarios ilegítimos), y la mayor discrecionalidad en la utilización flexible de la mano de obra (ampliación significativa de las medidas de flexibilidad «interna», incrementando el poder de dirección del empleador). En muchos aspectos de la regulación reformista se contradice el objetivo autoproclamado por el legislador en las Exposiciones de Motivos de la Ley 35/2010 y de la Ley 3/2012. El legislador reformista continúa la senda de las reformas precedentes, la cuales lejos de atender a las causas más profundas y determinantes de la dualización de los mercados de trabajo y de la progresiva precarización del empleo, con el abuso de la contratación temporal y la utilización de prácticas desviadas que degradan la condición del trabajador se ha inclinado por otras medidas que o bien han sido meramente «paliativas» (pero no «curativas» ni «preventivas») del fenómeno, o bien incluso ha ignorado las medidas correctas a adoptar (y que se perciben en otros países de referencia comparables), o bien, finalmente, ha contribuido —con mayor o menor conciencia de ello, aunque como resultado efectivamente producido— a acentuar el problema con la predisposición de medidas que favorecen la dualización, la temporalidad y la precarización laboral.

La nueva reforma se enmarca en un proceso de transición de largo alcance desde la constitución democrático-social garantista del trabajo (a la cual respondía *grosso modo* la versión originaria del Estatuto de los Trabajadores de 1980) hacia una diversa constitución liberal flexible del trabajo, la cual tuvo su eje inicial en las reformas laborales de la década de los noventa (1994-1997), y prosigue con la actual reforma de ciclo largo iniciada en 2010. En este proceso la situación es «intermedia», porque coexisten normas típicamente garantistas con normativas típicamente flexibilizadoras y liberalizadoras. Pero el modelo emergente de flexiseguridad se orienta preferentemente hacia el modelo defensivo más que al modelo ofensivo (flexiseguridad garantista). De ello da buena prueba no sólo el contenido de la reforma sino también la vocación de permanencia de las medidas adoptadas, pues éstas no se consideran —en su mayor parte— como medidas de carácter coyuntural, sino de naturaleza típicamente estructural, llamada, así, a perdurar en lo que tienen de revisión cualitativa del modelo preexistente —o pre-vigente— de Estatuto de los Trabajadores. Por ello se puede hablar de que el ciclo de reformas laborales de 2010-2012 constituye un paso más en la senda

hacia una mayor liberalización de las relaciones laborales. Si se analiza —como se debe— todo el ciclo reformista en su conjunto, se percibe como está incidiendo en todas las instituciones fundamentales del Derecho Social del Trabajo: desde la reconfiguración de las fuentes (donde pierde peso el papel de la negociación colectiva, especialmente la negociación supraempresarial), hasta abarcar todos los institutos y categorías contractuales con medidas de flexibilidad externa e interna. Queda por completar una más incisiva reforma en la representatividad sindical y de los mecanismos de acción colectiva como la huelga, aunque ya se ha abordado medidas limitativas del derecho de autocomposición colectiva del conflicto a través de la sistemática imposición del arbitraje obligatorio en las controversias colectivas.

Esta reforma, que presenta un carácter todavía contradictorio y ambivalente en sus potenciales efectos, no va a contener ni a reducir significativamente la dualidad en el mercado de trabajo y las situaciones de precariedad, que, por cierto, no derivan sólo de la contratación temporal, sino también de otros institutos jurídico-sociales y realidades económico-sociales. En todo caso, con algunas reformas del RDL 3/2012 y su convalidación modificada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, la contraposición entre la constitución legal del trabajo resultante de las reformas laborales sucesivas y la constitución democrático-social dibujada en la Constitución del Trabajo del Texto Constitucional es tan manifiesta como para plantear ya algunas dudas fundadas sobre la posible inconstitucionalidad de ciertas medidas adoptadas. Y es que se ha ido conformando una «realidad constitucional» que se contrapone cada vez más visiblemente al modelo constitucional de relaciones laborales y textos internacionales reguladores de derechos fundamentales sociales como la Carta Social Europea en versión revisada de 1996 y numerosos Convenio de la OIT (Señaladamente, los convenios 87, 98, 150 y 154). La mutación tácita —y en menor medida reforma expresa— de la Constitución se ha hecho tanto más visible cuanto se va completando todo el espectro de instituciones individuales y colectivas afectadas por el proceso reformista en la última década. La cuestión no es hipotética pues, como se sabe, se presentó un *Recurso de Inconstitucionalidad* (4 de octubre de 2012) frente a un amplio conjunto de ellas establecidas en la Ley 3/2012, de 6 de julio, y en no pocos casos con gran fundamentación técnico-jurídica.

Dentro de los institutos jurídico-laborales, el incremento del ámbito de intervención de las Empresas de Trabajo Temporal supone en sí una medida de apoyo a la contratación temporal vinculada inescindiblemente a su propio objeto social. Tampoco este tipo de reforma laboral es capaz de «crear» empleo. Por lo demás, la pretensión de potenciar el contrato para el fomento de la contratación indefinida, a pesar de las «ventajas» de un generalizado periodo de prueba liberalizador, no parece que tendrá demasiado éxito, entre otras cosas, por las amplísimas posibilidades que permite nuestro ordenamiento laboral para la contratación temporal (en sus diversas modalidades; son insuficientes las medidas limitativas o penalizadoras de la reforma en este sentido), y por el mismo peso histórico de una anquilosada «cultura empresarial» decididamente proclive hacia las pretendidas «ventajas» o «beneficios» de una precarización laboral.

En términos de conjunto, las reformas laborales —señaladamente la última fase representada por la reforma de 2012— no adoptan un enfoque de flexibilidad y competitividad ofensiva, basada en la calidad, innovación y productividad del trabajo, sino en una perspectiva de flexibilidad y competitividad defensiva, basada en la reducción sistemática de costes del trabajo y en el decisionismo unilateral y autoritario del empleador sobre la determinación de las condiciones de trabajo (De ahí que pasen a un segundo plano las técnicas concertadas propias de la flexibilidad negociada entre los actores sociales). Este modelo de flexibilidad y competitividad defensiva en curso y avanzado estado de implantación conduce —como es fácil de comprobar— a una expansión inusitada de las distintas formas de

precarización laboral, evidenciándose que en la práctica las actuales políticas de reforma están ahondando en la segmentación y dualización de los mercados de trabajo.

No se trata, por supuesto, de hacer juicios de intenciones sobre el programa de reformas, sino de constatar la naturaleza y consecuencias del cuadro de medidas propuestas y puestas en práctica en relación a los mismos objetivos diseñados. En este sentido es harto significativa la premisa de partida de quien actualmente ostenta la condición de Director General de Empleo. Se arguye que el Derecho del Trabajo ha sido un «colaborador necesario» utilizando expresamente el «símil penal»[9]. Esta analogía, que se convendrá que es poco afortunada, supone insistir en la culpabilización del Derecho del Trabajo, e implica desconocer cuáles son las causa «reales» y más determinantes de la situación de desempleo masivo, de la dualización y precarización de los mercados de trabajo, y desde luego de la crisis económica y financiera y al modelo productivo a la que están vinculados. No debe olvidarse que llevan aplicándose medidas flexibilizadoras y liberalizadoras al menos desde la reforma laboral de 1994 y que nuestro mercado de trabajo hoy por hoy es ya uno de los más flexibles de los países europeos de referencia comparables. Es cierto que los hechos corroboran una situación anómala caracterizada por la preferencia hacia la flexibilidad externa a través de la doble vía de la contratación temporal y la utilización del despido como cauce flexibilizador de los niveles de empleo en la empresa, pero constituye una simplificación pensar que todo estaría determinado por la medidas laborales. Esto sin dejar de desconocer que las mismas reformas laborales flexibilizadora a lo largo de estas dos últimas década (incluida la última de 2012, especialmente a través de la temporalidad oculta bajo el entramado del periodo de prueba en los contratos de fomento de la contratación indefinida de apoyo a los emprendedores) han contribuido a favorecer la temporalidad y la extinción contractual como medida de «ajuste» y «adaptación» de plantillas (piénsese en la utilización de la contratación temporal como pretendida medida de fomento del empleo, en la permisibilidad judicial de la utilización disfuncional de los contratos para obra o servicio determinado, el «despido exprés» —que acertadamente ha sido suprimido por la Ley 3/2012— y en la consecuencia expulsiva directa que está teniendo la flexibilización causal de los despidos por necesidades de funcionamiento de la empresa; y la supresión en el actual contexto de crisis económica de la autorización administrativa, etc.).

Por otra parte, se establece una correlación mecanicista entre la crisis económica y la «insostenibilidad del modelo laboral español» y la realización de reformas flexibilizadoras sirviendo al declarado «objetivo» de «la flexiseguridad; y «con esta finalidad», la reforma legislativa «recoge un conjunto coherente de medidas que pretenden fomentar la empleabilidad de los trabajadores» (Preámbulo de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral). Sin perjuicio de reconocer el carácter positivo de varias de estas iniciativas, hay que señalar que el tipo de «flexiseguridad» que se postula *atendiendo al conjunto de las medidas reformistas* es más bien el propio de un modelo de flexiseguridad neoliberal que del modelo de flexiseguridad garantista. Ello se evidencia bien nítidamente cuando se observa la centralidad de la regulación flexibilizadora del despido (en términos de costes y de facilitación causal y procedimental), la desestructuración de la negociación colectiva a nivel supraempresarial, la desatención a las formas de flexibilidad realmente consensuada, etcétera, pero también en la dimensión de seguridad con la reducción de las protecciones sociales por desempleo, jubilación, etcétera). En este cuadro general las medidas encaminadas a favorecer la flexibilidad interna en la empresas como posible alternativa a la destrucción de empleo a través de la medidas de flexibilidad externa, constituye una falacia jurídica en la que incurre el propio Preámbulo de la Ley 3/2012 (apartado IV), pues resulta evidente que la idea-fuerza que conduce la reforma en la flexibilidad interna es el reforzamiento del poder unilateral del empresario (no la poten-

ciación de la flexibilidad interna negociada), sin que además existan compensaciones adecuadas en las garantías frente al despido y los mecanismos de tutela en el mercado de trabajo y en los sistemas institucionales de protección social pública. De manera que no existe un equilibrio entre flexibilidad y seguridad en el mercado de trabajo y en el campo de la protección social. Estaríamos típicamente ante un sistema de «flexiseguridad-insegura». De nuevo, no todo resulta negativo en el ámbito de la flexibilidad externa, pues la reforma de 2012 suprime el llamado «despido exprés», el cual se había convertido en el principal cauce de extinción de contratos indefinidos, superando ampliamente el número de despidos colectivos y por causas objetivas. Efectivamente, este forma de «despido exprés» (despido improcedente indemnizado) puso de relieve las disfuncionalidades del régimen jurídico del despido.

Y nuevamente la reforma de 2012 pretende oficialmente corregir la patología de nuestro mercado de trabajo consistente en el abuso de la contratación temporal y la opción sistemática por el despido como vía flexibilizadora antes de sopesar adecuada y prudentemente. El objetivo en sí es loable. Sin embargo, lo que se ha producido con el paquete de medidas adoptadas es una intensificación en los problemas estructuras que padece nuestro mercado de trabajo en la dimensión jurídico-institucional. En efecto, como se indicará de inmediato, el marco disfuncional de la contratación temporal queda prácticamente intacto con el agravante adicional del incremento de la temporalidad y del desistimiento *«ad nutum»* que se propicia con un periodo de prueba en el marco de la nueva contratación temporal, por un lado, y por otro, se han facilitado tanto los despidos individuales como colectivos, debilitando nuevamente el elemento de la causalidad y las garantías de los despido tanto institucionales como procesales. Por otra parte, en cuanto a las medidas de flexibilidad interna la reforma sin duda las facilita, pero de nuevo dando un paso más a través de un modelo desequilibrado pues lo que comportan es un fortalecimiento de los poderes empresariales de alteración unilateral en detrimento de las garantías individuales (que tiende a extralimitar lo permitido por el Derecho general de la contratación) como colectivas (neutralizando el poder colectivo expresado en la negociación colectiva). Basta reparar en el nuevo régimen regulador de las modificaciones sustanciales de los artículos 41 y 40 de la LET que comportan una normalización jurídica de lo que en rigor técnico debería ser una facultad de utilización extraordinario por suponer una alteración sustancial del nexo contractual sin necesidad de consentimiento de la contraparte del contrato, al mismo tiempo que una privación de facultades de la negoción colectiva como instrumento típico de regulación de flexibilidad interna (en este caso de proximidad). Pero también el nuevo régimen de inaplicación y descuelgue previsto en el art. 83.3 de la LET, liberado de condicionamientos en la misma negociación colectiva supraempresarial (la inaplicación no se hace depender de lo establecido en los convenios supraempresariales o sectoriales) y con el reclamo sistemático amenazador de formas de arbitraje de sometimiento obligatorio que tenderán a ser utilizadas estratégicamente por la parte empresarial….

Por el contrario, una reforma que propiciara efectivamente la flexibilidad interna como vía preferente debería introducir medidas para que los instrumentos modificativos se configuren legalmente como una medida preventiva y alternativa al despidos por causas de funcionamiento de la empresa, a la manera de una *ultima ratio* frente a las opciones extintivas del empresario. Esto serviría a los fines de la estabilidad en el empleo sin impedir opciones flexibles de ajuste y reestructuración de condiciones sustanciales de condiciones de trabajo involucradas y consideradas como disfuncionales para la marcha de la actividad empresarial. Lejos de estos se ha rehusado establecer una *jerarquización de entre medidas novatorias y medidas extintivas,* pudiéndose ambas utilizadas alternativamente con un elevadísimo margen de discrecionalidad unilateral del empleador actuante, dueño y juez inmediato de su propia decisión modificativa o extintiva.

Esto es lo que supone un cambio de las *reglas de juego en el sistema de relaciones laborales* con la ruptura de los bases institucionales en el equilibrio de poder entre los tres actores en presencia (poder público, y poderes colectivos en el mundo del trabajo entre trabajadores y empresarios), en una visible dirección de debilitamiento progresivo de la lógica de acción colectiva del poder sindical.

Caracteriza a las reformas laborales de la década, el incremento extraordinario de los poderes empresariales unilaterales de organización y control de la fuerza de trabajo (v.g., artículos 39 —en relación con el art.22.2 LET—, 40 y 41 LET). En un goteo progresivo de las reformas liberalizadoras de los últimos años se ha llegado a la fase actual (que es de temer que no sea la última en esa secuencia finalista…) donde se realza el poder *jurídico asimétrico* del empleador en la libre determinación unilateral de las condiciones de empleo y trabajo, con la simple alegación de justificaciones cada vez más genéricas, indeterminadas e imprecisas, y por tanto más difíciles de someter a control jurisdiccional. Así, el contrato de trabajo refuerza su adscripción a la versión fuerte de la figura del contrato de adhesión, donde el trabajador se somete plenamente al poder privado que se le impone en todo momento con cada vez menos limitaciones. Ello ha sido así en los dos grandes ciclos de reformas liberalizadoras, es decir, la reforma de 1994-1997 y las reformas de 2010-2012, continuistas (matices, aparte sin duda) en lo que tiene de avance en el proceso de flexibilidad liberalizante. En ella se da una nueva vuelta de tuerca a la imposición legal de medidas que favorecen el poder unilateral del empleador. De tal manera que por exclusiva decisión del empleador se pueden introducir modificaciones *sustanciales* (esenciales o principales) de las condiciones de trabajo. Facultad exorbitante que, conviene anotar, *trasvasa* los mecanismos del «*ius variandi*» otorgados por el Código Civil al acreedor en el marco de los contratos con prestaciones recíprocas (artículos 1.203 y sigs., y 1124 del Código Civil). En los esquemas generales de la contratación la alteración de condiciones principales se somete a las reglas de la novación modificativa, es decir a la decisión conjunta de los sujetos contratantes. Aquí se refleja el carácter contradictorio del Derecho del Trabajo, que en este caso contiene normas que facilitan la autotutela (o autodefensa) del empresario de su propio interés económico-jurídico creando una posición de supremacía sobre la persona del trabajador en situación de especial subordinación. Tales facultades se apartan, pues, de los mecanismos contractualisticos del Derecho Privado de los contratos. La reforma del régimen de las modificaciones sustanciales emprendida por la Ley 35/2010, amplia esas posibilidades de modificación de los convenios y acuerdos colectivos. Se incrementan, pues, los poderes unilaterales de flexibilidad externa y externa.

Después de la reforma de la Ley 3/2012, el art. 41 LET adquiere una especial centralidad (junto con el art. 83.2) en cuanto cauce privilegiado de reorganización empresarial para hacer frente a las transformaciones económicas, tecnológicas, productivas y organizativas. Las reformas laborales precedentes habían contribuido a liberalizar su régimen jurídico, pero con la reforma de 2012 el modelo acentúa el poder unilateral de modificación de condiciones sustanciales por parte del empleador. Lo que se produce es una individualización de gestión de la flexibilidad interna. El art. 41 LET es una norma que permite una alteración sustancial *unilateral* de las condiciones de trabajo reguladas en contrato individual y en acuerdos colectivos y convenios colectivos extraestatutarios o de eficacia limitada. Las dudas de constitucionales son evidentes cuando se repara en la contravención del art. 37.1 CE, cuya garantía constitucional comprende a todos los convenios colectivos en cuando a su fuerza vinculante bilateral que incorpora el principio de inderogabilidad singular del convenio colectivo (SSTC 73/1984, de 27 de junio, 98/1985, 29 de julio y 108/1989, de 8 de junio), y del art. 28.1 CE, pues vulnera el ejercicio de la actividad sindical garantizado a través del reconocimiento constitucional de la libertad sindical, teniendo en cuenta que la negociación

colectiva forma parte del contenido esencial de la libertad sindical (SSTC 4/1983, de 28 de enero, 73/1984, de 27 de junio, 98/1985, de 22 de marzo, 30/1992, de 18 de marzo, 105/1992, de 1 de julio, 164/1993, de 18 de mayo, 121/2011, de 4 de junio, 225/2001, de 26 de noviembre). En estas modificaciones colectivas de «acuerdos o pactos colectivos» que no tengan el tratamiento de convenios colectivos estatutarios o de eficacia general, una vez agotado el período de consultas sin acuerdo, el empresario puede imponer unilateralmente su decisión (art.41.5 LET). Aparte del elemento adicional de que por el juego de los umbrales cuantitativos numéricos se priva de la consideración de modificaciones sustanciales colectivas a determinadas materias reguladas en instrumentos de naturaleza o impacto colectivo atendiendo a su menor incidencia numérica[10]. Por otra parte, la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III de la LET deberá realizarse conforme al régimen modificativo más estricto del art. 82. 3 LET. Pero para ellas aparece la previsión problemática de que en el caso de que el período de consultas finalice sin acuerdo, «cualquiera de las partes podrá someter la solución de la misma a la Comisión Consultativa Nacional de Convenios Colectivos», teniendo tal decisión arbitral la misma eficacia de los acuerdos alcanzados en periodo de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el art. 91 (Art. 83. 3 LET). Esta forma de un arbitraje de carácter público de sometimiento obligatorio que dará lugar a un laudo de obligado cumplimiento dictado por la Administración Pública por la sola instancia unilateral del empresario, plantea dudas razonables de constitucionalidad.

El ordenamiento laboral puede contemplarse como un sistema de límites al ejercicio de los poderes empresariales derivados del principio de libertad de empresa (señaladamente, en sus vertientes organizativa y de procura del rendimiento y productividad). En este sentido, la reforma laboral permanente (acentuada con la reforma de 2012) supone también un nuevo *reequilibrio de poder en el seno de la relación de trabajo, fortaleciendo la posición empresarial* (los «poderes empresariales» en la relación jurídico-laboral; que se corresponde igualmente con un incremento de poder en las relaciones colectivas frente a la representación de los trabajadores) de cara a afrontar el cambio económico, productivo o tecnológico, con el correlativo retroceso en la seguridad y estabilidad de la posición jurídico-contractual de los trabajadores. Con ello se rompen los equilibrios de poder que se habían establecido en el marco del constitucionalismo democrático-social (Sobre los que está diseñado la Constitución jurídica). No han salido fortalecidos los mecanismos de participación de los trabajadores en la adopción de las decisiones empresariales sobre gestión del personal. Desde esta perspectiva, la orientación general de la reforma ha sido muy poco innovadora, y engarza con las orientaciones de «política flexible del trabajo» que vienen imprimiendo su carácter a las reformas laborales en España que se vienen sucediendo en las últimas décadas. Supone un nuevo paso hacia una «constitución flexible del trabajo» del trabajo[11] orientada hacia las exigencias empresariales[12]. Pero cuando la crisis económica se traduce en una restricción de los derechos, la situación de emergencia económica no es distinta de la emergencia democrática, pues acaba siendo la misma cosa[13]. El futuro deparará nuevos equilibrios institucionales y de poder, pero los viejos tiempos del constitucionalismo social y su forma política expansiva de Estado Social de Derecho, tal como hasta ahora lo conocíamos, no volverán. He aquí la entidad del cambio, incluso en defensa del esta forma política de Estado Social, que hará necesaria una revisión y adaptación a las exigencias político-jurídicas de la nueva época que está emergiendo.

La negociación colectiva es un pilar nuclear del sistema de relaciones laborales en su conjunto. La negociación colectiva en nuestro país ha mostrado su condición de insturmento flexible de regulación de las condiciones de trabajo y del sistema de relaciones laborales, enriqueciendo sus funciones y contenidos.

Hay aspectos en la reforma (en este caso sobre todo de 2011) que merecen una valoración positiva en cuanto que se encaminan a favorecer un modelo de negociación colectiva más «dinámica» frente paradigma «estático» de negociación colectiva (v.gr., conforme al art. 86. 1 «durante la vigencia del convenio colectivo, los sujetos que reúnan los requisitos de legitimación previstos en los artículos 87 y 88 de esta ley podrán negociar su revisión; el creciente papel atribuido a la comisión paritaria del convenio ex art.91.1 de la LET; y más allá del carácter criticable del modelo adoptado, la posibilidad de inaplicar a la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo de aplicación, sea este de sector o de empresa, que afecte a determinar materias, de acuerdo con la previsión del art. 82. 2 LET; y con la misma salvedad crítica del modelo seguido, la previsión de que «la regulación de las condiciones establecidas en convenio de empresa, *que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia* de convenios colectivos de ámbito superior, tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior» en ciertas materias; art. 84. 2 LET).

En el proceso de reforma se establecen medidas de desarticulación y tendencial desestructuración del sistema de negociación colectiva (institucionalización y generalización de las cláusulas de inaplicación y descuelgue del convenio colectivo; art.82.3 LET, y su facilitación con las reformas laborales desde 2010 hasta 2012, que no será a última gran reforma de desmantelamiento impulsada por la ideología neoliberal; estipulación de cláusulas de inaplicación de convenios colectivos; art.84 LET; derogación singular de cláusulas normativas de acuerdos colectivos y convenios colectivos extraestatutarios a través de decisiones unilaterales del empleador; art.41.4de la LET, etc.). Es importante hacer notar que se produce una restricción de la eficacia general de los convenios colectivos; o, en su caso, una interferencia legal que imperativamente facilita la descentralización «atomizada» del sistema de negociación colectiva. La reforma del régimen del descuelgue salarial emprendida por la Ley 35/2010, e intensificada después por la Ley 3/2012, es particularmente lesiva del poder sindical negociador estructurado en el ámbito del sector o a nivel supraempresarial. La reforma de 1994-1997 había introducido un «modelo de excepción», conforme al cual se podía realizar el descuelgue con carácter causal y con arreglo a los procedimientos de tramitación y control llevados a cabo por las instancias previstas en el propio convenio sectorial o de ámbito superior. Sin embargo, la reforma llevada a cabo por la Ley 35/2010 y la Ley 3/2012 ha ido todavía más lejos estableciendo un «modelo de normalización» del descuelgue salarial y de condiciones de trabajo y en condiciones especialmente flexibles, porque prácticamente ha «descausalizado» o debilitado el principio de causalidad del descuelgue y porque ha privado a las instancias del convenio sector o de ámbito superior de sus facultades de control de la cualidad real del descuelgue que se aducía o «socilicitaba». Prevalece ahora el nivel empresarial como opción que favorece la decisión del empleador respecto de la adaptación de las condiciones de trabajo a las exigencias dinámicas de rentabilidad y adaptación de la organización productiva a las variables de mercado. Ello supone una pérdida de poder sindical en el ámbito supraempresarial, a favor del poder empresarial que es especialmente proclive a regirse por la lógica de la necesidad. Ese reforzamiento del poder empresarial subyace al fenómeno de «empresarización» de las relaciones laborales (también, en este caso, a las cláusulas empresariales de descuelgue salarial). Se ha hablado, al respecto, de una apuesta en la reforma por la negociación colectiva de empresa[14]. Pero tras esta alteración del sistema de fuentes de producción del Derecho por vía de negociación colectiva se hace disolver las garantías de una homogeneidad de condiciones de trabajo mínimas a nivel supraempresarial y se oculta, de nuevo, el incremento del poder del empleador, ahora reforzado por su mayor poder de inmediación para hacer valer imponiéndose más fácilmente en la celebración de convenios y acuerdos colectivos de empresa.

En este sentido conviene recordar qué funciones ha venido realizando la regulación sectorial o de ámbito supraempresarial de la materia salarial. En primer lugar, del lado del trabajador, ante todo, se ha pretendido homogeneizar minimamente las condiciones salariales, evitando desigualdades inaceptables para el mismo tipo de trabajo dentro del sector. En segundo lugar, y del lado empresarial ante todo (aunque no exclusivamente), se ha pretendido introducir «racionalidad» en los sistemas salariales dentro del sector o ámbito supraempresarial. Cuestión especialmente relevante para afrontar los problemas de la competitividad, la productividad y los niveles de eficiencia en el marco del «sistema de empresas». Con las nuevas facilidades otorgadas por la reforma legislativa, se va a generalizar esta práctica, con lo que ello va a representar de *«dumping» social* por vía salarial entre las empresas de un mismo sector. Y es que ningún empresario va a querer que su competidor se beneficie sin más de la reducción o contención salarial así conseguida, y tenderá, él también, al llevar a cabo el descuelgue. De este modo, con la pérdida de las facultades de control de las propias instancias del convenio colectivo sectorial o de ámbito superior (Comisiones paritarias del convenio colectivo), no se podrá garantizar que todo descuelgue se encuentre realmente justificado.

Ante ello cabría interrogarse sobre si será esta reforma es realmente funcional para ambos objetivos interdependientes (es decir, homogeneización y racionalización funcional). En este sentido hay que tener cuenta no tanto una perspectiva aislacionista de empresa individual —empresa considerada en sí misma—, sino ante todo en una lógica del «sistema de empresas». El modelo resultante de la reforma (art.82.3 LET) ha erosionado el poder sindical, y se ha resentido la homogeneidad social-retributiva, pero también lo que se ha producido es un detrimento del principio de racionalización en materia retributiva, porque debe repararse en el hecho de que no toda flexibilidad regulativa se ha de traducir en atomización salarial. Una excesiva flexibilización puede no ser funcional. De hecho lo que hay que buscar siempre es un equilibrio satisfactorio entre centralización y descentralización según las previas elecciones o decisiones de racionalización que más convengan a los agentes económicos y sociales. La dosis de flexibilidad es un criterio cualitativo más que puramente cuantitativo. Desde esta perspectiva podría tener lugar la paradoja weberiana de la «heterogonía» de los fines, es decir, de cómo en ciertas ocasiones se produce una inversión de las medidas adoptadas para conseguir fines disfuncionalmente contrarios a los inicialmente pretendidos por aquellas.

Pero es que, además y con todo, la apertura hacia el descuelgue salarial (y cláusulas de inaplicación del convenio colectivo supraempresarial) va a suponer no sólo una atomización salarial, sino también la individualización del régimen salarial y la orientación hacia una reducción de las cuantías retributivas sometidas a la lógica de la necesidad y lo que suele comportar de deriva «concesiva» en el nivel de empresa. El resultado será, pues, la precarización laboral en su dimensión salarial (particularmente relevante).

Produce un cambio cualitativo en los equilibrios en las relaciones de poder entre los actores sociales la modificación de la regla de ultraactividad del convenio colectivo estatutario, pues se indica ahora que «transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquél perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación» (art. 86.3, último párrafo de la LET). Se limita, pues, la duración de la ultractividad normativa del convenio colectivo a un año desde la denuncia del mismo, aplicándose en su caso, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación. Aunque se trata de una regla legal que tiene un carácter supletorio para la autonomía colectiva, esta solución normativa presiona formalmente a las dos partes legitimadas para negociar, pero en la práctica la presión se ejercerá mayormente sobre la representación de los trabajadores, ya que, por razones

obvias, los convenios de ámbito inferior sólo adquieren verdadero sentido especificando y mejorando las condiciones de empleo y trabajo de los convenios de ámbito superior. Por lo demás, aunque poco probable, sino existe ese convenio superior se producirá un vacío de regulación colectiva que podrá ser cubierto a través de la individualización contractual con todas sus consecuencias. De manera que la supresión «*ex lege*» (transcurrido un año desde la denuncia sin sustitución) no sólo se sitúa en la línea de la «contractualización» del convenio colectivo estatutario de eficacia general (en menoscabo de su naturaleza normativa), sino que entraña, adicionalmente, ese debilitamiento intrínseco de los poderes de negociación de los trabajadores a favor de la posición de poder de los empresarios (Basa reparar que al empleador sólo le es suficiente eludir el acuerdo a sabiendas de que al año perderá toda vigencia el convenio de referencia). En esto hay que decir que la reforma de 2011 (RD-Ley 3/2012) estaba construida —al menos formalmente— sobre la lógica de la «dispositividad» para la autonomía colectiva negocial al máximo nivel de los grandes Acuerdos Interconfederales (art. 83 LET), mientras que la Ley 3/2012 se sitúa en una lógica enteramente diversa, pues produce una suerte de «expropiación» de espacios vitales propios de la negociación colectiva, haciéndose prevalecer el orden público laboral (y, por extensión, también el económico).

La reforma de 2012 establece un principio de preferencia legal absoluta en la aplicación de los convenios de empresa respecto de los convenios sectoriales. Es absoluta porque no se trata de una norma supletoria respecto de los autonomía negocial al máximo nivel (con sucedía en la reforma de 2011), de manera que los acuerdos interprofesionales ex art. 83 LET se ven privados de su facultades para organizar de modo eficiente la estructura y ordenación de la concurrencia entre convenios colectivos sectoriales y de empresa. Efectivamente, conforme al art. 84.2 LET: «La regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa, que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior, tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias… Igual prioridad aplicativa tendrán en estas materias los convenios colectivos para un grupo de empresas o una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas a que se refiere el art. 87.1». Añadiendo inmediatamente que: «Los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el art. 83.2 no podrán disponer de la prioridad aplicativa prevista en este apartado». Se propicia así la desestructuración y atomización de la negociación colectiva y se favorece —como efecto disfuncional— la utilización del mecanismo preferencia como instrumento de competencia desleal y de dumping social en un tejido productivo caracterizado (lo que se añade a unaposible similar utilización disfuncional de las cláusulas de inaplicación previstas en el art. 82.3 LET).

La reforma incide sobre las medidas de *flexibilidad interna,* en un sentido inequívoco de reforzar los poderes directivos del empleador. Debe destacarse la nueva redacción completa del art.41 LET sobre modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y, en relación a ello, las cláusulas de descuelgue salarial. La nueva redacción dada por la Ley 3/2012 opta por un modelo de flexibilidad interna que parte de la primacía del poder unilateral del empleador para realizar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, dejando en un segundo plano a la intervención colectiva y a la autonomía colectiva negocial. Con esta reforma la gestión de la flexibilidad interna adquiere su centralidad en el *grupo normativo* regulador formado básicamente por los artículos 41 (en relación con el 22, 39 y 40) y 82.3 de la LET.

La reforma del art. 41 LET llevada a cabo por la Ley 3/2012 constituye un punto de inflexión respecto de las anteriores reformas de 2010-2011 en lo que se refiere al incremento de los poderes empresariales de modificación en detrimento del poder de negociación de la representación de los trabajadores. El mode-

lo legal no apuesta realmente por la flexibilidad negociada, sino por el fortalecimiento del poder del empresario, cuestión especialmente grave si se repara en el carácter extraordinario de realizar una modificación sustancial sin exigencia de consentimiento individual o colectivo (en caso de modificaciones de carácter colectivo). Pero aceptar que el empleador aduciendo un por lo demás genérico hecho sobrevenido causal (facilitación y flexibilización del elemento causal) pueda modificar unilateral la regulación de condiciones de trabajo establecidas en acuerdo o convenio colectivo extraestatutario plantea razonables dudas de constitucionalidad, dado el principio de inderogabilidad sindical de los convenios colectivos que forma parte de la garantía constitucional mínima de los convenios colectivos (art. 37. 1 CE, en relación con el derecho de libertad sindical ex art. 28.1 del texto constitucional, pues la negociación colectiva forma parte del contenido esencial de la libertad sindical). Lo que se opera es una «normalización» del «*ius variandi*» empresarial que tiende a pasar de «excepcional» o «extraordinario» a lo «normal», es decir, en cuanto que se encuadra en el poder dirección normal u ordinario del empleador, a pesar de que, paradójicamente, en tales casos no se puede hablar de un simple poder de especificación del contrato, sino de una extralimitación del marco contractual. Esta admisibilidad de modificaciones sustanciales unilateralmente impuestas no deja de ser una peculiaridad extraordinaria respecto al régimen de la novación civilista y una desatención del principio general de «*pacta sunt servanda*» que rige para todos los negocios jurídicos individuales y de naturaleza colectiva.

Por otra parte, el nuevo régimen de las modificaciones sustanciales ex art. 41 LET desnaturaliza la distinción entre modificaciones individuales y colectivas al hacerla depender de criterios cuantitativo-numéricos y no sobre la fuente jurídica base de su implantación (contrato individual o acuerdo/convenio colectivo), pues la modificaciones colectivas que queden por debajo del umbral numérico se «individualizan» artificiosamente para facilitar su modificación unilateral del empleador sin exigencia del periodo de consultas.

El art.82.3 LET ha sido objeto de atención —con redacciones diversas— por la últimas reformas legislativas de 2010 (nueva redacción dada por la Ley 35/2010), y la Ley 3/2012: «los convenios colectivos regulador por esta Ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia. Sin perjuicio de los anterior, cuando concurran causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el art. 87. 1, se podrá proceder, previo desarrollo de un periodo de consultas en los términos del art. 41.4, a inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea de sector o de empresa, que afecte a las siguientes materias…». Pero esta afectación parcial al principio de eficacia normativa general y al criterio de homogeneización en las condiciones retributivas básicas del sector o ámbito supraempresarial, va a facilitar el «dumping social» a través de la diversificación del régimen salarial entre las empresas de un mismo sector, y va a ser un factor de «presión» para que todas las empresas de dicho sector deseen el descuelgue en cuestión. En segundo lugar, se pierde el control por parte de los sujetos negociadores del convenio de ámbito supraempresarial y de su Comisión Paritaria. La regulación de las condiciones del descuelgue salarial no forman parte del contenido mínimo legal de los convenios colectivos (art.85.c) LET). Pero, además, es harto problemática la posibilidad de introducir un arbitraje de sometimiento obligatorio («En caso de desacuerdo durante el período de consultas cualquiera de las partes podrá someter la discrepancias a la comisión del convenio que dispondrá de un plazo máximo de siete días para pronunciarse, a contar desde que la discrepancia fuera planteada. Cuando se hubiera solicitado la intervención de la comisión o ésta no hubiera alcanzado un acuerdo, las partes deberán recurrir a los pro-

cedimientos que se hayan establecido en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el art. 83 de la presente Ley, para solventar de manera efectiva las discrepancias surgidas en la negociación de los acuerdos a que se refiere este apartado, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en período de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el art. 91») (art.82.3 de la LET, en la redacción dada por la Ley 3/2012) (cfr. art.85.3.c) LET, en la nueva redacción dada por dicha Ley). Tampoco hay garantías suficientes sobre una posible vía razonable de «retorno» post-crisis a la aplicación del régimen salarial previsto en el convenio colectivo sectorial o de ámbito inferior.

El riesgo es que estas *cláusulas de excepción a la eficacia normativa general del convenio de referencia se conviertan en cláusulas de normalización y generalización,* de manera que en la práctica el convenio colectivo superior no puede ejercer su eficacia homogeneizadora en buena parte de su ámbito de aplicación. Con esta regulación más flexible del descuelgue salarial será realmente preocupante la posibilidad de introducir condiciones salariales precarizadoras para amplios colectivos de la población, muy especialmente en las PYMES, que concentran la mayor parte de la mano de obra de nuestro tejido productivo empresarial. Esta regulación incrementa el riesgo de fragmentación y dualización de las condiciones de trabajo en un sentido que presiona hacia la baja de los salarios. No se puede ignorar tampoco que un uso no abusivo de las cláusulas de descuelgue podría contribuir para que por vía de acuerdo colectivo empresarial la empresa pudiera afrontar mejor situaciones de crisis y hacerlo con anticipación a una situación verdaderamente crítica. Pero las dudas asisten seriamente sobre su utilización prudente y no descalificadora y abusiva. La experiencia configura el criterio sobre su utilización[15].

Por otra parte, la nueva redacción abunda en un problema ya originario de más que dudosa constitucionalidad, cuando admite la modificación unilateral por parte del empresario de acuerdos o pactos colectivos. En efecto, conforme al art. 41.5 LET, «cuando la modificación colectiva se refiera a condiciones de trabajo reconocidas a los trabajadores en virtud de acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos, una vez finalizado el período de consultas sin acuerdo, el empresario notificará a los trabajadores su decisión sobre la modificación». Como ya señalé, en su momento, «lo que ya encuentra sin duda más dificultades de acomodación a la garantía constitucional del derecho a la negociación colectiva consagrado en el 37.1 CE (cfr. art.53.1 CE) es la prescripción legal de relaciones de dispositividad a favor de la autonomía individual (contrato y poder unilateral del empleador) de los productos jurídicos que son expresión formal de la autonomía colectiva negocial. Nótese que el art.37.1 CE impone un mandato al legislador infraconstitucional para que garantice precisamente la eficacia vinculante de los convenios colectivos, y esta eficacia se vería mermada por la facultad o poder reconocido legalmente a la autonomía individual de apartarse de los contenidos negociales estipulados en convenio» (SSTCo 58/1985, 171/1989 y 210/1990, entre otras). En este sentido la reforma legislativa del mercado de trabajo de 1994-1997 y la más reciente de 2010, suponen una ampliación del espacio posible de regulación de la autonomía individual (poder unilateral del empleador) a través del cauce legal ex art.41.5 LET que abren la vía de la *individualización* concreta de las relaciones laborales. Se produce un reforzamiento del poder unilateral del empleador en orden a la modificación de condiciones sustanciales de trabajo reconocidas a los trabajadores en virtud de acuerdo o pacto colectivo, toda vez que agotado el trámite de consultas —que procedimentaliza su decisión modificativa— es al empresario a quien compete en última instancia la facultad unilateral de proceder a su realización efectiva por vía de Derecho[16]. Lo que es inequívocamente inherente a la garantía constitucional del derecho a la negocia-

ción colectiva es el *principio de inderogabilidad singular* de los productos jurídicos emanados de la contratación colectiva[17]. Se tiende a restablecer viejas concepciones de autoritarismo empresarial convirtiendo a la empresa en un territorio de exclusiva gestión por el empresario[18]. Ello es expresivo de la revalorización actual de la concepción monista y no pluralista de la empresa como *organización* productiva.

En suma, se puede comprobar —en este breve análisis transversal u horizontal que se está haciendo aquí— que existen numerosas instituciones capaces de contribuir a la precarización de las condiciones de trabajo y al debilitamiento sindical en el sistema de relaciones laborales.

En otro orden de cuestiones, la reforma de 1994-1997, procedió a realizar reenvíos al contrato de trabajo como fuente de regulación de las condiciones de trabajo (v.gr. artículos 25.1, 26.3, 35.1 y 36.2 LET). Y lo que ello comporta de individualización y de reforzamiento de la posición de supremacía jurídica del empresario (en cuanto contratante más fuerte). Sin embargo, no es una vía que, afortunadamente haya sido expandida, aunque el fortalecimiento de la autonomía contractual opera en los supuestos de «*huida controlada*» del ordenamiento laboral, como es el caso del trabajo autónomo dependiente, el cual, en nuestro modelo normativo, comporta una «deslaboralización» *potencial*, pues se ha rehusado —y era perfectamente posible como opción viable de política del Derecho— configurarla dentro del Derecho del Trabajo como una relación laboral especial, en la dirección prevista por el art.2 de la LET. Ello sin perjuicio de la valoración positiva de dotar a todo trabajador autónomo de un estatuto jurídico-social de protección mínimo como el que realiza la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo.

Por otra parte, la reforma de 1994-1997 supuso la legalización de las empresas de trabajo temporal[19] (y, por consiguiente, de ciertas formas controladas de prestamismo laboral antes prohibidas en un plano formal) y de las agencias privadas de colocación, con funciones de mediación (o intermediación) laboral sustitutivas de las realizadas por el INEM (ahora, dentro del Sistema Nacional de Empleo, los servicios públicos de empleo estatal y autonómicos), que hasta ahora las efectuaban con carácter «residual» o «marginal». Ello comporta una asunción privada de funciones públicas y una «privatización» de las mismas por entes privados que no garantizan la transparencia del mercado de trabajo (medida en términos de respeto al principio de igualdad y no discriminación); y se ha suprimido también la prohibición del ánimo de lucro en la gestión de los servicios de colocación. En la práctica se podrá producir la «compra» del empleo por el trabajador y circuitos privilegiados de colocación. Tanto más cuanto la reforma de 2010 ha legalizó las Agencias privadas de Colocación con ánimo lucrativo. Efectivamente, conforme al art.21 bis de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, «se entenderá por agencias de colocación aquellas entidades públicas o privadas, *con o sin ánimo de lucro,* que realicen actividades de intermediación laboral de acuerdo con lo establecido en el art.20, bien como colaboradores de los Servicios Públicos de Empleo, bien de forma autónoma pero coordinada con los mismos. Asimismo, podrán desarrollar actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo, tales como orientación e información profesional y, como la selección personal». La legalización de las agencias privadas de colocación supuso en los sistemas europeos de relaciones laborales una ruptura con el modelo socialdemócrata de organización de los servicios de empleo, asentado sobre el monopolio estatal de la organización del mercado de trabajo dejando un papel marginal o residual a la iniciativa privada en este campo. Se trataba de un modelo en el que no encajaban sin fisuras las agencias privadas de colocación como quedaba reflejada en los Convenios OIT núm.88 de 1948 y núm.96 de 1949, toda vez que además de imponer a los Estados signatarios la obligación de crear un servicio público de empleo, se orienta hacia la exclusión de las agencias privadas de colocación con ánimo de lucro[20]. Lo ciertos es que se ha producido «el fin de un ciclo y la emergencia de un nuevo

modelo» de intermediación laboral[21]. Las garantías de transparencia se verán limitadas, por mucho que se proclame el respeto a los «principios básicos de la intermediación laboral» (art.22 LE), y se afirme que «la intermediación realizada por las agencias de colocación con independencia de los servicios públicos de empleo deberá garantizar a los trabajadores la gratuidad por la prestación de servicios, no pudiéndose exigir a éstos ninguna contraprestación por los mismos» (art.22.4 LET).

Por su parte, la Ley 3/2012, ha dado nueva redacción al apartado 2 del art. 21bis, a cuyo tenor: «Las personas físicas o jurídicas, incluidas las ETT, que deseen actuar como agencias de colocación deberán obtener autorización del servicio público de empleo que se concederá de acuerdo con los requisitos que se establezcan reglamentariamente. La autorización, que será única y tendrá validez en todo el territorio español, se concederá por el Servicio Público de Empleo…».

Si se conjuga el efecto combinado de las ETT (Ley 14/1994, de 1 de junio, modificada sucesivamente por la reforma de 2010 y de 2012) y de las agencias privadas de colocación de ello resulta una mayor «mercantilización» de la fuerza de trabajo en el mercado y facilita la expansión de inseguridades y malas condiciones de trabajo propias del trabajo precario. En este sentido cabe decir que se ha realizado una transposición liberalizadora de la Directiva sobre ETT en el marco de la reforma laboral de de 2010. Se realza el carácter de pura mercancía ficticia del trabajador. Éste queda «degradado» (ahora también jurídicamente, y no sólo económicamente como hecho connatural al sistema socioeconómico vigente) a una «cosa productiva» *sui generis* objeto del tráfico jurídico-económico. El papel de estos dos agentes privados, con o sin ánimo de lucro, van a ocupar un lugar central en la organización de los mercados secundarios caracterizados por su mayor desprotección social y por la falta de penetración sindical. Hecho que acentúa sus efectos negativos sobre la transparencia del mercado de trabajo y entra en manifiesta contradicción con los fines que en el marco del Estado social se venía asignando a los servicios (públicos) de colocación y a la conformación bilateral de las relaciones laborales.

Debe tomarse en consideración que la reforma de 2010 supuso una ampliación problemática del ámbito de actuación de las ETT, pues a partir de entonces podrán desplegar su actividad en la provisión de mano de obra en sectores de especial riesgo (peligrosos, insalubres…) y en el ámbito de las Administraciones Públicas. Conforme a la Disposición adicional segunda de la Ley 14/1994, de 1 de junio (en la redacción dada por la Ley 35/2010), «desde el 1 de abril de 2011, respetando las limitaciones que, en su caso, hubieran podido establecerse mediante la negociación colectiva conforme a lo señalado en el apartado anterior, podrán celebrarse contratos de puesta a disposición en el ámbito de las actividades antes señaladas. Sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos establecido legal y reglamentariamente, la celebración de contratos de puesta a disposición estará sujeta a los siguientes requisitos…». En esa dirección liberalizadora y permisiva, la Disposición adicional cuarta («Validez de limitaciones o prohibiciones de recurrir a empresas de trabajo temporal»), introducida por la Ley 35/2010: «A partir del 1 de abril de 2011, se suprimen todas las limitaciones o prohibiciones actualmente vigentes para la celebración de contrato de puesta a disposición por las ETT, incluida la establecida en la Disposición adicional quinta de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, con la única excepción de lo establecido en la presente Ley. A partir de es fecha, las limitaciones o prohibiciones que puedan ser establecidas sólo serán válidas cuando se rustiquen por razones de interés general relativas a la protección de los trabajadores cedidos por ETT, a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y a evitar posibles abusos… Las ETT no podrán realizar con las Administraciones Públicas contratos de puesta a disposición de trabajadores para la realización de tareas que, por una norma con rango de Ley, estén reservadas a los funcionarios públicos».

Es una medida típica de flexibilidad externa (que afecta a la flexibilidad de la mano de obra que se utiliza sobre el doble soporte técnico de la interposición legal en la figura del empleador y de las modalidades permitidas de contratación temporal), impulsada por la Unión Europea, en este caso, desde un enfoque predominante de flexibilidad o flexiseguridad garantista. En efecto, la reforma transpone, entre otras cosas, la Directiva 2008/104/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal. Esta normativa trata de equilibrar los principios de seguridad y flexibilidad, ya desde la misma delimitación de su objeto, al disponer que la «Directiva tiene por objeto *garantizar la protección de los trabajadores* cedidos por empresas de trabajo temporal y mejorar la calidad de las empresas de trabajo temporal garantizando el respecto del principio de igualdad de trabajo, según se establece en el art.5, en relación con los trabajadores cedidos por las ETT y reconociendo a las ETT como empleadores, al tiempo que se tiene en cuenta la necesidad de establecer un marco apropiado de utilización de la cesión de trabajadores por empresas de trabajo temporal para contribuir eficazmente a la creación de empleo y al desarrollo de *formas flexibles de empleo*» (art.2). Significativamente en el Preámbulo de la Directiva 2008/104/CE, se reclama la dirección de política del Derecho dirigida a promover la flexibilidad laboral, conciliándola con la seguridad del empleo, y reducir la segmentación del mercado laboral. Se parte de la idea de que las nuevas formas de organización del trabajo y una mayor diversidad de los tipos contractuales, que combinen mejor flexibilidad y seguridad, para los trabajadores y las empresas, contribuirá a mejorar su capacidad de adaptación (de acuerdo con las Directrices integradas para el crecimiento y el empleo 2005-2008, aprobadas por el Consejo y la Comunicación de la Comisión sobre la Agenda Social (2005-2010), y el respaldo a los principios comunes acordados en materia de flexiseguridad que mantienen un equilibro entre flexibilidad y seguridad en el mercado de trabajo dado por el Consejo Europeo de diciembre de 2007). Pero en esa lógica de equilibrios difíciles se realza ante todo el principio de flexibilidad laboral, pues la ETT constituyen un instrumento de flexibilización y precarización de las relaciones laborales (que supone por sí misma una mayor mecantilización de la fuerza de trabajo en el mercado), siendo instancias operantes y determinantes de la conformación de los denominados «mercados secundarios», caracterizados por el empleo precario, temporal y con malas condiciones de trabajo y protección social. No han impulsado un empleo decalidad, sino que rompiendo con el esquema bilateral de la relación laboral típica se articula como una relación triangular que acaba debilitando la posición jurídico-social del trabajador cedido temporalmente, como forma de gestión indirecta y flexible de las relaciones laborales a través de la ETT. Por lo demás, como ha sido apuntado, a pesar de lo que se afirma en el Preámbulo de la Directiva 2008/104/CE, las ETT no son instrumentos «creadores de empleo», sino instrumentos de utilización flexible e indirecta de la mano de obra[22]. Por otra parte, es de realzar que la Directiva 2008/104/CE, aunque dentro todavía de una lógica garantista, lleva a cabo una mayor liberalización de la actividad de las ETT, facilitando su penetración en el mercado de trabajo europeo y permitiendo extender su actividad de prestamismo laboral a nuevas actividades productivas y la posibilidad de operar en el ámbito de las Administraciones Públicas. Estas posibilidades extensivas y permisivas han sido plenamente aprovechas en nuestra normativa de transposición interna.

Un paso más en el proceso de liberalización se produce con la reforma de 2012 (RDL 3/2012 y Ley 372012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral), que impulsa la función de las ETT como agencias de colocación ampliando el proceso de descompromiso jurídico-social de la empresa usuaria respecto a los trabajadores en misión y creciente mercantilización del trabajador como trabajador precario sometido a un férreo sistema de contratación temporal[23]. Conforme a la nueva redacción de los artículos

16.3 de LET y 1 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, las ETT podrán, además de realizar una tarea de interposición o prestamismo lícito de trabajadores, actuar como agencias de colocación cuando cuenten con la correspondiente autorización de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable (reténgase los requisitos establecidos en la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, su Disposición adicional segunda y su normativa de desarrollo).

En el ámbito de la llamada flexibilidad externa, debe destacarse, igualmente, la pervivencia de la centralidad de la contratación temporal, a pesar la supresión de los llamados contratos temporales para el fomento del empleo y del de lanzamiento de nueva actividad (y el fracaso del contrato por tiempo indefinido como instrumento con indemnización reducida por despido improcedente). La experiencia reformista muestra nítidamente que se ha asistido a un proceso de reforma permanente diacrónico, y no lineal de las modalidades de contratación laboral. Aunque se ha promulgado expresamente el principio de estabilidad en el empleo, siempre —por unas causas o por otras— dicho principio no ha tenido una proyección práctica en su totalidad, incluso en ocasiones desvirtuándose el principio de causalidad en la contratación temporal. En una perspectiva de conjunto se comprueba que el eje y las líneas maestras que informan y conforman cada una de las reformas laborales se refieren y ahondan todas en los contenidos flexibilizadores, *rectius,* «liberalizadores». En unas reformas más que en otras, además de establecer elementos que equilibran esos contenidos a favor del empresario, introducen otros elementos garantistas para los trabajadores. Pero en todas las reformas —pese a las declaraciones de las Exposiciones de Motivos correspondientes— se aprecia una predominante tendencia a mantener la flexibilidad como pretendida medida de fomento del empleo —aunque éste no sea estable—. Hay medidas que han contribuido a la reducción notable del desempleo, otras, sin embargo, han fracaso en este objetivo, aunque siempre se han mantenido las altas tasas de temporalidad contractual. En todas las reformas se han propiciado medidas de flexibilización del sistema normativo y de los contenidos de las normas que regulan el trabajo.

Es cierto que en las últimas reformas el objetivo principal ha sido «oficialmente» el de reducir las altas tasas de temporalidad existentes y fomentar la estabilidad en el empleo. Pero en materia de modalidades de contratación no estamos ante una reforma de la legislación laboral ni ante un cambio de rumbo cualitativo de las materias afectadas por la misma. En todas las reformas tanto las instituciones como los principios informadores de las mismas permanecen inalterados, y en ningún momento se ha eliminado o reducido al máximo la posibilidad de contratación temporal. Esta línea también se mantiene en las últimas reformas en esta materia —Ley 35/2010 y Ley 3/2012— a pesar de haberse planteado en determinados foros debates sobre la posibilidad de la implantación de un contrato único. Una modalidad, ésta última, que agudizaría, sin embargo, el problema socio-laboral de la precariedad laboral, y que encontraría en la práctica gravísimos obstáculos para su implantación en nuestro país y en los países de referencia comparables de la Unión Europea, pues supondría desconocer el principio de causalidad o de justificado motivo en la contratación (lo que entra en contradicción con la normativa comunitaria vigente y con el Derecho interno sobre la materia), sería incompatible con el régimen vigente del trabajo a través de Empresas de Trabajo Temporal (que operan, evidentemente, sobre la base de la contratación temporal) e introduciría efectos disfuncionales y rigideces en el mercado de trabajo porque entrañaría la supresión de las modalidades «estructurales» de contratación temporal actualmente existentes[24]. Se podría producir, así, nuevamente, una suerte de heterogonía de los fines, al invertirse los objetivos formalmente pretendidos por la reforma legislativa.

Sin duda la dualidad entre trabajadores fijos y temporales constituye el problema estructural más grave de nuestro mercado de trabajo. La reforma laboral de 2010 fue en la dirección

de frenar la contratación temporal modificando algunas modalidades contractuales e incentivando la contratación indefinida, para que se utilicen de forma adecuada y se eviten los abusos en el uso de la contratación temporal, donde se considera que ésta el problema: no en la existencia de contratación temporal en sí, sino en el mal uso —y, por consiguiente, abuso— que se hace de ésta. Ese punto de partida no es sustancialmente distinto al contemplado en el Preámbulo de la Ley 3/2012.

El hecho es que el modelo estatutario parece configurar un modelo de contratación temporal «estructural» basado en el principio de causalidad. Pero se ha venido producido una flexibilidad judicial y también negocial a través de la ampliación del margen operativo de algunas formas de contratación temporal (señaladamente, el contrato para obra o servicio determinado, generalizada en el sector de la construcción y admitida inexplicablemente haciendo coincidir el contrata de obra o servicio determinado con la vigencia de la contrata o subcontrata). Cabe decir que el reenvío a la negociación colectiva ex art.15 de la LET no ha tenido el efecto pretendido de contrarrestar la utilización abusiva de la contratación temporal, e incluso la presión que se ejerce en el campo de transacciones propio de la negociación colectiva ha podido tener el efecto contrario en algunos casos especialmente significativos, como la flexibilidad y en la práctica la ampliación causal de este tipo contractual. En la práctica, el contrato para obra o servicio determinado (art.15.a) de la LET) es el más utilizado disfuncionalmente porque está dotado de una extraordinaria versatilidad o flexibilidad aplicativa. No es de extrañar que haya sido esta experiencia aplicativa la que ha dado lugar a una radical «desconfiguración» o «desnaturalización» del mismo, lo que impide en muchas ocasiones reconducir el tipo contractual real al tipo legal. Ciertamente, no se entiende esta expansión aplicativa cuando se toma en consideración los dos elementos característicos del tipo, al menos hasta el momento de la reforma de 2010: la sustantividad o autonomía de la actividad y la incertidumbre del término final, aunque se sabe que llegará la conclusión en un momento determinable, no determinado. Aquí se ha producido una importante matización en la reforma legislativa. Ahora la reforma de 2010, incluso permite, adicionalmente, que a través de la negociación colectiva se pueda ampliar en un año más el límite legal establecido de tres años máximo de duración de la contratación. Por lo demás, la delimitación del principio de causalidad cada vez más nítidamente se muestra como algo más propio del garantismo legal, pues afecta decisivamente al principio de estabilidad en el empleo integrativo e instrumental para la efectividad del derecho al trabajo ex art.35.1 CE.

Con la última reforma legislativa a ese contrato se le impone un término máximo de vigencia, a saber: «Estos contratos no podrán tener una duración superior a tres años ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior. Transcurridos estos plazos, los trabajadores adquirirán la condición de trabajadores fijos de la empresa». Se podría inquirir si hay un cambio de naturaleza de este tipo contractual, ciertamente no, pues continúa siendo un contrato temporal pero con un plazo máximo legal de duración. Con ello se desdibuja en gran medida el elemento causal de esta modalidad contractual, pues el legislador acentúa el factor de temporalidad (término final *«ex lege»)* en detrimento del factor causal (el objeto vinculado estrictamente a la sustantividad de una obra o servicio determinado). El principio de causalidad conduciría, más adecuadamente, a la opción de *precisar* el objeto del contrato que justifica la existencia de este tipo contractual. La norma parece dejar un espacio más libre en el uso de este tipo contractual «desnaturalizado» durante esos tres años, aunque formalmente, se insiste, el contrato continúa genéricamente exigiendo la «autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración *incierta*» (art.15.1.a) LET). El interrogante que surge inmediatamente pare-

ce obvio: en el fondo, la reforma parece que cuestiona ese carácter incierto, toda vez que es la propia norma la que impone, en todo caso, el vencimiento del término final, tras el cual se produce la conversión o transformación del contrato temporal en contrato por tiempo indefinido:»transcurridos estos plazos, los trabajadores adquirirán la condición de trabajadores fijos de la empresa», expresa el precepto ex art.15.1.a) LET. Con ello se abunda en la inseguridad de la precarización del empleo no justificada objetivamente. En este sentido la introducción de un término final por vía legal no supone en sí misma una garantía para el trabajador afectado, pues «la mayor garantía que puede tener un trabajador es que las necesidades productivas permanentes sean sufragadas con contratos indefinidos y ello no se consigue con un contrato a término desvinculado de la causa que incentiva la temporalidad»[25].

Mientras dure la obra o servicio no se podrá despedir legítimamente al trabajador cuando supere los tres años, salvo por despido disciplinario y por despido por causas empresariales. Por tanto, si puede despedirse al trabajador cuando finalice la obra o el servicio por la vía del art.52 o, en su caso, por la vía del art.51 de la LET. Por lo demás, agravando las cosas, se prevé dos cuestiones adicionales: la primera, que estos contratos podrán tener una duración superior a tres años, pues este plazo se puede ampliar «hasta doce meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior»; y, en segundo lugar, que «los convenios colectivos sectoriales estatales y de ámbito inferior, incluidos los convenios de empresa, podrán identificarse aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con contratos de esta naturaleza» (art.15.1.a), párrafo segundo). La interrogante que se plantea es que este tipo de remisiones no ha dado buenos resultados y que sería correcto que el legislador acotará mejor el objeto específico de este tipo contractual, sobre todo impidiendo que se pueda hacer coincidir el término de vigencia del contrato con la terminación de la vigencia de la contrata o subcontrata. Esto impediría la utilización abusiva actual de esta figura contractual en el marco de las operaciones de externalización vía subcontratación empresarial. En todo caso, parece que subyace una cierta permisibilidad respecto al período de los tres años, como si el legislador se diera por vencido respecto al acotamiento o delimitación causal y ofreciese tan sólo ese término final que matiza el elemento de incertidumbre del tipo contractual. Pero es que además, se exceptúa el régimen especial del sector de la construcción y se inaplica respecto de las Administraciones Públicas («lo dispuesto en el art.15.1.a) en materia de duración máxima del contrato por obra o servicio determinados no será de aplicación a los contratos celebrados por las Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, ni a las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades o en cualesquiera otras normas con rango de ley cuando estén vinculados a un proyecto específico de investigación o de inversión de duración superior a tres años» (Disposición Adicional decimoquinta del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en redacción dada por la Ley 35/2010).

Los datos estadísticos reflejan que los contratos temporales son la inmensa mayoría de las nuevas contrataciones laborales que se vienen realizando en nuestro país. Esto pone de relieve el fracaso de la reforma laboral en la supresión de la dualización de los mercados de trabajo.

Ello no obstante, la reforma de 2010-2012 presenta *dos aspectos positivos*: por un lado, el rechazo de la fórmula de un «contrato único de trabajo»[26] (aunque algo de esta idea se filtra en la nueva modalidad de contratación por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores), que neutralizaría el principio de causalidad y convertiría en potencialmente precarios a los mismos contratos indefinidos debilitados en sus garantías; y, por otro, intenta contener la utilización excesiva de las modalidades de contratación temporal a través del incremento de

la indemnización por extinción del contrato temporal (introducida por la reforma laboral de 2010), desde los ochos días en la regulación precedente a los doce días por año de antigüedad en la empresa, aunque con un amplio régimen transitorio que finaliza en el año 2015 (art.49.1.c) LET; Disposición Transitoria 13 de la LET). No parece que este incremento de la indemnización disuada a los empleadores a que continúen prefiriendo la utilización de la contratación temporal (la explicación sucinta está entre la cultura empresarial y la mayor disciplina laboral). Tendría que recuperarse el principio de causalidad con una precisión y concreción mayor de las causas legitimadoras de la contratación temporal y, en particular limitar el contrato estrecha, el contrato para obra o servicio determinado, de un modo más incisivo y correcto que el término final preestablecido (que es la opción de la reforma), mediante una indicación detallada de su objeto y la prohibición expresa de que se haga coincidir con su duración con el término de vigencia de la contrata o subcontrata. En este sentido, el que contratación temporal y precariedad puedan ser sinónimos en la práctica cuando en un plano jurídico-formal aquélla se somete estrictamente al principio de *causalidad específica* previsto para cada tipo contractual, se debe a las imprecisiones de la regulación legal (y, en algún caso, a su desvirtuación por la negociación colectiva y la interpretación extensiva de las jurisprudencia) y la práctica abusiva de las modalidades de contratación más allá de lo que estaría permitido y amparado en dicha causa específica tipificada por el ordenamiento jurídico. Con esa expansión la contratación temporal se suma a otros factores determinantes de la precarización del empleo en la lógica liberalizante de la potenciación de los mercados de trabajo segundarios en el marco del dualismo que caracteriza a la racionalización jurídico-económica del empleo dentro de los potenciados mercados de trabajo segmentados y flexibles. Por el momento, el marco jurídico actual de las ETT fomenta la dualización de los mercados de trabajo y la estabilización del denominado mercado secundario de empleo.

Nuestro modelo de contratación laboral está favoreciendo en la práctica la precarización del empleo y persiste todavía un incentivo objetivo para su preferencia empresarial. Junto a los problemas de delimitación del principio de causalidad en los contratos temporales, existe un manifiesto y generalizado abuso en la contratación temporal. Tampoco ayuda la creación (inicialmente jurisprudencial y después consagrada legalmente por el Estatuto Básico del Empleo Público) de los «trabajadores indefinidos no fijos» en el ámbito del empleo público (art.8.2.c) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, Estatuto Básico del Empleado Público).

Lo que parece más adecuado mantener el contrato indefinido junto con las modalidades existentes en la actualidad de contratación temporal, a condición de que se reduzca legalmente su espacio funcional atendiendo estrictamente a la observancia del principio de correspondencia entre actividad laboral intrínsecamente temporal y modalidad contractual temporal utilizada. Ahora bien, aún se podría hacer más efectivo el principio de causalidad en la celebración de contratos temporales y buenos instrumentos para ello sería un adecuado uso de este tipo de contratos por la negociación colectiva así como potenciar el control efectivo de estos contratos llevados a cabo por la Inspección de Trabajo. Ahora bien, debe consagrarse una contratación indefinida de calidad, tanto en lo relativo a las condiciones de trabajo como respecto a los mecanismos de tutela frente al despido (disuasorios y de compensación suficiente a cargo del empresario ante una posible pérdida del empleo).

Existen dudas razonables sobre el hecho de que la *generalización* del tipo de contratación indefinida para el fomento del empleo satisfaga plenamente estas múltiples exigencias de «calidad», especialmente por lo que se refiere a las facilidades y el abaratamiento del despido ilegítimo que comporta ese contrato indefinido de fomento del empleo. En este sentido merece una valoración negativa la tendencia —alentada por la reforma laboral— al desplazamiento vertical de la contratación indefinida «ordinaria» (regulada en la vigente Ley del Es-

tatuto de los Trabajadores) por la contratación indefinida «especial» de fomento del empleo (el resultado final, pretendido implícitamente, será la conversión de ésta última en contratación *indefinida* «común» y «única»), con una minoración significativa de la cuantía indemnizatoria por resolución contractual, aparte de otras ventajas para el empleador en la reducción del coste del factor trabajo. Desde este punto de vista, no estamos ante una reforma más, sino ante una reforma cualitativa que apunta a operar un giro relevante (un «punto de inflexión») en la política del Derecho laboral en materia de contratación. En el mismo legislador de 2012 ha derogado esta modalidad y la ha sustituido por la no menos problemática del contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores (Cap. II, art.4 de la Ley 3/2012).

Por otra parte, tiene que consagrarse en la realidad jurídica (que comprende no sólo el marco legal sino también la praxis aplicativa de orden normativo) el contrato por tiempo indefinido como el *tipo contractual preferente,* dotado del estándar de garantías constitucionalmente apropiado, atendiendo a la relevancia de los valores sociales y productivos que le son inherentes. En este sentido debe desmitificarse la falsa idea de que el contrato de trabajo indefinido es «por sí mismo» identificable con rigidez contractual. El atributivo de la «indefinición» del término final del vínculo contractual no es sinónimo de falta de «flexibilidad» en la gestión del personal. El fomento de la contratación indefinida exige una política del Derecho de contención del proceso de fragmentación en un archipiélago de figuras contractuales (típicas y atípicas).

Se debe de clarificar legalmente más el principio de causalidad que informa a cada uno de las distintas modalidades de contratación temporal «estructural». Esta delimitación evitaría situaciones de inseguridad jurídica y pondría límites precisos a ciertas formas de «flexibilidad judicial» y «convencional». En términos generales —y salvo supuestos realmente excepcionales—, se ha de abandonar toda idea de la utilización de la contratación temporal como medida de fomento del empleo, pues esta supuesta funcionalidad ha sido desmentida en la experiencia jurídica. Actuar sobre la dualidad del mercado de trabajo, implica limitar el empleo temporal a los tipos estructurales (que exige un justificado motivo vinculado a la actividad laboral) y garantizar a los trabajadores temporales un estatuto protector digno. Se han de introducir medidas para dignificar la posición jurídica (laboral y de Seguridad Social) de los trabajadores temporales «estructurales», con la finalidad de impedir las situaciones de precariedad laboral (que suele acompañar a las situaciones de verdadera exclusión social[27]) y de minoración del estatuto de protección social, derivada ante todo de los problemas que plantea la excesiva rotación laboral y los déficit de cotización (Ello es así tanto en la protección de Seguridad Social como en lo relativo a los sistemas complementarios de previsión privada, como señaladamente los Planes de pensiones). En suma: se ha de garantizar una contratación temporal de tipo «estructural» (que es la única que debe admitirse legalmente) que confiera un estatuto sociolaboral de calidad, con condiciones de trabajo y garantías «compensatorios» y de protección social equivalentes al trabajo indefinido. Trabajo temporal «estructural» y trabajo decente —protegido— deben poder conjugarse sin fricciones.

Han de establecerse normas reguladoras homogeneizadoras con el «régimen laboral» común (ya en sí diversificado) de las formas de contratación existentes en las diversas modalidades de relaciones laborales de carácter especial. El «paradigma estatutario» de contratación laboral debe proyectarse también a las relaciones especiales de trabajo.

Admitida la necesidad de la contratación temporal estructural (y, por tanto, por justificado motivo precisado legalmente), ello debería ir acompañado de un reforzamiento de las garantías efectivas del principio de igualdad de trato entre trabajadores temporales y trabajadores indefinidos. Debe evitarse, en la perspectiva normativa y de la experiencia práctico-jurídica, que temporalidad sea equivalente a precariedad laboral. Se ha de garantizar a los

trabajadores temporales un trabajo digno, libre y seguro («protegido»). La política del Derecho laboral debe, garantizar, un estándar de calidad del empleo de todos los trabajadores con independencia de la particular modalidad contractual que formaliza jurídicamente la relación de trabajo profesional. El trabajo decente remite a una forma de trabajar caracterizada por la regulación garantista y un cierto nivel de «des-mercantilización» del trabajo, a través del reconocimiento legal de los derechos sociales del trabajador y la consiguiente introducción *«ex lege»* de un componente estatutario en el contrato de trabajo «normado». Lo cual comporta, coherentemente, cuestionar las políticas de flexibilidad neo-liberal dirigidas a instaurar amplios niveles de «re-mercantilización» del trabajo. Pero importa realzar que «el hombre tiene una dignidad. Lograr tal dignidad es la misión especial del Derecho del Trabajo. Su función consiste en evitar que el hombre sea tratado igual que las cosas»[28].

Adviértase que una política racionalizadora y garantista de la contratación laboral tiene que atender a los nuevos modos de organización de la empresa. Especialmente, los fenómenos de la empresa red (la cual se basa en la unión de varias empresas que coordinan sus actividades especializadas, resultando útiles para el conjunto o complejo empresarial articulado en estructura descentralizada), externalización productiva, subcontratación empresarial y empresas de estructura compleja. La «forma contractual» se modula instrumentalmente en función del tipo o «forma de empresa». La desconexión entre «forma contractual» (que formaliza la subordinación) y «forma de empresa» produce un efecto de «desaplicación fáctica» de las normas reguladoras frustrando sus objetivos[29].

En los recientes procesos de regulación se suele recurrir a dos prácticas: la externalización de actividad productivas y de gestión de personal (vía subcontratación y de las Empresas de Trabajo Temporal; ETT) y la utilización masiva del empleo temporal. Ello permite una triada de elementos favorables a los intereses empresariales, a saber: la flexibilización de los procesos de producción, la reducción de costes laborales y la disminución del poder sindical de control y negociación colectiva[30]. En los procesos de racionalización y reestructuración productiva realizados en nuestro país se han puesto en práctica este tipo de políticas flexibilizadoras.

De estos fenómenos Interesa realzar aquí que tienden a incrementar el *empleo secundario*. Una forma de empleo laboral cuyos rasgos definitorios se habían descrito por su carácter eminentemente precario y poco protegido. Ello ha supuesto abundar en la generación de una sociedad fragmentada y dual. De este modo, el efecto más tipo de la segmentación laboral es el *aumento del sector secundario o precarización en sentido estricto del mercado de trabajo.* Se viene producido una ruptura de la ya relativa homogeneidad en la fuerza de trabajo de la empresa.

(a). Es de destacar la presencia de formas especiales de trabajo: son las llamadas figuras atípicas de trabajo a menudo inducidas por nuevos modos de organización empresarial y sistemas de clasificación profesional. Estas formas «atípicas» no son fácilmente asimilables a las tradicionales formas de empleo laboral. Esta segmentación laboral constituye una mezcla compleja de mutaciones del tejido productivo y de transformaciones en la composición de la fuerza de trabajo. Pero que en el momento actual se viene saldando en la más pura precarización del empleo por el crecimiento del sector secundario a que se hizo referencia. Las reformas laborales han venido a introducir nuevos contratos precarios, pero en términos de conjunto se ha mejorado la protección sociolaboral en los casos significativos del contrato para la formación y el aprendizaje y se viene potenciando la figura del contrato a tiempo parcial ya existente (El art. 2 de la Ley 3/2012, da nueva redacción al apartado 2 del art. 11 LET, en un sentido más garantista. Por su parte el art. 5 de dicha Ley da nueva redacción a la letra c) del apartado 4 del art. 12 LET, admitiendo que los trabajadores a tiempo parcial puedan realizar horas extraordinarias). En todo caso no se olvide que

el TJUE ha declarado que nuestro sistema de protección en materia de pensiones es discriminatorio respecto a los trabajadores a tiempo parcial, con base a la apreciación de una discriminación indirecta por razón de sexo. (STJUE de 22 de noviembre de 2012)[31].

Sea como resultado de estrategias empresariales, sea como reflejo de necesidades objetivables del sistema productivo, es lo cierto que se asiste una generalización de las llamadas formas de trabajo atípico que no encajan en el modelo-tipo de relación de trabajo. Tales formas de trabajo tienden a situarse fuera del cauce de regulación del Derecho del Trabajo obedeciendo a las reglas del mercado que priorizan la autonomía de la voluntad de las partes como cauce de regulación. El Derecho del Trabajo se halla ante una situación de impotencia ante estas formas de empleo que tiende a «huir» de su campo de aplicación y necesita de un una remodelación de sus propios esquemas de regulación de los procesos sociales que ya escapan en buena parte a su control.

Tales formas de trabajo atípico deben ser «laboralizadas» (mediante una extensión de las tutelas; garantías sociales) sin perjuicio de atender a su especificidad mediante el establecimiento de regímenes jurídicos diferenciados, pero evitando una diversificación innecesaria de las tutelas del trabajo por cuenta ajena. No se trata, pues, de negar la realidad de una diversificación de las formas y modos de la prestación de trabajo en el marco de mercados de trabajo segmentados, sino de de establecer mecanismos de regulación que garanticen un tratamiento no discriminatorio de los trabajadores en función de sus modos de inserción en el mercado laboral.

De modo que, existen formas de trabajo que escapan a las características tipológicas de la relación de trabajo típica o normal (es decir, con contrato de duración indefinida, a jornada completa y realizada con un único empleador)[32].

(b). Una de las formas de empleo atípico (y precario) es el trabajo a través de una empresa de trabajo temporal (ETT). El elemento más «novedoso» de esta forma de empleo temporal es la mutación de la estructura de la relación de trabajo «normal». Se rompe con el esquema «bilateral» de la relación típica y si complejiza mediante la articulación de una relación de tipo triangular, produciéndose una disociación entre el empresario formal (ETT) y el empresario «real» o material (la empresa usuaria), que sin ser empresario directo del trabajo recibe y organización la prestación de servicios. En realidad, la ETT asume funciones de gestión de personal de las empresas usuarias, de modo que las ETT vienen a ser a realizar una función de provisión o prestamismo de mano de obra bajo un régimen especial. Estas empresas de trabajo temporal han pasado de estar prohibida a ser admitidas expresamente en el sistema legal en el marco de un cambio de política legislativa inducido por la legislación comunitaria.

Adviértase que se plantea un problema adicional consistente en que los trabajadores temporales no consolidan la estabilidad en el empleo, ya que cada «misión» en la empresa usuaria da lugar un contrato de trabajo independiente con la ETT. En tales casos existe una sucesión de contratos diferentes y no un sólo contrato de trabajo de duracción indefinida suspendido en los intervalos entre «misión» y «misión» al servicio de las empresas usuarias[33], con lo que el trabajador nunca pierde su condición precaria (no acumula antiguedad, no tiene derecho a las indemnizaciones comunes por resolución del contrato de trabajo indefinido, etc.). Aparte del hecho de que a efectos colectivos, no son tomados en cuenta a la hora de precisar la dimensión de la empresa para la constitución de representaciones unitarias o delegados sindicales; por hacer referencia sólo a algunas «inferencias» (por no decir «usos alternativos» de la figura analizada) en la fisiología y patología del sistema de relaciones laborales.

Pero estas reformas del marco legal no son suficientes por sí solas, porque es necesario mejorar los sistemas de control público y sindical de la observancia real (y, por consiguiente, de la eficacia real) de los «usos» y «abusos» de la

contratación temporal. El control de cumplimiento es el que hace eficiente el modelo legal de contratación, impidiendo que se produzcan situaciones de abuso y fraude de Ley. El garantismo jurídico no sólo reside en la regulación legal sino también la predisposición de mecanismos adecuados para garantizar la eficacia social de las normas jurídicas[34]. La eficacia social de las medidas se impone ante el hecho de que nuestro país presenta la tasa de temporalidad más elevada de la Unión Europea, sin que ello encuentre una justificación objetiva y razonable atendiendo incluso a las exigencias funcionales de un mercado de trabajo eficiente y capaz de garantizar un trabajo digno de la persona que trabaja[35].

En la reforma de 2010 tuvo inicialmente otros elementos positivos, aunque de aplicación problemática se introducen reglas más restrictivas respecto del encadenamiento de los contratos temporales (aunque su eficacia real se atenúa por la aplicación limitada a las Administraciones Públicas). Así, en efecto, se establece en el art.15.5 LET (en su nueva redacción dada por la Ley 35/2010) que «sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1.a), 2 y 3 de este artículo, los trabajadores que en un período de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o *grupo de empresas,* mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresa de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, *adquirirán la condición de trabajadores fijos.* Lo establecido en el párrafo anterior también será de aplicación cuando se produzcan supuestos de sucesión o subrogación empresarial conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente…». Esta previsión es más coherente con el propósito expresado en la Exposición de Motivos de reducir la dualidad de nuestro mercado de trabajo, impulsando la creación de empleo estable y de calidad. El endurecimiento de las reglas para impedir el *encadenamiento sucesivo* de los contratos temporales se sitúa en esa lógica restrictiva de la contratación temporal injustificada o abusiva.

Sin embargo, poniendo de manifiesto las oscilaciones, contradicciones e improvisaciones que han venido caracterizando a los procesos de reforma recientes, el art. 5 del RDL 10/2011, de 26 de agosto (en la redacción dada por la Ley 3/2012, de 6 de julio) estableció la suspensión, hasta el 31 de diciembre de 2012, de la aplicación de los dispuesto en el art. 15.5 LET.

En otro orden de ideas, el contrato a tiempo parcial no es *«per se»* favorecedor de empleo precario, e incluso puede considerarse un factor muy positivo para el empleo (personas con responsabilidades familiares, trabajadores mayores que pretenden una jubilación más flexible y gradual o que pretendan reincorporarse al mercado de trabajo después del cese en el trabajo por motivo de pasar a «trabajador pasivo» con pensión de jubilación). Hoy está en indudable expansión en todo el ámbito de la Unión Europea. No obstante, el problema práctico que se plantea es que el legislador está tardando demasiado en realizar una necesaria adaptación de las instituciones sociolaborales a las características propias del empleo a tiempo parcial y ello puede general el efecto paradójico de que la contratación a tiempo parcial pueda determinar la existencia simétrica de un empleo precario y su incorporación disfuncional en el llamado «mercado secundario». Por lo demás, se puede producir una doble situación proclive a la precarización del trabajador a tiempo parcial, debida a la *generalizada concurrencia de que también son, en la mayor parte de los casos, se insiste,* trabajadores a tiempo parcial con contrato temporal. Por tanto, sería preciso fomentar contratos a tiempo parcial estables y protegidos, que impidan la precarización de las relaciones laborales. En todo caso, parece que las últimas reformas —incluida la de 2012— van en la dirección «noramalizadora» y más garantista del trabajo a tiempo parcial.

La reforma de 1994-1997 había «recuperado» la figura del contrato de aprendizaje en su versión más laboralizada de contrato para

la formación. Hasta el momento ha sido un contrato realmente *precario*, con la garantía de percepción de una mínima retribución y sin plenos derechos de Seguridad Social; esto es, una protección social «devaluada». El nuevo contrato para la formación es, como su predecesor histórico de la antigua Ley de Contrato de Trabajo de 1944, una modalidad contractual de mera provisión de mano de obra barata para el empleador sin que quede adecuadamente subrayado el elemento formativo inserto en el nexo causal. Esta figura contractual enmascara en su generalizada utilización abusiva y desnaturalizadora, una relación laboral sin finalidades esencialmente formativas, beneficiándose de la minoración de costes salariales y extrasalariales. La reforma laboral de 2010 volvió a incidir en el fomento de este tipo de contrato que acaba siendo realmente precario y que, por otra parte, no ha venido encontrando una especial aceptación en el mercado laboral, dada la proliferación de figuras contractuales más atractivas para los empleadores. Ello no obstante, la reforma trató de dignificar esta modalidad temporal del contrato por razones formativas. Es verdad que es esta la intención del legislador, el cual hace notar que «respecto del objetivo específico de elevar las oportunidades de empleo de los jóvenes, se introducen mejoras sustanciales en la regulación de los contratos para la formación que, al mismo tiempo, incentivan su utilización por los empresarios a través de una bonificación total de las cotizaciones sociales y los hacen más atractivos para los jóvenes, a través de la mejora del salario y del *reconocimiento de las de las prestaciones por desempleo*» (Exposición de motivos de la Ley 35/2010)[36].

La reforma laboral de 2012 emprende de nuevo una revisión de los contratos formativos[37], en la confianza de que esta modalidad de contratación paliará el desempleo de los jóvenes. Pero, en realidad, y pese a las mejoras en su régimen jurídico, con ello no se abordan las causas reales determinantes del desempleo de este colectivo de personas y se apuesta por un contrato temporal en el que siempre destaca más la precariedad y el abaratamiento de la mano de obra que los componentes auténticamente formativos del trabajador joven.

La nueva figura contractual, el llamado contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, llamado a tener una especial centralidad en nuestro sistema de contratación laboral (regulado en el Capítulo II de la Ley 3/2012, art 4). Es un contrato de fomento del empleo estable para empresas que tenga una plantilla de menos de cincuenta trabajadores; es a tiempo completo y a jornada completa; con la excepción de la duración del periodo de prueba regulado en el art. 14 LET, «que será de un año en todo caso». El contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores, contempla el fomento del empleo como elemento instrumental para facilitar el desenvolvimiento de las empresas de menos de cincuenta trabajadores. Esta modalidad contractual no sólo está llamada expresamente a sustituir a los contratos indefinidos para el fomento del empleo preexistentes, sino que en la dimensión político-jurídica parece tratar de aplicar parte de las propuestas liberalizadoras que se habían formulado en relación con el «contrato único», aunque rehusando establecer esta figura contractual.

Es un tipo contractual que, entre otras cuestiones problemáticas, desnaturaliza el instituto del período de prueba, ya que impone legalmente una duración de un año, con indiferencia absoluta del contenido profesional del objeto de la contratación, desconectándolo de la verificación de la aptitud laboral del trabajador. Se produce, así, una desconexión total con el tipo de puesto de trabajo y las tareas correspondientes a realizar, por un lado, y por otro, el periodo de prueba es utilizado instrumental como medida de fomento de la contratación, siendo esta finalidad extraña a la institución de la prueba y a la libertad de desistimiento empresarial; finalmente, el período de prueba de un año, en todo caso, supone la atribución de la facultad empresarial de desistimiento sin causa, privándose al trabajador de protección frente a la decisión extintiva unilateral del empleador, salvo violación de sus derechos fundamentales. Esto significa que durante ese largo

periodo de un año, el empleador ostentará un derecho de libre desistimiento sin causa y sin indemnización. Esto es un despido libre encubierto con la forma jurídica del período de prueba. Es evidente que ello se contrapone a la garantía constitucional del derecho al trabajo consagrada en el art. 35.1 CE[38] y a las normas internacionales de trabajo generales (especialmente, el art. 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea[39], art. 1 de la Carta Social Europea Revisada (Hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996, y art. 4 del Convenio 158 de la OIT, en cuyo art. 4 el derecho del trabajador a no ser privado de su empleo sin «una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta, o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio»)[40]. Las consecuencias serán especialmente contraproducentes para la estabilidad en el empleo y su lógica ha sido expresamente atendida por el legislador de la reforma porque se pone a disposición de las pequeñas y medianas empresas, que son la inmensa mayoría en nuestro tejido empresarial. La idea subyacente es que se puede despedir libremente sin causa y sin indemnización durante el periodo temporal de un año.

La reforma de los despidos es harto significativa de la doble finalidad político-jurídica perseguida por el legislador reformista: por un lado, la reducción de costes garantías jurídicas del despido; y por otro, el incremento del poder empresarial con una mayor disciplina y sometimiento del trabajador. La empresa tiende de nuevo a conformarse como una «organización disciplinaria», donde, por decirlo con Michel Foucault[41], se «vigila» y se «castiga» con un cada vez mayor margen de discrecionalidad empresarial.

Se produce, en efecto, la reducción de las garantías jurídicas frente al despido ilegítimo y su coste económico: reducción del ámbito de la nulidad del despido —art.55 LET, primero, con la reforma laboral de 1994-1997 y, después, art.53 LET, en virtud de la reforma de 2010— y tratamiento legal como despidos individuales o plurales de supuestos de despidos calificables conceptualmente, y materialmente, como colectivos —art.52.c) LET, en relación con el art.51.1 LET, con el efecto subsiguiente de una pérdida de control colectivo y sindical de los procedimientos de despido por crisis de funcionamiento de la empresa. De este modo, se reduce el espacio de la nulidad en los despidos considerados individuales (reforma de los artículos 55 y 53 de la ET), de manera que se reduce la relativa estabilidad real que garantiza la calificación de nulidad del despido ilegítimo.

Asimismo, los despidos por causas empresarias son normalizados como instrumentos ordinarios de gestión de personal. Se aducía que la principal disfunción de nuestro régimen del despido era la inseguridad y dificultad para utilizar los mecanismos de extinción por necesidades de funcionamiento de la empresa, especialmente los artículos 51 y 52 c) de la LET. Pero la nueva regulación lo que ha pretendido es ampliar los márgenes de discrecionalidad de la decisión empresarial sin garantizar una seguridad jurídica respecto al factor de causalidad (señaladamente, la referencia a la dimensión preventiva de los despidos…), aparte de que el juicio de racionalidad y proporcionalidad en los despidos nunca puede ser suprimido pretendido recortar el margen de interpretación conferido a juez laboral. El test mínimo de razonabilidad constituye una técnica de estándar de conducta en atención a criterios de gestión económica y organizativa de las empresas juridificados en la norma a través de la técnica de *conceptos jurídicamente indeterminados.* Esta idea frecuentemente, y sorprendentemente, ha sido objeto de confusión por quienes atribuyen esta consecuencia por el distinto factor de supresión de la dimensión finalista de los despidos por causas empresariales exigida expresamente por la normativa anterior derogada[42].

Ello no obstante, en la reforma de la Ley 3/2012 hay otro factor preocupante cual es una cierta proclividad a alterar el modelo de flexibilidad negociada ex art. 51 LET, apreciable no sólo en la supresión del trámite de autorización administrativa previa de los despidos colectivos (que puede ser razonable pero que

en la coyuntura actual desequilibra el poder negociador a favor del lado empresarial), sino en una flexibilización tan radical del elemento causal que favorece tanto el margen de discrecionalidad unilateral del empleador que acaba decididamente por desincentivar el acuerdo durante el periodo de consultas. Con ello se desvirtúa el modelo de flexibilidad negociada por la que ha venido apostando el Derecho Social Comunitario (señaladamente, las Directivas sobre despidos colectivos y transmisión de empresas) y que ha sido propiciada por la propia Comisión Europea especialmente desde su Comunicación sobre «Reestructuración y empleo. Anticipar y acompañar las reestructuraciones para desarrollar el empleo: el papel de la Unión Europea» de 2005 [Bruselas, 31.3.2055COM(2005)], reiterada solo parcialmente (pues ahora se limita a subrayar el papel destacado de los interlocutores sociales y el diálogo social a la hora de difundir y estimular las mejores prácticas de previsión y gestión de las reestructuraciones)[43], precisada y «actualizada» con la asunción de los nuevos criterios de la flexiseguridad por la más reciente Comunicación de la Comisión Europea, «Libro Verde. Reestructuración y previsión del cambio: ¿qué lecciones sacar de la experiencia reciente? De 2012 [Bruselas, 17.1. 2012. COM(2012) 7 final. SEC(2012) 59 final). En ellas se otorga un papel relevante la negociación colectiva entre los agentes sociales implicados en las decisiones de gestión empresarial[44]. La idea subyacente es sin duda reforzar el poder de despido del empresario, otorgándole un amplísimo margen de discrecionalidad acompañado de la pretensión de liberarle en lo posible de un control judicial, siempre posible pero de alcance muy limitado. En esas coordenadas político-jurídicas, la nueva redacción introducida por la reforma de 2012 persigue restringir estrictamente el control judicial al limitarlo a la verificación objetiva de la concurrencia de las causas. Pero, pese a todo, ese control judicial no podrá evitar atender a un juicio de razonabilidad por la misma textura abierta de la formulación de las causas («pérdidas actuales o *previstas*, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas…») y la valoración de las consecuencias concretas de su concurrencia (efectos temporales o definitivos; afectación específica al volumen de empleo…, etc.). El mismo Preámbulo de la Ley 3/2012 apunta en esa dirección limitativa de los márgenes de discrecionalidad en el control judicial: con la reforma «queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas. Esta idea vale tanto para el control judicial de los despidos colectivos, cuanto para los despidos por causas objetivas ex art. 52 c) del Estatuto de los Trabajadores» (Preámbulo, apartado V).

Con el objetivo de fomentar la flexibilidad externa, también se flexibiliza el despido y se reduce su coste. Ello es así tanto en los despidos colectivos como en los despidos por causas objetivas. Elemento de novedad en los despidos colectivos es la definición legal explícita de las causas empresariales que justifican el despido y afectación al principio de «razonabilidad» de las medidas a los objetivos perseguidos. En efecto, se incluye dentro del apartado 1 del art.51 LET la referencia a que «se entiende que concurren *causas económicas* cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos, que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo. A estos efectos, la empresa tendrá que acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado.» Y respecto a las causas de reorganización empresarial, «se entiende que concurren *causas técnicas* cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; *causas organizativas* cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de sistemas y métodos de trabajo del persona y *causas productivas* cuando se produzcan cambio, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

A estos efectos, la empresa deberá acreditar la concurrencia de alguna de las causas señaladas y justificar que de las mismas se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda». Es de señalar que respecto a las causas económicas se legitiman los *despidos «preventivos»* («existencia de pérdidas actuales o previstas», son los términos utilizados por la norma). Las previsiones de futuro muy difícilmente pueden ser objeto de una prueba fidedigna, toda vez que la prueba es ante todo prueba de los hechos[45]. Se facilitan, de este modo, los despidos por causas económicas, pero también a costa de dejar un amplio margen de inseguridad jurídica y de desvirtuar el principio de justificado motivo, como elemento de limitación y control de la discrecionalidad empresarial.

En una valoración jurídico crítica de conjunto se puede decir que se recoge en gran medida los criterios jurisprudenciales ya consolidados, pero con un mayor criterio de flexibilización, que facilita las extinciones contractuales por causas empresariales. Ello no obstante, la relativa innovación más destacada estriba, como se indicó, en la admisibilidad de los *despidos preventivos,* pues respecto de las causas económicas se hace referencia a «la existencia de pérdidas *actuales o previstas,* o la disminución persistente de su nivel de ingresos, que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo» (art.51.1). Hay que tener en cuenta que la prueba es prueba de los hechos, y las previsiones de futuro realmente no pueden ser objeto de prueba en *ius strictum,* pues siempre estará impregnada de puros elementos valorativos difícilmente objetivables y verificables en el momento de su alegación. El RD. 1483/2012, de 29 de octubre, que aprueba el Reglamento de los Procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducciones de jornada, precisa los documentos que han de ser aportados en los despidos colectivos por causas económicas (art.4) y en los despidos por causas técnicas, organizativas o de producción (art.5). Así respecto a la acreditación de la situación económica negativa consistente en una «previsión de pérdida», el empresario, además de aportar la documentación general, «deberá informar de los criterios utilizados para su estimación. Asimismo, deberá presentar un informe técnico sobre el volumen y el carácter permanente o transitorio de esa previsión de pérdidas basado en datos obtenidos a través de las cuentas anuales, de los datos del sector al que pertenece la empresa, de la evolución del mercado y de la posición de la empresa en el mismo o de cualquiera otros que puedan acreditar esta previsión» (art.4.3). Por su parte, la Ley 3/2012, da una nueva redacción al art. 124 LRJS, relativo a los despidos colectivos por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción o derivadas de fuerza mayor.

Adquiere una particular relevancia en la reforma de 2012 la supresión de la autorización administrativa previa en los despidos colectivos, suspensiones de contratos y reducción de jornada. El Preámbulo de la Ley 3/2012 justifica la medida con base a las exigencias de una mayor celeridad en los procesos de reestructuración empresarial. Es manifiesto que la autorización administrativa no viene impuesta por la Directiva comunitaria sobre despidos colectivos y que la regulación preexistente presentaba muchos aspectos disfuncionales, pero cambian otras opciones para garantizar una mayor celeridad como lo que efectivamente se hizo al residenciar las reclamaciones ante la jurisdicción social y acortar los procedimientos. Sin embargo, el legislador de la reforma 2012 opta por la solución más drástica, con el efecto inmediato no sólo de celeridad (aunque el sistema de mueve en el espacio mayor de una inseguridad que moverá a reclamaciones sistemáticas de reestructuraciones sin acuerdo) sino también en la presente coyuntura de un mayor desequilibrio de poder inmediato entre los actores sociales, ya que la autorización administrativa actuaba en favor de un acuerdo de reorganización productiva ante el «filtro»

de la autoridad laboral subsiguiente. En todo caso, las reformas recientes eluden el hecho de que cada vez es más imprescindible una mayor implicación pro-activa y mediadora de la autoridad pública competente en la búsqueda de soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos. Esto es precisamente lo que le preocupa al legislador comunitario, para el cual «la autoridad pública competente aprovechará el plazo señalado en el apartado 1 para buscar soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos considerados» (art. 4.2 de la Directiva 98/59/CE, de 20 de julio, del Consejo). Esa implicación preventiva/»pro-activa» debería acompañar siempre al *estatuto protector* de los trabajadores afectados en los procesos de reestructuración empresarial. Pero, como se puede comprender fácilmente, ello exigiría lógicamente una redefinición del propio modelo de reestructuración de las empresas y de la regulación del empleo en la misma desde un decidido enfoque ofensivo, es decir, positivo, «pro-activo» y de carácter más «preventivo», superando el actual modelo de orientación más defensiva y reactiva orientado en la práctica generalizada hacia la expulsión masiva de trabajadores como opción sistemáticamente preferente a otras alternativas de reestructuración y regulación de empleo[46]. Con todo, la reforma acometida en la Ley 3/2012 (y antes por el RD.-Ley 372012, de 10 de febrero), ha introducido un giro cualitativo y radical en la reconfiguración del modelo de regulación legal del despido colectivo, dando un paso determinante sobre lo ya andado por la reforma precedente de 2010/2011 en un sentido de marcada flexibilidad liberalizadora.

La Ley 27/2011, de 1 de agosto, de actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, había establecido medidas de protección del empleo de los trabajadores de edad avanzada. La Ley 3/2012 afronta, de nuevo, el problema de los despidos de trabajadores mayores, estableciendo medidas protectoras específicas para favorecer el mantenimiento del empleo de los trabajadores de más edad (véase su Disposición final cuarta, relativa a las «Medidas para favorecer el mantenimiento del empleo de los trabajadores de más edad», que da nueva redacción a la Disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011).

En cuanto al despido por circunstancias objetivas, lo que destaca es, en primer lugar, la formalización legal del criterio de identidad causal. Así lo confirma la nueva redacción de esta causa realizada por la Ley 35/2010, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, a cuyo tenor el contrato de trabajo se podrá extinguir válidamente «cuando concurra alguna de las causas previstas en el art.51.1 de esta Ley y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo» (art.52.c) del ET). La otra gran modificación afecta a los efectos del despido por causas objetivas, y en particular a la decisión extintiva que será declarada improcedente (y no nula como en el régimen anterior) cuando no se hubieren cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1 del art.53 del ET (comunicación escrita o carta de despido; puesta a disposición de la indemnización; y plazo de preaviso). Pero adviértase que la no concesión del preaviso o el error excusable en el cálculo de la indemnización no determinará la improcedencia del despido, sin perjuicio de la obligación del empresario de abonar los salarios correspondientes a dicho período o al pago de la indemnización en la cuantía correcta, con independencia de los demás efectos que procedan» (arts.53.4.c) del ET y 122.3 de la LPL, en la redacción dada por el R.D.-Ley 10/2010, de 16 de junio). En este sentido se equipara a los efectos previstos para el despido improcedente en el marco del despido disciplinario. Por otra parte, con la reforma de 2012 se precisa que «la decisión extintiva se considerará procedente siempre que se acredite la concurrencia de la causa en que se fundamentó la decisión extintiva y se hubieren cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo. En otro caso se considerará improcedente» (art. 53 c) párrafo 3º LET).

Conforme al art.122.3 LPL: «La decisión extintiva se calificará de improcedente cuando

no se hubieren cumplido los requisitos establecidos en el art.53.1 LET. No obstante, la no concesión del preaviso o error excusable en el cálculo de la indemnización no determinará la improcedencia del despido, sin perjuicio de la obligación del empresario de abonar los salarios correspondientes a dicho período o al pago de la indemnización en la cuantía correcta, con independencia de los demás efectos que procedan».

No es en sí irrazonable la equiparación entre los efectos del despido objetivo y el despido disciplinario en la lógica del modelo actual. Ahora bien, en un plano crítico, la equiparación podría haber sido hacia la nulidad, y no a inversa. Por tanto, la crítica es ya originaria, pues la falta de la carta de despido individual (disciplinario o por circunstancias objetivas) siempre debería determinar la nulidad. La carta de despido garantiza una adecuada defensa del trabajador, y su omisión crea indefensión, por más que pueda atenuarse la gravedad de este hecho innegable, pues el trabajador desconoce mínimamente las causas en virtud de las cuales se le despide, ¿cómo entonces se puede garantizar la seguridad jurídica y articular una adecuada defensa antes del proceso por despido? Las reformas flexibilizadoras no deberían afectar a las garantías jurídicas de los derechos laborales[47].

En el marco del despido por circunstancias objetivas se ha facilitado el despido objetivo por índice de absentismo laboral (art.52.d) LET). De nuevo, es la flexibilización —por la vía de su facilitación— del despido uno de los objetivos «reales» de la reforma emprendida, más allá de lo explicitada en la Exposición de Motivos de la Ley 35/2010. Y da una nueva vuelta de tuerca en esa dirección la reforma de 2012.

La Ley 3/2012 da nueva redacción a la Disposición adicional décima de la LET, relativa a las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, a cuyo tenor: «Se entenderán nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, cualquiera que sea la extensión y alcance de dichas cláusulas» (La Disposición transitoria decimoquinta de la Ley 3/2012 establece las normas transitorias en relación con las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación). Ha sido esta una materia controvertida por sus efectos disfuncionales para el empleo de los trabajadores mayores y su utilización en la práctica no siempre respetuosa con el necesario equilibrio entre la tutela de los derechos individuales y la tutela colectiva del empleo. Por lo demás, esta habilitación legal a la autonomía colectiva planteaba un problema de desconexión con las políticas «pro-activas» encaminadas a la prolongación de la vida laboral. Con la redacción dada por la Ley 3/2012 se prohíbe *ex lege* cualquier tipo de cláusula en los convenios colectivos que imponga «jubilaciones forzosas» de trabajadores en activo por razón de la edad. En todo caso, cabe anotar aquí que el Tribunal Constitucional (SSTC 58/1985, de 30 de abril, 95/1985, de 29 de 29 de julio, 280/2006, de 9 de octubre, y 341/2006, de 11 de diciembre) y el TJUE (SSTJUE de 12 de octubre de 2010, asunto Rosenblat C-45/09, 13 de septiembre de 2011, asunto ReinhardPrigge, Michael Fromm, VolkerLambach (Deutsche Lufthansa AG, C-447/09) ha considerado no contrarias al derecho al trabajo ni al principio de no discriminación por razón de la edad estas cláusulas convencionales siempre que queden enmarcadas dentro del cuadro de un conjunto de garantías efectivas de política de empleo y se garanticen los derechos de pensión contributiva de Seguridad Social para quien sufra la pérdida del empleo a edad avanzada a resultas de dichas cláusulas negociales. De manera que si no existe esa dimensión finalista efectiva estaríamos ante la triple vulneración del derecho individual al trabajo, del derecho a la jubilación voluntaria y del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de la edad.

La combinación entre contratación temporal y subcontratación supone la concurrencia

de un doble factor de precarización laboral, tanto más con el abuso frecuente de la subcontratación y la utilización indebida de los contratos para obra o servicio determinado, haciéndola coincidir —entre otros supuestos «desvirtuadores»— con la vigencia del encargo objeto de contrata o subcontrata.

Es verdad, que se han hecho reformas instrumentales del marco legal (previsiones adicionales de control del art.42 de la LET, el art.24 de la LPRL de 1995 y su desarrollo reglamentario; y la potenciación de la contratación indefinida para el sector de la construcción en virtud de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, y su desarrollo en virtud del RD. 1109/2007, de 24 de agosto), pero se carece de una ordenación legal modernizadora del modelo normativo de regulación vigente, que permita abarcar los diversos supuestos de hecho de subcontratación empresarial y los someta a una regulación que, al mismo tiempo, sea capaz de respetar flexibilidad en la organización empresarial y garantía efectiva de los derechos sociales de los trabajadores afectados. Debería promulgarse una nueva Ley Integral sobre Subcontratación empresarial, que garantice el ejercicio de los derechos de los trabajadores —individuales y colectivos— y atienda a la realidad productiva actual de nuestro país en el contexto del espacio europeo[48].

La protección por desempleo ha permitido y facilitado las transiciones laborales y la rotación laboral en el marco de las políticas de flexibilidad y precarización laboral. Ha sido un elemento instrumental al ajuste de plantillas dentro de los procesos de reestructuración empresarial. La extensión de la cobertura ha permitido que se «compensen» los efectos perniciosos de la flexibilidad laboral defensiva basada en la precariedad, con el desplazamiento de los costes de la reestructuración hacia el sistema público de protección por desempleo. A partir del año dos mil se introduce dentro del esquema de la protección legal por desempleo la Renta Activa de Inserción, como subsidio asistencial de carácter especial. En reformas sociales posteriores se realizan políticas de activación de la protección por desempleo, que se traducen en una activación de los trabajadores desempleados, a través de la suscripción del compromiso de actividad (que imponen condiciones más estrictas para la aceptación de ofertas de trabajo «adecuado», de manera que el trabajador se encuentra compelido a aceptar empleos de baja calidad que le someten a condiciones de precarización, a riesgo de que sea sancionado por la pérdida temporal o definitiva de la protección por desempleo) y de la realización de políticas activas de empleo (las cuales tratan de contribuir a aumentar la empleabilidad de los trabajadores, combinando, al mismo tiempo, flexibilidad y seguridad en el empleo; por lo que implican medidas destinadas a actuar directamente en el mercado y la elaboración de medidas «promocionales» del empleo y su movilidad). Prácticamente todas las reformas laborales han acabado por realizar reformas adaptadoras de protección por desempleo. Resulta paradigmático que la llamada «medida de reposición» del derecho a la prestación por desempleo que regulara la reforma de 2011 sea objeto de atención nuevamente por la reforma de la Ley 3/2012, art. 16, relativa a la reposición del derecho a la prestación por desempleo (Disposición transitoria tercera. «Normas relativas a reposición de las prestaciones por desempleo).

3. LIBERALIZACIÓN DE LOS MERCADOS DE TRABAJO, DERECHO FLEXIBLE DEL TRABAJO Y FORMA DE «ESTADO MERCADO». LA DESESTRUCTURACIÓN Y PARCIAL DESMANTELAMIENTO DE LAS BASES INSTITUCIONALES DE LOS MERCADOS LABORALES

En la lógica interna de las formas de flexiseguridad neoliberal de lo que se trata es de combinar el aumento de la flexibilidad en las relaciones laboral por medio de la reducción

de la protección frente al despido, de las mayores facultades empresariales de movilidad y flexibilidad interna (señaladamente, la flexibilidad salarial y de condiciones sustanciales de trabajo), al tiempo que se genera un nivel de seguridad más elevado el mercado de trabajo (seguridad en el mercado como compensación de la mayor inseguridad y mercantilización de las condiciones de empleo y trabajo). Esta forma de flexiseguridad neoliberal tiende a rechazar o limitar severamente la flexibilidad negociada, por contraposición a la flexiseguridad garantista que parte de atribuir un importante papel a los agentes sociales dentro y fuera de las empresas (alcanzando a la codeterminación o influencia significativa en la política económica en general. Afirma, por otra parte, que las protecciones sociales más que cargas («costes») son en sí mismas una fuerza productiva si es convenientemente orientada y gestionada. En un sentido completamente distinto a la idea de lo social como pretendido factor competitivo entre países competidores por la reducción de «costes» sociales.

Resultado del efecto combinado de medidas públicas de flexibilización del mercado laboral a través de la regulación legal de la contratación laboral, desregulación legislativa, reforzamiento de los poderes empresariales, individualización de las relaciones laborales y debilitamiento del poder sindical de control de las decisiones empresariales y de negociación colectiva, es el acrecentamiento del *mercado secundario* en detrimento del espacio ocupado por el empleo primario (el llamado «mercado primario» caracterizado por empleos estables, trabajadores cualificados y bien remunerados). Las políticas de flexibilización vía *«laissez faire»* (colectivo e individual) y de desregulación legislativa han producido un aumento del mercado de empleo secundario en los países anglosajones que las han practicado elevados niveles de pobreza y desigualdad social. Han relegado al objetivo del pleno empleo y al principio de estabilidad laboral en un lugar residual y decididamente secundario respecto a otros objetivos preferentes, y, en la práctica, han supuesto un traslado de riesgos costes empresariales a la propia posición jurídico-social de los trabajadores. Conviene tener en cuenta que la autonomía privada (incluida la colectiva) tiene límites intrínsecos derivados de su carácter bilateral (de su dependencia, pues, de una determinada correlación entre las fuerzas sociales antagonistas), de su misma dificultad de penetración en todos los ámbitos funcionales que requieren de procesos negociales (el numerosísimo sector de la pequeña y mediana empresa, con harta frecuencia desindicalizada); y, en fin, lo que no es de menor importancia, porque la autonomía colectiva de los particulares como poder social limitado carece de los «factores base de poder» para implantar un nuevo modelo de sociedad. Por lo demás, los procesos de segmentación y dualización de los mercados de trabajo entrañan el riesgo de que el sindicato aparezca como defensor tan sólo de una parte «privilegiada» (en cuanto protegida y amparada) de la clase trabajadora, desatendiendo las reivindicaciones de los grupos marginados formado por los parados y la mano de obra del empleo secundario[49].

Las reformas laborales realizadas desde la década de los noventa no sólo son los instrumentos adecuados para crear empleo, sino que tampoco han permitido corregir significativamente la dualización en el mercado de trabajo. En este sentido, se puede decir que se tiene la impresión de que la pretendida lucha contra la excesiva dualización del mercado laboral ha sido un «gran pretexto» para la realización de reformas laborales paradójicamente liberalizadoras e individualizadoras de las relaciones de trabajo. Cada fase del proceso reformista ha colocado un «ladrillo» en el edificio liberalizador del mercado de trabajo, no siendo meras reformas puntuales o de adaptación a las transformaciones económicas y sociales en curso. En ese proceso de inscribe la lógica de la precariedad sociolaboral y de la redefinición de la constitución democrático-social del trabajo en constitución flexible del trabajo. En este contexto las políticas de *workfare* aparecen como el complemento institucional lógico, desde las políticas sociales, a las políticas de flexibilización del mercado de trabajo, consti-

tuyendo *el complemento coherente a las necesidades de «normalización» (y generalización) de los empleos precarios*. Se realizan, así, programas públicos encaminados al segmento precario del trabajo post-industrial o post-fordista. El «precariado» —como subclase o infraclase funcional— constituye, de este modo, un exponente del nuevo tipo de trabajadores de la era post-industrial. Este fenómeno permite comprender y explicar la progresiva transformación del *welfare* en *workfare,* con la consiguiente reorganización de los instrumentos de ayuda social (asistencia social, servicios sociales y rentas activas de inserción) en instrumentos funcionales de vigilancia y control jurídico-social de los colectivos o categorías de trabajadores precarios y de los pobres y excluidos socialmente[50].

Es entonces cuando interesa recordar, nuevamente, que el trabajo no es una mercancía y que la misma expresión «mercado de trabajo» es —o debería ser— metafórica, porque el trabajo es una relación social sometida a un estatuto de derechos sociales del trabajador en una sociedad civilizada (regulada con los esquemas propios del constitucionalismo social y el garantismo jurídico). Precisamente el Derecho Social del Trabajo del Estado Social y Democrático de Derecho[51] ha intentando superar la concepción de la relación de trabajo asalariado como una pura relación de mercado —una relación mercantil de intercambio— regido por principios análogos al derecho regulador de los bienes. Ha tratado de realzar la relevancia e implicación directa de la persona en la relación jurídica de trabajo y la exigencia de tutelar sus derechos fundamentales extrapatrimoniales. En la constitución del trabajo del Estado Social se ha tratado de dotar al trabajador de un estatuto protector a través de la garantía de los derechos sociales de la ciudadanía[52]. En este sentido el régimen democrático *impone* no sólo una disciplina «neutral» regulativa del mercado, sino una configuración jurídico-institucional del llamado mercado de trabajo que respecte a la persona del trabajador en el proceso de producción social y que, en relación a ello, limite los poderes de subordinación o sometimiento técnico-organizativo del trabajador a la esfera de los poderes directivos del empleador[53]. El Derecho del Trabajo del Estado Social estableció las bases jurídico-institucionales de la heteroregulación del mercado de trabajo, y precisamente estas bases institucionales están siendo en gran medida objeto de desmantelamiento progresivo en el contexto de la globalización y crisis económica estructural. Se hace prevalecer las libertades económicas (formalizadas en el Derecho de la economía, Derecho comunitario de la competencia, etc.) sobre los derechos fundamentales de las personas especialmente los derechos fundamentales sociales (derechos de contenido eminentemente social). Resulta emblemático que en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea la constitución económica se configure una constitución fuerte, mientras que la regulación de la materia social (los derechos sociales europeos) se enmarcan en una «constitución subalterna» en la que los instrumentos reguladores de «derecho blando» (*soft Law*) predominan sobre los instrumentos normativos. La materia social remitida a las legislaciones nacionales y en su mayor parte sujetas tan sólo al método abierto de coordinación comunitaria consagrado en el sistema de los Tratados (El MAC es un instrumento de gobierno en múltiples niveles para el ámbito de la política social y de empleo). Todo ello «acompañado» de la llamada a una extranormativa responsabilidad social de la empresa, que, por el momento, viene siendo desatendida en su real efectividad.

Esto está determinando en la práctica la subordinación de los trabajadores a las «necesidades» de los mercados y a las exigencias impuestas por el libre juego prevalente de las libertades económicas[54]. De ahí la centralidad del mercado y la insistencia en la necesidad de reformar los mercados de trabajo en la dirección adaptadora a los imperativos del «buen funcionamiento» de las libertades económicas y del incremento de la competitividad, proyectada también en el campo de la ordenación jurídico-institucional de «lo social». Con todo, bajo el dominio de lo que, en verdad es,

la ideología económica neoliberal[55], cuyo supuesto persistente —y hoy subyacente— es la afirmación existencial de un capitalismo utópico y «puro» basado en la idea de un mercado autorregulado, de manera que la política ya no es la encargada de gobernar la sociedad, sino el mercado (esto es, la representación de la sociedad como mercado: sociedad de mercado y para el mercado). Hoy muestra su vigencia y expansión esa utopía del mercado autorregulador como principio de organización social, en el marco de un liberalismo absoluto o radical que se hace merecedor de crítica[56]. De la realidad de esta tensión de lógicas es paradigmática la doctrina del TJUE, que, como se indicará después, ha decidido hacer prevalecer las libertades económicas (de establecimiento y libre prestación de servicios) sobre los derechos colectivos y sindicales de negociación colectiva y de huelga. Si esta orientación se consolidara el Derecho Social del Trabajo perdería su singularidad sindical y quedaría desnaturalizado completamente en su función compromisoria y de integración de intereses socio-políticos de la clase trabajadora en el orden democrático de convivencia. Y es que mientras las libertades económicas se encuentran «europeizadas», los derechos sociales fundamentales de libertad, como el derecho de libertad sindical y el derecho de huelga, se hallan «nacionalizadas», en virtud del marco actual de competencias diseñado en el sistema de los Tratados fundacionales de la Unión.

No estamos ante un cambio de mera adaptación a las circunstancias sobrevenidas del orden tecnológico y económico, sino de una ruptura gradual del modelo de Derecho del Trabajo garantista, y precisamente la precarización de la las relaciones laborales, lejos de ser, en ese contexto estructural más amplio, un elemento integrativo de carácter coyuntural, parece insertarse más bien como un rasgo estructural del nuevo modelo emergente de un Derecho flexible del trabajo que potencia —en coherencia con su misma racionalidad económico-jurídica interna— las diversas formas de trabajo precario y de precarización social, marcadas por la inestabilidad, la incertidumbre y una menor protección pública laboral y social del trabajo dependiente[57].

Pero también debe tomarse en consideración la inserción de nuestro ordenamiento dentro del universo jurídico-político más amplio representado por la Unión Europea. En este sentido no se puede desconocer que las instituciones políticas de la Unión se están venciendo progresivamente hacia un modelo más liberalizador de ordenación jurídica del mercado de trabajo.

No cabe duda que desde el punto de vista estrictamente jurídico se han conseguido importantes avances como la juridificación de la Carta Comunitaria de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en virtud de la fuerza jurídica vinculante, con rango de Tratado Europeo, que le ha conferido el art.6 del Tratado de la Unión Europea tal como resulta del Tratado de Lisboa de 2007). Pero la CDFUE no autoriza a legislar en el Derecho de la Unión sobre determinadas materia fundamentales (Derecho de asociación, libertad sindical, huelga, retribución, etc.) y en su versión actual plantea enormes limitaciones para legislar en materia social, especialmente por el juego de la regla de la unanimidad decisoria en la inmensa mayoría de las materias sociales fundamentales. Por tanto, se puede afirmar que estamos ante una Carta de Derechos en gran medida *inactuada.* Ello supone que existen límites débiles en el ordenamiento de la Unión Europea para las políticas de liberalización y desregulación en materia sociolaboral que se están llevando a cabo en los países miembros de la Unión. En este sentido el modelo de ordenación jurídica de la materia social en la Unión es manifiestamente deficiente. El relativo fracaso de la Estrategia Europea de Empleo y del método abierto de coordinación (MAC) para alcanzar los objetivos de incremento del empleo de calidad en el horizonte del pleno empleo ha tenido, además, importantes costes sociales de transacción. Ese fracaso tiene que suponer una reconsideración de las bases fundamentales de este instrumento de impulso y coordinación intracomunitario de las políticas de empleo. Decir al respecto que en la

dialéctica entre «coordinación» (necesaria para atender a la heterogeneidad de de los sistemas nacionales, pero insuficiente para establecer garantías y normas de decisión) y la lógica regulativa (jurídificación) de los sistemas socioeconómicos, parece que sería necesario que la Unión Europea se dote de instrumentos «fuerte» de regulación; son insuficientes los instrumentos «débiles» (EEE-MAC, formalizadas en «directrices»). Por otra parte, las iniciativas sobre la reforma de los Derechos del Trabajo nacionales y las estrategias de flexiseguridad neoliberal (Comunicación de las Comunidades Europeas, «Libro Verde. Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI», Bruselas, 22.11.2006 COM(2006) 708 final; y la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre «Los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad», Bruselas, 27.6.2007.COM(2007) 359 final), van en una dirección opuesta al garantismo jurídico-social (más allá de que en el plano formal en dicha Comunicación se afirme asépticamente una concepción neutral de su visión de la «flexiseguridad», entendiendo que «la flexiseguridad puede definirse como una estrategia integrada para potenciar, a un tiempo, la flexibilidad y la seguridad en el mercado laboral»), desmantelando el sistema de garantías sociolaborales a favor de la instauración generalizada de formas de «trabajo flexible», las cuales, en la lógica de la flexibilidad neoliberal se traduce en gran medida en «trabajo precario», a través de un largo proceso de precarización del empleo asalariado. Precarización que *se instrumenta jurídica e institucionalmente* a través de un conjunto heterogéneo de fórmulas contractuales inexactamente denominadas atípicas, las cuales se han venido «normalizando» legalmente. La protección social garantista concierne al contenido y al sentido del trabajo *en* la organización productiva, y no puede ser sustituido por compensaciones externas. Un entendimiento distinto, permite el retorno del «trabajo mercancía» y la consiguiente re-mercantilización y deshumanización del trabajo (su antónimo son precisamente los derechos sociales como derechos desmercantilizacion relativa del trabajo subordinado).

Las políticas de «flexiseguridad» impulsada por la Comisión Europea y de gran aceptación en círculos no sólo empresariales, tiene como premisa implícita considerar el Derecho del Trabajo como una variable de ajuste de las políticas económicas. Las políticas de «flexiseguridad» neoliberal no están pensadas para humanizar el trabajo, sino para acentuar la subordinación del trabajador a poderes directivos del empleador cada vez más discrecionales e ilimitados. La Unión está haciendo prevalecer la integración negativa (dominada por la ideología económica neoliberal de un mercado interior integrado y la plena liberalización del espacio económico europeo), en detrimento de la integración positiva (no sólo en los términos reduccionistas de «dimensión social» *del* mercado, sino más incisivamente de la protección de los derechos fundamentales sociales en todo el espacio político-jurídico y económico de la Unión). Se puede comprender la perceptible desilusión de los ciudadanos europeos con el proyecto europeo actual. Esto no significa que el Estado Social y las políticas sociolaborales no tengan que adaptarse conciliando las demandas de eficiencia con la justicia y la igualdad de oportunidades. La adaptación no es sólo condición de supervivencia, es también condición necesaria para cumplir sus funciones en una sociedad en transformación y una economía postindustrial y globalizada.

La perspectiva del modelo de flexiseguridad neoliberal impulsada por la Comisión Europea implica la subordinación de los derechos sociales a las exigencias de adaptación de las empresas a las variables del mercado y no viceversa. De este modo los trabajadores son tratados sin más como «recursos» humanos según la lógica mercantilizadora que inspira al modelo de empresa flexible y tendenciamente «desmaterializada».

La respuesta de la OIT ante la crisis económica y financiera y los procesos de re-mercantilización del trabajo ha sido bien distinta a la de las instituciones políticas de la Unión Europea, pues se centra en la promoción del trabajo

decente o digno. Es así explícitamente tras la Declaración de la OIT relativa a los principios y los derechos fundamentales en el trabajo adoptada en 1998. En ella se sitúa la idea de «flexiseguridad» en un enfoque garantista, ofensivo y basado en la participación activa y en el diálogo social[58]. La naturaleza de reto para la competitividad de la economía europea no reside en la «competitividad por los costes» (bajos salarios y otros costes del trabajo; reducida inversión en formación y tecnológica), sino en la mejora de los niveles de producción y de calidad del trabajo productivo. Y en este plano el «coste» de los derechos sociales es una variable más, no precisamente una variable y no precisamente la menos importante. Lo que hay que defender es, pues, un modelo de flexiseguridad garantista contrapuesta al modelo actual de flexiseguridad neoliberal.

Es necesario dotar de decisión jurídica y de decisión de política económica al espacio europeo. Esto conduciría a transitar de la vigente «constitución social débil» europea a una «constitución social fuerte del trabajo» para Europa, basada en el garantismo jurídico, esto es, en normas garantistas y en normas directivas, necesarias para la intervención comunitaria en materia sociolaboral. Precisamente interesa subrayar que el marco adecuado para la elaboración y puesta en práctica de las políticas de empleo es la política económica en necesaria combinación con otras políticas públicas (educativas, fiscales, etc.). Aún en la etapa crítica representada por la actual crisis económica mundial, la Unión Europea no ha decidido utilizar instrumentos más potentes del Gobierno de la Economía Europea. No debe pasar desapercibido que la política de empleo es proteiforme y multivoca —por el conjunto diverso de acciones que abarca—, pero dentro de esa heterogeneidad prevalece siempre la política económica. Cabría interrogarse sobre cómo, entonces, se podrá llevar a cabo una estrategia europea a favor del empleo de calidad sin establecer ese marco estrictamente necesario. Sería preciso establecer normas jurídicas garantistas de la calidad del empleo y, con este presupuesto, reforzar la responsabilidad social de las empresas[59].

Desde el enfoque del modelo de regulación (que comprenden las vertientes de la acumulación, crecimiento y desarrollo; el modelo productivo[60] y el modelo distributivo) existen dos modelos de política económica y sociolaboral en confrontación, y todo apunta a que la Unión Europea y los Estados Europeos han adoptado uno de ellos (el modelo de política neoliberal)[61].

Con todo, ese emergente —y en parte ya implantado— modelo de constitución social «débil» del trabajo y su Derecho Flexible del Trabajo conduce en la lógica de su racionalización jurídico-social hacia la expansión del trabajo precario y al debilitamiento de la subjetividad política y sindical del trabajo. El trabajo se ve afectado por una serie de factores que contribuyen a la precariedad (temporalidad, trabajo a tiempo parcial, retribuciones mínimas, trabajos inseguros, facilitación de los despidos ilegítimos con minoración de las indemnizaciones por despidos, dificultades de acceso a la protección social pública por inactividad temporal o por inactividad definitiva, etc.). En el paradigma del liberal productivismo impulsado por el Estado mercado o Estado de competencia económica en el marco de la revolución tecnológica no sólo hay que liberal a las empresas de las «cargas» públicas que pesan sobre ella, sino también suprimir rigideces, dando paso, nuevamente, a las virtualidades del libre juego del mercado, el cual acabará imponiendo automáticamente un nuevo modelo de desarrollo *compatible con las nuevas tecnologías*[62] *y la nuevas exigencias de competitividad* en la era de la globalización de la economía mundial. Esa orientación de la modernización productiva se presenta como un imperativo categórico, siendo sus instrumentos típicos, la liberalización de la economía, la flexibilidad y desregulación laboral, y la remercantilización de los derechos sociales del Estado social instaurados durante la edad de oro del compromiso político-social fordista. De ahí la implantación de un Estado residual de mínimos, que entraña un regresión general de las

solidaridades organizadas por el poder público vinculadas a la pertenencia a una comunidad política, dejando que sea la sociedad civil (familia y mercado) la que se haga cargo de lo que supuestamente el Estado social no puede hacerse. El nuevo «espíritu de empresa» se resuelve en modernizar y acumular. La sociedad basada en el principio de eficiencia económica, se conforma como una sociedad fracturada y polarizada, esto es una sociedad «de dos velocidades»: los de arriba (ganadores) y los de abajo (perdedores), con un centro difuso y cada vez más débil.

Con los modos de regulación (neo)liberales, que privilegian la flexibilidad y la precarizad del trabajo, y en suma la remercantilización relativa del trabajo, situando al trabajador en una posición de vulnerabilidad, pero también impiden —disfuncionalmente para el sistema de empresas— la implicación del trabajo respecto a la empresa y la calidad del producto o servicio de «su» (sic.) empresa. Ellos no puede sentirse copartícipes de un proyecto empresarial a largo plazo porque su vinculación con el interés de su empresa es mínimo, dada su situación jurídica de temporalidad o su vinculación contractual precaria que incita al «descompromiso» con los objetivos de la marcha de la empresa, su posición competitiva en el mercado y su productividad.

Es así que se dificulta todo compromiso generalizable de implicación negociada del trabajador por la calidad y la innovación, precisamente en una coyuntura en la que se asiste un agotamiento de los modelos productivos tradicionales (taylorismo, fordismo…) que se añade a la crisis del trabajo (crisis del modelo de desarrollo dominante en la postguerra, es decir, el fordismo). Por el contrario, lejos de la expansión de las formas de trabajo precario sería preciso garantizar la estabilidad del empleo en un sentido dinámico, que permita la el enriquecimiento continuo de la cualificación profesional del trabajo y la adaptación permanente a los transformaciones tecnológicas y organizativas empresariales. Ese objetivo de estabilidad dinámica del empleo no se puede conseguir espontáneamente a través del libre juego de las fuerzas del mercado de trabajo, sino a través de la garantía del derecho social al trabajo y la intervención del Estado pro-activa, y no sólo para proteger a los perdedores (trabajadores precarios) víctimas de las tendencias congénitas de la libertad de empresa y de contratación sin control público. Sólo con el garantismo y la implicación del poder público podrá suprimirse (no simplemente atenuarse) la sociedad dual realmente existen hoy: los ganadores y los perdedores (parados, trabajo precario, trabajadores atípicos…). Hay que tener en cuenta que el orden tecnocientífico o económico-técnico debe estar limitado por el orden jurídico-político. En un sistema democrático, el orden jurídico-político ha de ser el *orden decisivo.* Dicho en otras palabras: debe continuar siendo responsabilidad irrenunciable de los poderes públicos el garantizar una política de pleno empleo de calidad, organizando un intervencionismo público de estímulos para la creación de empleo y de organización de sistemas de mercado de trabajo inclusivos a través de la elaboración y puesta en prácticas de políticas activas de empleo en el sentido amplio que permite deducir del propio art.23 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo.

Así se podrá contener el proceso de flexibilización y precarización de las relaciones de trabajo, que paradójicamente están impulsando las instituciones políticas de la Unión Europea (ante todo, la Comisión Europea y el Consejo de la Unión Europea), alejándose progresivamente la conformación plena de una «Europa social». Con lo que lejos de ser una vía alternativa al liberalproductivismo está situándose tendencialmente (porque el ordenamiento comunitario tiene una constitución débil, pero su resorte continúa siendo en el sistema del trabajo «garantista») en su impulsor a través de la orientación de las políticas económicas, sociolaborales y de empleo comunitarias hacia el modelo de «constitución social débil del trabajo». Lo que se está produciendo desde hace dos décadas es un proceso de desmantelamiento gradual del modelo garantista por el modelo flexible del trabajo asalariado.

El Derecho del Trabajo Clásico apunta a la finalidad protectora como base del devenir social, pero ese enfoque agoniza, emergiendo un nuevo enfoque, un nuevo paradigma de Derecho del Trabajo[63].

La apuesta desde el Derecho garantista del Trabajo tiene que ser, por el contrario, la de generalizar el empleo estable (cuyo antónimo no tiene que ser la rigidez), con calidad en las condiciones de trabajo y retribución y con una adecuada protección social (tanto vinculada como desvinculada al empleo). Este tipo de empleo ha representado un papel fundamental en el modelo de integración social propio de las sociedades con Estado Social de Derecho. Ante los fenómenos de precariedad, vinculados a las mutaciones productivas y a las políticas de flexibilidad, la calidad del empleo —en sus distintas dimensiones— se ha convertido en una cuestión central para el desarrollo de un modelo productivo alternativo que se asocie a la protección social en el marco de todo el *ciclo vida* de las personas (perspectiva del ciclo vital)[64]. En estas coordenadas de política del Derecho deben establecerse normas para limitar y racionalizar la flexibilidad e inseguridad del empleo, mejorando la calidad del empleo. Los derechos sociales son derechos de desmercantilización relativa de trabajo y presuponen de suyo la garantía legal y mecanismos adecuados para su efectividad.

El Derecho Social del Trabajo que reclamaban los reformadores sociales debería crear formas jurídicas inclusivas y garantista de los trabajadores que contribuirían a materializar las promesas de liberación del proyecto de la modernidad. Con ello trató de reforzar la dimensión comunitaria la sociedad del capitalismo industrial. Ese componente comunitario —componente estatutario/democrático introducido heterónomamente en los contratos de trabajo— pretendía hacer valer su condición de instrumento de desmercantilización relativa de la fuerza de trabajo, a través del reconocimiento de los derechos sociales de la ciudadanía —que formalizan el principio de protección legal del trabajo profesional—[65]. Pero sin olvidar tampoco que ese modelo social intervencionista es al mismo tiempo una exigencia de la racionalización *funcional* del propio sistema económico. En la etapa actual de crisis del constitucionalismo social se tiende a hacer prevalecer el principio axial de eficiencia económica y competitividad sobre el principio de protección del trabajo, de manera que el Derecho del Trabajo tiende a conformarse como una forma de Derecho *no-contradictorio,* sino más unilateralmente favorable a los intereses de la economía y de las empresas. Ello se hace acompañar —y exige— una revisión profunda del constitucionalismo democrático-social. En este sentido el persistente compañero de viaje del Derecho del Trabajo de la modernidad, que es la crisis económica, no hace sino poner de manifiesto la subordinación permanente del trabajo al servicio de la lógica de racionalidad económica. Pero no puede pasar desapercibido que la crisis del Derecho Social del Trabajo constituye una de las dimensiones más significativas de la crisis de la modernidad y un aspecto de la crisis de la forma política del Estado Social contemporáneo. Las reformas liberalizadoras —neoliberales— del garantismo flexible por la instauración de una constitución flexible del trabajo vienen siendo *reforzadas y legitimadas* en la presente coyuntura de crisis estructural. Es la tentación de convertir el Derecho del Trabajo en un Derecho de la economía; un Derecho de regulación (de apoyo a los procesos de autorregulación social y de establecimiento de reglas de juego), pero no de intervención social en los procesos económicos. Es la adhesión a la ideología económica del progreso en términos de crecimiento mercantil (desvinculado de la idea de «progreso social») coincidente con la racionalidad del mercado tal como se muestra desde la falacia neoliberal. Es la pretensión utópica de subordinar la organización de la sociedad al mercado, sin que se haga un mínimo esfuerzo de replantear la lógica de sistema económico que se legitima en términos de principio, pero que seguramente debería seriamente cuestionarse desde una perspectiva ética y desde una modernización reflexiva de racionalismo crítico. Es, en definitiva, la idolatría del mercado regulador.

El orden económico se «naturaliza» y tan sólo se tiende a criticar desde una racionalidad instrumental que atiende a verificar sus disfuncionales coyunturales, necesitadas tan sólo de «ajustes», de «adaptaciones» a los cambios tecnológicos y a la mundialización de la economía. Pero no se postula —y ni siquiera se imagina— una transformación de las estructuras económicas actuales que mantienen una lógica mercantilizadora de las necesidades humanas insuficiente en sí misma para instaurar una sociedad civilizada digna del hombre. En esa concepción *instrumentalista del Derecho,* y en particular del Derecho del Trabajo, éste aparece como una herramienta al servicio del funcionamiento de la economía del mercado. La función de mantenimiento del orden económico y de institucionalización (no neutralización) del conflicto subyacente, con su efecto de normalización y naturalización consiguiente del mismo.

4. CONCLUSIÓN. LAS CONSECUENCIAS DE LOS PROCESOS DE REFORMA LABORAL ¿ES EL DERECHO DEL TRABAJO UN DERECHO «INVERTIDO»?

Se indicó que la crisis económica, es también crisis de valores (cultural) y crisis político-institucional. Crisis, pues, de incidencia civilizatoria. Esto conduce a otra reflexión.

Los fundamentos existenciales del Derecho del Trabajo del constitucionalismo social, con Estado Social de Derecho han partido de realizar el objetivo de alcanzar un alto nivel de desmercantilización relativa del trabajo: El trabajo no es una mercancía, impidiendo que la subordinación cuestionara su libertad. Se pretendía hacer realidad los tres grandes valores originarios de las revoluciones liberales de la modernidad ilustrada: libertad, igualdad y solidaridad (versión secularizada de la fraternidad).

Se trataba de conseguir el objetivo un equilibrio de intereses y valores en el mundo del trabajo a través de una legislación de compromiso social: garantizando derechos de ciudadanía social y al mismo tiempo asegurar la defensa del rendimiento y de la productividad. Es un Derecho regulador del poder social, un Derecho de redistribución y un Derecho de la producción.

En su versión actual (o, al menos, hasta fecha reciente) ha sido un Derecho vinculado al Empleo, que apunta por una sociedad del trabajo y de los trabajadores, para los cuales pretende establecer un trabajo Decente, protegido y digno del hombre, de la persona que trabaja.

El Derecho Social del Trabajo reivindica su cualidad de Derecho de Participación, en una doble perspectiva: porque apuesta por la garantía del derecho al trabajo como derecho de participación e integración en la sociedad democrática; por un lado, y por otro, porque es un Derecho de participación colectiva con el reconocimiento, fomento y apoyo del fenómeno sindical (los derechos de libertad sindical, huelga, negociación colectiva y participación colectiva en la empresa).

Al servicio de todo ello se resuelve y cristaliza en un Sistema Normativo, encaminado a «garantizar» jurídicamente —vertical y horizontalmente— derechos sociales y reglas de juego entre las fuerzas actuantes en el mundo del trabajo.

Sin embargo, estos rasgos quedan desdibujados ante la realidad de la regulación del trabajo en España (y en una parte significativa de la países de la Unión Europea comparables), pues está presidida y responde a la tendencia hacia la instauración de un Derecho flexible y en parte, incluso, «pro-empresarial» del Trabajo.

Esta constatación crítica es verificable atendiendo al conjunto del proceso de reformas laborales que sucesivamente se han puesto en práctica.

En virtud de ellas se generalizan medidas de «ordenación y regulación del mercado de tra-

bajo», en un sentido de remercantilización del trabajo humano hasta límites solo imaginables en comparación con otras épocas liberalizadoras que se estimaron, prematuramente, superadas. Cada vez menos el Derecho del Trabajo es un Derecho de «desmercantilización relativa y generalizada del trabajo» (que sólo es capaz de aportar una desmercantilización de baja intensidad). La tendencia visible es a intensificar la «mercantilización de todas las cosas» y en particular los derechos sociales prestacionales. La empresa se organiza de manera visible como una «sociedad u organización disciplinaria» objeto de gobernanza, en el sentido de la «gubernamentalidad» teorizada por Michel Foucault[66]. Está en declive unas relaciones laborales cooperativas y la participación activa de los sindicatos en la gestión de la empresa. La empresa tiende, nuevamente, a conformarse como una organización monista del poder, por contraposición a su concepción como una organización pluralista donde coexisten poderes e intereses divergentes que buscan en la definición de los objetivos de la empresa un equilibrio entre la razón económica y la razón social.

No es de extrañar, en esa perspectiva, el reforzamiento de los poderes directivos empresariales y el correlativo mayor sometimiento del trabajador como uno de los hilos conductores del proceso reformista. De ahí el reforzamiento paradójico de la subordinación jurídica del trabajador, que siendo subordinación organizativa es una posición de sometimiento jurídico-laboral que involucra a la persona del trabajador. En las relaciones de trabajo como relaciones de poder, el trabajador ve debilitada su posición individual y la colectiva o sindical que le sirvió de contrapeso a la debilidad en la contratación individual (debilitamiento de la representatividad sindical y de los instrumentos de defensa de intereses colectivos de los trabajadores: huelga y negociación colectiva, seriamente cuestionada y limitada por las reformas laborales en curso, que son reformas que han sido orientadas a operar un cambio en la correlación de fuerzas existentes en el mundo del trabajo, a favor de los empresarios como realidad subyacente bajo el prisma de la defensa de la competitividad y de las exigencias de adaptación dinámica de las organizaciones productiva a un entorno cambiante).

En el ciclo de las reformas se adoptan medidas inequívoca y manifiestamente desequilibradas en las relaciones de poder en el mundo del trabajo, dentro de la empresa, en el mercado de trabajo y en el ámbito de la política pública sociolaboral. Se efectúa un creciente desmantelamiento de la «propiedad social» o «colectiva», es decir, un desmantelamiento del Estado Social construido en la segunda postguerra mundial. Actualmente se asiste a una acumulación selectiva que no sólo se basa en la producción y en la especulación financiera, sino también en la «acumulación por desposesión»[67] mediante la privatización de servicios públicos y re-mercantilización de derechos sociales prestacionales (Sanidad, Pensiones, etc.). Se está desmantelando y mercantilizando los marcos reguladores jurídico-institucionales destinados a proteger a las personas y en particular a los trabajadores, ampliando el espacio económico mercantil hasta donde se consideraba antes espacio reservado a los «bienes públicos obstruidos» respecto al juego del intercambio mercantil.

Se imponen medidas que ponen en cuestión al Derecho del Trabajo como un Derecho comprometido con el empleo, pues el pleno empleo ha dejado de ser en la práctica (y más allá de la retórica al uso) el objetivo prioritario de la política económica y social. Lo que se impulsa ahora es el Derecho del Trabajo como Derecho de fomento de la competitividad de las empresas y de la economía «nacional» y «europea». Estas son las prioridades y el cambio de enfoque consiguiente.

A nivel nacional y a nivel de la Unión Europea tiende a primar el Derecho económico de la Competencia sobre el Derecho Social del Trabajo. Basta comprobar cómo la «constitución económica» de la Unión Europea se impone sobre la tradición del constitucionalismo social de los Estados miembros y esto se hace explícito en algunos pronunciamientos de la jurisprudencia del TJUE. Resulta singu-

larmente paradigmática la doctrina del TJUE, que sin duda en otras materias relevantes tanto ha venido contribuyendo al reconocimiento de los derechos fundamentales en el espacio europeo, sobre la tensión entre las libertades económicas (en particular el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios) y los derechos fundamentales de carácter colectivo, como la huelga y la negociación colectiva (formalmente garantizados en la Carta de la Unión Europea y las constituciones nacionales), haciendo prevalecer las libertades económicas sobre tales derechos sociales de libertad. Así se refuerza la centralidad del mercado y se debilita el sistema de garantías sociales de los derechos a nivel europeo y nacional. Se trata ante todo de tres grandes pronunciamientos en los asuntos Viking (STJUE de 11 de diciembre de 2007, Asunto C-438/05), Laval (STJUE de 18 de diciembre de 2007, Asunto C-341/05) y Rüffert (Asunto C-346/06), en los que se pone límites a los derechos colectivos en su confrontación con las libertades económicas europeas. Por el contrario, cabría postular que el criterio no reside tanto en la aplicación del principio de proporcionalidad en los supuestos de colisión de derechos colectivos y libertades económicas, como en garantizar previamente el *principio de equiparación* entre los derechos sociales fundamentales y las libertades económicas.

Se imponen medidas que tienden a debilitar a los sindicatos en sus instrumentos fundamentales: la negociación colectiva, la huelga; autotutela colectiva a través de procedimientos de solución extrajudicial de conflictos laborales; el control sobre las decisiones ordinarias y extraordinarias de gestión y reestructuración empresarial. Así, se pone en cuestión «lo colectivo» en el Derecho Social, y el mismo hecho sindical; y se cuestiona el Derecho del Trabajo como Derecho de Participación colectiva (la misma autonomía colectiva en sus distintas manifestaciones interdependientes y comunicables).

En todo el proceso de reformas preside una «desconstitucionalización» gradual de los derechos sociales, un cuestionamiento del sistema normativo que se quiere ver desplazado por «derecho blando» (*soft low*), cuando no por la llamada «responsabilidad social de la empresa», que remitiría una ordenación unilateral del trabajo por parte del empresario, con acaso una mínima negociación colectiva sobre las condiciones de cumplimiento voluntario de ciertas reglas de regulación del trabajo y de las condiciones de empleo.

Todo ello va parejo, en paralelo, con el debilitamiento en los instrumentos de control de observancia y cumplimiento de las normas jurídicas formalmente vigentes.

Con todo se obtiene un debilitamiento del *garantismo jurídico* que, *grosso modo*, se ha venido basando sobre el firme pilar de verdaderas normas jurídicas y técnicas instituciones de garantías de control y observancia (tutelas judiciales, administrativas, sindicales, etc.).

Esto significa que el Derecho Social del Trabajo tiende hoy a convertirse en un Derecho «postsocial» del Trabajo y de la Empresa (en el particular sentido de estar permanente al servicio de las exigencias de su funcionamiento en condiciones de competitividad). Cambian los valores de referencia y las prioridades y jerarquías. Todo ello en el marco de una mutación tácita (y en menor medida a través de reformas expresas) de los textos del Constitucionalismo Social vigentes formalmente en los países más avanzados de Europa en virtud de una realidad constitucional que se impone por «gobierno fuertes» que presentan sus reformas restrictivas de derechos sociales como imposiciones inevitables de los «mercados» (sin aclarar, por otra parte, qué fuerzas económicas e institucionales operan en dichos espacios económicos globalizados). Se está produciendo, pues, una «desconstitucionalización» y remercantilización de los derechos sociales de la ciudadanía. La «constitución jurídico-social» solo adquiere una vigencia jurídico-formal, pero está desprovista de eficacia real y efectiva.

La consecuencia estructural es el cambio de la constitución democrático-social y garantista del Trabajo por la constitución flexible y neoliberal del trabajo. No es un programa a corto

plazo sino con la pretensión de hacerlo estructural. Por el momento se presentan como «nomas o legislación de excepción», pero lo que se discute es más amplio que la crisis, esto, el tipo de regulación jurídico-institucional de los «mercados de trabajo» y de las relaciones de trabajo que mejor se correspondan con las condiciones de la globalización de la economía mundial; y, en relación a ello, la pretensión de implantar un modelo de competitividad basado en la competitividad por los costes del trabajo y la precarización permanente como condición existencial de carácter estructural del trabajo profesional.

Las consecuencias políticas y sociales de un Derecho «postsocial» del Trabajo, al tiempo no serán otras que el generar una nueva cuestión social devenida en cuestión directamente política y orden político-social. Con la consiguiente desestabilización sociopolítica del orden del capitalismo tardío. La nueva cuestión social exigirá un replanteamiento del Derecho del Trabajo «invertido», porque entonces no podrá seguir cumpliendo su función de pacificación social, de integración del conflicto («contención social»), y de racionalización jurídica (en términos de limitación y control de los expansivos intereses empresariales y de racionalización de la lógica individualista que informa la actuación de las fuerzas económicas de nuestro tiempo).

Todo esto remite a otra pregunta —y reflexión correspondiente— sobre si es posible a largo plazo la supervivencia del capitalismo configurado pretendidamente como *«capitalismo puro»,* esto es, libre de sistemas de limitaciones y racionalizaciones sociales y político-jurídicas y, eso sí, defensor de un intervencionismo público selectivo al servicio predominantemente de las exigencias del mercado. Es dudoso que el capitalismo pueda ser «salvado» nuevamente sin políticas de «reforma social» y de «concesión y contención social»; en condiciones mínimas de democracia (y es posible que se cuestione esta forma política no sólo en el campo sustancial, lo que resulta evidente, sino también en el campo procedimental de la libre participación política) es difícil la supervivencia a medio plazo de un sistema social total sin un mínimo de igualdad y de solidaridad social: una elevada pobreza y exclusión social acaban por desestabilizar el orden político y cuestionar la dinámica económica del capitalismo, el cual exige «orden», «estabilidad», «paz social», y un cierto nivel de poder adquisitivo (demanda agregada) sin la cual no se garantiza el consumo requerido por un capitalismo cognitivo y una sociedad no sólo adquisitiva, sin igualmente una sociedad consumo. No parece posible la expansión económica y el desarrollo necesario de las necesidades económicas sin orden ni capacidad efectiva de consumo, cuando no de consumidores de mercancías y servicios.

Al tiempo será precisa una nueva reforma de la constitución jurídica, que no sólo será revitalización sin más de la «neutralizada» social precedente, sino también una reinvención de «lo social» para hacer frente a las nuevas exigencias de regulación social. Aunque sea por la misma lógica intrínseca al capitalismo: Aparecerán —desde dentro del sistema y no sólo desde fuera en el pensamiento crítico siempre existente, como constante histórica— partidarios de realizar reformas económicas y sociales (en un sentido, al menos, más garantista; con la garantías sociales indispensables para el funcionamiento pacífico y legitimista o legitimador del Sistema establecido) siquiera sea por la convicción de que ello será, nuevamente, necesario *para la perpetuación del Sistema establecido. Esa perpetuación en condiciones de democracia no será posible sin una reforma cualitativa del orden económico imperante en la actual fase de mundialización económica.* Pero la historia no vuelve hacia atrás en el sentido del eterno retorno nietzscheano, lo que vendrá será distinto —y en parte desconocido por todos los analistas más lúcidos—.

Además, el nuevo Derecho del Trabajo naciente (distinto al neoliberal que actualmente se está tratando de implantar) tendrá que ser un Derecho del trabajo no sólo estructurado a nivel nacional sino también de los grandes espacios. Lo que se impone por las condiciones de mundialización (en su fase de globali-

zación) de la economía mundial. Quizás un Derecho del Trabajo para una Europa unida, como una unidad político-social de tipo federal dotada de una constitución democrático-social del trabajo.

En todo caso el capitalismo tendrá que afrontar sus límites internos (contradicciones internas de las fuerzas y organizaciones económicas) y externos (límites del crecimiento material y productivo impuestos por el deterioro ecológico, y su proyección en el medio ambiente interno y externo a las empresas; crisis energética; desigualdades intolerables que general el capitalismo tardío, como señaladamente el incremento de la exclusión social; crisis del empleo; y se impondrá la pregunta de si será posible también un capitalismo sin crecimiento económico permanente, aunque igualmente una política de reforma social sin crecimiento económico sostenido). De ello depender la posible —aunque no probable— reinvención del modelo de organización social, esto es, del capitalismo histórico y su posible sustitución por otro modelo más razonable y aceptable socialmente de organización del sustento del hombre.

Con todo, se deberá recordar que el Derecho —que ostenta un relativo ámbito de autonomía real y efectiva— no tiene una existencia aislada, interactúa con la economía y con la decisión política constituyente del orden en la comunidad política.

NOTAS

1. SENNET,R.: *La corrosión del carácter,* Barcelona, Ed. Anagrama, 2000, pág. 23.

2. Puede consultarse, al respecto, VV.AA.: *La financiarización de las relaciones salariales. Una perspectiva internacional,* Luis Enrique Alonso, Carlos J. Fernández Rodríguez (eds.), Madrid, Los Libros de la Catarata, 2012, págs. 7 y sigs., 298 y sigs.; RUESGA, S.M.: «La financiarización de las Relaciones Laborales», en *Cuadernos de Relaciones Laborales,* Vol. 30, Núm. 2 (2012), págs. 409 y sigs.

3. MONEREO PÉREZ, J.L.: «Para una crítica de las «soluciones» iusliberales a la crisis económica en el Derecho del Trabajo», en *Lan Harremanak,* núms. 20-21 (2009), págs. 51 a 136, en particular 64, 69 y 74; *Íd.:*«Crisis y revisión de la Constitución democrático-social del trabajo: Crítica de la opción liberal», en VV.AA.: *Pensamiento crítico y crisis capitalista. Una perspectiva constitucional,* Cámara Villar, G. (ed. y coord.), Granada, Universidad de Granada, 2010, págs. 185 y sigs. (Este libro contiene, además, aportaciones relevantes de Carlos de Cabo Martín, Miguel Ángel García Herrera, Gonzalo Maestro Buelga, Gerardo Pisarello, Marcos Criado de Diego, José Asensi Sabater, Antonio de Cabo de la Vega, José Manuel Martínez Sierra, María Luisa Balaguer Callejón). Una reflexión general sobre la reforma de 2012 (en particular sobre su versión en el R.D-Ley 20/2012), en MOLINA NAVARRETE, C.: «De la «Flexibilidad laboral» al «ajuste social total»: Lo que el «austeritario» Real Decreto-Ley 20/2012 se llevó, de momento», en *RTSS. CEF*, núm. 356, págs. 5 y sigs.

4. *«low skill equilibrium»,* es la expresión utilizada por ESPING-ANDERSEN,G.: «Whoisharmedbylabourmarketregulation?», en *Whyderegulatelabourmarkets?,* Esping-Andersen,G. y Regini,M., Oxford, Oxford UniversityPress, 2000; y, operando constructivamente también con esa misma noción para el caso del modelo español de «flexiseguridad», RODRÍGUEZ-PIÑERO,M.: «Flexiseguridad: el debate europeo en curso», en ESCUDERO,R. (Dir.).: *Aportaciones al debate comunitario sobre flexiseguridad,* Madrid, La Ley, 2007, págs. 3 a 27, en particular pág. 9. El análisis más completo en la Ponencia de MORENO VIDA, Mª.N.: «El debate sobre la «flexiseguridad» en Europa», Primera Ponencia temática al XX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Logroño, 2009 (objeto de publicación posterior, Madrid, MTAS, 2010, vol. I.).; *ID.*: «El debate sobre la flexiseguridad en Europa», en MONEREO PÉREZ,J.L.y MONTOYA,E. (Dir.).: *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica,* Madrid, Ed. Comares, 2010, págs. 25 y sigs. En una perspectiva más general, MONEREO PÉREZ,J.L.:»Para una crítica de las «soluciones» iusliberales a la crisis económica en el Derecho del Trabajo», en *La Harremanak,* núm.20-21 (2009), págs. 51-136.

5. Suscritos por los interlocutores sociales el 25 de enero de 2012. El texto de dicho Acuerdo fue publicado por Resolución de la DGT de 11 de febrero de 2010, BOE 22-02-2010. Véase VALDÉS DAL-RÉ, F.: «El Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (2010-2011 y 2012)», en *Relaciones Laborales,* vol. 1 (2010), págs. 77 y sigs.; BAYLOS

GRAU, A.: «La reforma laboral. Balance crítico y perspectivas de futuro», en VV.AA.: *La reforma laboral 2010-2011 y sus instrumentación normativa,* Monereo Pérez, J.L., Fernández Avilés, J.A. y Triguero Martínez, L. Á. (Directores), Granada, Ed. Comares, 2011. págs. 461 y sigs., en particular págs. 468-471; *íd.*: «El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario», en *Revista de Derecho Social,* núm. 57 (2012), págs. 9 y sigs.

6. Sobre la trascendencia de esa distinción, puede consultarse la obra clásica de GURVITCH,G.: *La idea del derecho social,* tradición, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez y A. Márquez Prieto, Granada, Ed. Comares, 2005.

7. MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una crítica al Derecho Flexible del Trabajo,* Valencia, tirant lo blanc, 1996, espec., págs. 99 y sigs.

8. Resolución de 10 de febrero de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se publica dicho Acuerdo, BOE, de 23 de febrero de 2012, núm. 46.

9. THIBAULT ARANDA, X.: «¿Por qué esta Reforma Laboral?, en *Revista del MTESS,* número 100 (2012), especial sobre la reforma laboral de 2012, págs. 47 y sigs., en particular pág. 47.

10. SANGUINETI RAYMOND, W.: «La reforma flexibilizadora de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y sus límites inmanentes», en *Revista de Derecho Social,* núm. 57 (2012), págs. 125 y sigs., en particular pág. 132.

11. MONEREO PÉREZ, J.L.: «Nuevas tendencias del Derecho del Trabajo postindustrial: El modelo de constitución flexible del trabajo», en VV.AA.: *El modelo social en la Constitución Española de 1978,* Sempere Navarro, A.V. (Dir.) y Martín Jimenez, R (Coord.), Madrid, MTAS, 2003.

12. MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: «La reforma laboral: Sentido político-jurídico y técnico», en VV.AA.: *La reforma laboral 2010-2011 y sus instrumentación normativa,* Monereo Pérez, J.L., Fernández Avilés, J.A. y Triguero Martínez, L. Á. (Directores), Granada, Ed. Comares, 2011. págs. 3 y sigs., en particular págs. 10-11.

13. ROMAGNOLI, U.: «El Derecho del Trabajo ante la crisis», en *Revista de Derecho Social,* núm. 58 (2012), pág. 21.

14. MERCADER UGUINA,J.R.: «Los Acuerdos de descuelgue salarial: una apuesta por la negociación colectiva de empresa», en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.y MERCADER UGUINA,J.R. (Dirs.).: *La reforma laboral de 2010. Aspectos prácticos,* Valladolid, Lex Nova, 2010; FERNÁNEZ AVILÉS,J.A.: «Las cláusulas de descuelgue empresarial ante la crisis económica», en VV.AA.: *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica,* Monereo Pérez,J.L. y Sánchez Montoya, J.E. (Dirs.), Moreno Vida, Mª.N.y Triguero Martínez, L.A. (Coords.), Granada, Ed. Comares,2010, págs. 443 y sigs. Para el tratamiento del descuelgue de condiciones de trabajo en convenios colectivos supraempresariales, puede consultarse CRUZ VILLALÓN, J.: «El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012», en *Revista de Derecho Social,* núm. 57 (2012), págs. 231 y sigs.

15. Ciertamente, como se ha apuntado, con referencia a la reforma de la Ley 35/2010, «desde las asociaciones empresariales se venía reclamando desde hace tiempo el establecimiento de cláusulas de descuelgue salarial que resultasen realmente operativas y que cumplieran la función de ayudar a las empresas a superar las situaciones de crisis». La repuesta legislativa ha ido en esa dirección, pues «lo que antes eran derechos supeditados al contenido de la cláusula de descuelgue en el convenio o a la decisión de la comisión paritaria, se ha convertido ahora en una posibilidad real para los empresarios que atraviesen una situación económica negativa; posibilidad que pide los mismos condicionantes y se supedita al mismo procedimiento para todos, con independencia del sector al que pertenezcan». Cfr. SEMPERE NAVARRO,A.V.y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE,L.: «Convenios colectivos y descuelgue salarial», en VV.AA.: *La reforma laboral de 2010,* Sempere Navarro,A.V. (Dir.) y Martín Jiménez, R. (Coord.), Cizur menor (Navarra), Tromson-Aranzadi, 2010, pág. 83.

16. Cfr. MONEREO PÉREZ,J.L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho Flexible del Trabajo,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, págs. 290-291.

17. Véase, en este sentido, MONEREO PÉREZ,J.L.: «El derecho a la negociación colectiva», en VV.AA.: *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España,* Monereo Pérez,J.L., Molina Navarrete,C. y Moreno Vida, Mª.N. (dirs.), Granada, Ed. Comares, 2002, págs. 625 a 683 y bibliografía allí citada.

18. RODRÍGUEZ-PIÑERO,M., VALDÉS DAL-RÉ,F. y CASAS BAAMONDE, Mª.E.: «La reforma laboral», en *Relaciones Laborales,* núm. 5 (2012), págs. 1 y sigs.

19. Uno de los aspectos más expresivos de la problemática de las ETT en las relaciones laborales es la de la «opacidad» en diversos aspectos fundamentales de la relación jurídico-laboral. Cfr. OJEDA AVILES,A.: *La deconstrucción del Derecho del Trabajo,* Madrid, La Ley, 2010, pág. 285., y ampliamente, MORENO VIDA, Mª.N.: *El trabajo en régimen de Empresa de Trabajo Temporal,* Granada, Ed. Comares, 2005, y su ensayo en «Contratos temporales y Empresas de Trabajo Temporal», en VV.AA.: *Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico,* Monereo Pérez,J.L. (Dir.) y Serrano Falcón, C. (Coord.), Granada, Ed. Comares, 2010, págs. 137 y sigs.

20. Sobre esta problemática, SERRANO FALCÓN,C.: *Servicios públicos de empleo y agencias de empleo privadas,* Granada, Ed. Comares, 2009; SOBRINO GONZÁLEZ, G.: *La política de colocación,* Albacete, Ed. Bomarzo, 2006.

21. Para la incidencia de la reforma laboral de 2010, VALDÉZ DAL-RÉ,F.: «La reforma de la intermediación laboral», en *Relaciones Laborales,* núm.21-22 (2010), Especial monográfico sobre «La reforma laboral de 2010», págs. 129 y sigs.

22. MORENO VIDA, Mª.N.: «Contratos temporales y Empresas de Trabajo Temporal», en VV.A.A.: *Las modalidades de contratación temporal. Estudio de su Régimen Jurídico,* Monereo Pérez,J.L. (Dir.) y Serrano Falcón, C.(Coord.), Granada, Ed. Comares, 2010, pág. 145, con una completa y acertada exposición jurídico-crítica de la nueva regulación comunitaria e interna de la actividad de las ETT.

23. Para el marco jurídico precedente a la reforma de 2012, véase SERRANO FALCÓN, C.: tesis…; y Mari Nieves….

24. MONEREO PÉREZ,J.L.y SERRANO FALCÓN, C.: «El modelo de contratación laboral en España: Aspectos generales de la contratación laboral», en VV.AA.: *Las modalidades de contratación temporal,* Granada, Ed. Comares, 2010, págs. 3 y sigs.

25. SEMPERE NAVARRO,A.V.y PÉREZ CAMPOS,A.I.: «Contratos para obra o servicio determinado», en VV.AA.: *La reforma laboral de 2010,* Sempere Navarro,A.V. (Dir.), y Martín, Jiménez, R. (Coord.), Cizur Menor (Navarra), Tromson-Aranzadi, 2010, pág. 174. Para la dinámica histórico-normativa de esta controvertida modalidad contractual, puede consultarse GARCÍA NINET,I.: *El contrato para la realización de obra o servicio determinado,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, y la completa obra de VINCENTE PALACIO, Mª.A.: *El contrato de trabajo temporal para obra o servicio determinado,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

26. Véase la crítica formulada en RODRÍGUEZ-PIÑERO,M.: «Sobre el contrato de trabajo único», en *Relaciones Laborales,* núm.10 (2009), págs. 1 a 13; GORELLI HERNÁNDEZ,J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad,* Sevilla, CARL, 2010; VV.AA.: *Las modalidades de contratación temporal,* Monereo Pérez, J.L.y Serrano Falcón, C. (Dir.), Granada, Ed. Comares, 2010.

27. Las ideas fuerza aquí residen en un enfoque preventivo de la situación de exclusión, y, en caso, de las personas se encuentren en situación ya de exclusión, en realizar políticas que promuevan la inserción laboral en situación de exclusión a través de diversos cauces. Entre ellos, interesa destacar el papel de las denominadas «Empresas de Inserción», reguladas en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de Empresas de Inserción. Tal tipo de empresa se define legalmente como «aquella sociedad mercantil o sociedad cooperativa legalmente constituida que, debidamente calificada por los organismos autonómicos competentes en la materia, realice cualquier actividad económica de producción de bienes y servicios, cuyo objeto social tenga como fin la integración sociolaboral de personas en situación de exclusión social como tránsito al empleo ordinario. A estos efectos —se añade— deberán proporcionar a los trabajadores procedentes de situaciones contempladas en el art.2, como parte de sus itinerarios de inserción, procesos personalizados y asistidos de trabajo remunerado, formación en el puesto de trabajo, habituación laboral y social. Asimismo, estas empresas deberán tener servicios de intervención o acompañamiento para la inserción laboral que faciliten su posterior incorporación al mercado de trabajo ordinario». Sobre este tipo de empresas de inserción, puede consultarse, VALLECILLO GÁMEZ, Mª.R.y MOLINA NAVARRETE,C.: *Empresas de inserción y mercados de trabajo inclusivos. Nuevo marco regulador y modelos de gestión,* Granada, Ed. Comares, 2008; MARTÍN MAZZUCCONI,C.

(Coord.).: *La política de empleo como instrumento de inclusión social: un análisis jurídico,* Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Rey Juan Carlos, 2010.

28. SINZHEIMER, H.: «La esencia del Derecho del Trabajo» (1927), en SINZHEIMER, H.: *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo,* estudio preliminar y trad. de Felipe Vazquez Mateo, Madrid, IEP, 1984, págs. 67 y sigs., en particular pág. 73.

29. Puede consultarse, ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: «Nuevas formas de organización de la empresa, entre centralización y descentralización (I Y II)», en *Relaciones laborales*, núm. 6-7 (2011), págs. 14 a 48 y 15 a 37, respectivamente.

30. Vid. MONEREO PÉREZ, J.L.: *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación. Puntos críticos*, Madrid, Ed. Ibidem,1994; MONEREO PÉREZ, J.L. y SERRANO FALCÓN, C.: «Descentralización económico productiva en el contexto de la crisis económica: El supuesto del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores», en VV.AA.: *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica,* Monereo Pérez, J.L. y SÁNCHEZ MONTOYA, J.E. (Dirs.), Granada, Ed. Comares, 2010, págs. 193 y sigs.

31. El TJUE declara que: «El art. 4 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone, en circunstancias como las del litigio principal, a una normativa de un Estado miembro que exige a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada».

32. Sobre el tema véase RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO,M.: *Cesión de trabajadores y Empresas de Trabajo Temporal*, Madrid, MTSS, 1992, págs. 457-458; MORENO VIDA, Mª.N.: *El trabajo en régimen de Empresas de Trabajo Temporal. Estudio del Ordenamiento Interno y Comunitario,* Granada, Ed. Comares, 2005.

33. Se propuso en la doctrina francesa «que en vez de entender que el contrato se celebra para cada misión, se establezca que se trata de un solo contrato de trabajo de duración indefinida suspendido, de pleno derecho, en los intervalos de misión a misión. El trabajador y la ETT tendrían así una relación propia de fijo de trabajo discontinuo y periódico. La jurisprudencia francesa, sin embargo, sigue manteniendo que si las misiones se repiten sólo hay una sucesión de contratos, uno por cada misión, con lo que tampoco se consigue reconocimiento de antigüedad, derecho a indemnización en caso de extinción de la relación entre el trabajador y la ETT, etc.» (BORRAJO DACRUZ, E.: «Informe técnico sobre las Empresas de Trabajo Temporal», en BORRAJO DACRUZ, E.: *La reforma del mercado de trabajo*, Madrid, Edersa,1993, pág. 456).

34. En una perspectiva general, FERRAJOLI,L.: *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia,* Madrid, Ed. Trotta, 2006, espec., págs. 11 y sigs.; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, CES, 1996, espec., págs. 27 y sigs., y 159 y sigs.

35. MONEREO PÉREZ,J.L.y SERRANO FALCÓN,C.: «El modelo de contratación laboral en España», cit, págs. 3 y sigs.

36. En efecto, conforme al art.11.2.i) LET, «La acción protectora de la Seguridad Social del trabajador contratado para la formación comprenderá todas las contingencias, situaciones protegibles y prestaciones, incluido el desempleo. Asimismo, se tendrá derecho a la cobertura del Fondo de Garantía Salarial».

37. Véase LÓPEZ GANDÍA, J.: «Los contratos formativo y a tiempo parcial tras la reforma laboral de 2012», en *Revista de Derecho Social,* núm. 57 (2012), págs. 85 y sigs.; QUESADA SEGURA, R.: «Derechos de formación profesional y contratos formativos», en *Temas Laborales,* núm. 115 (2012), págs. 165 y sigs.

38. El Tribunal Constitucional ha declarado que el derecho al trabajo en su dimensión individual implica «el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa». Cfr. SSTC 22/1981, de 2 de julio, 20/1994, de 23 de febrero y 192/2003, de 27 de octubre).

39. El art. 30 de la Carta de la Unión incorpora al máximo nivel la garantía frente al despido injustificado. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: «El derecho a la protección en caso de despido injustificado (Estudio del art. 30 de la Carta)»,

en VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,* Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Directores), Granada, Ed. Comares, 2012, págs. 695 a 738.

40. Sobre esta nueva figura contractual, puede consultarse MORENO VIDA, Mª.N.: «Novedades en materia de modalidades contractuales: contrato indefinido para pequeñas empresas, trabajo a tiempo parcial y trabajo a distancia», en *Temas Laborales,* núm. 115 (2012), págs. 193 y sigs.; PÉREZ REY, J.: «El contrato de apoyo a los emprendedores: Una nueva vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento del empleo», en págs. 51 y sigs.; GARCÍA BLASCO,J.: «Crisis económica, reforma laboral y reordenación del contrato de trabajo: entre el fomento de la contratación indefinida y la preocupación por el empleo», en *RMESS,* núm. 100 (2012), págs. 83 y sigs.; BAZ RODRÍGUEZ, J.: «El contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores. Análisis crítico de una apuesta por la "flexi-seguridad"», en *Revista de Derecho Social,* núm. 59 (2012), págs. 87 y sigs. Para la problemática general, aún antes de la reforma, DE VAL TENA, A.L.: «Sobre la duración (abusiva) del periodo de prueba: contratación temporal y contratación indefinida», en *AS,* núm. 5 (2008).

41. FOUCAULT, M.: *Vigilar y castigar,* Madrid, Siglo XXI Editores, 1986.

42. MONEREO PÉREZ, J.L.: *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas,* Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2012, espec., págs. 23 y sigs.

43. Precisamente para evitar la tentación de una desconexión entre el nuevo «Libro Verde» y la Comunicación de 2005, el Comité Económico y Social Europeo entiende que «el Libro Verde debe considerarse una continuación de la Comunicación de 2005, sobre reestructuración y empleo, que tenía por objeto definir el papel de la UE a la hora de prevenir y gestionar las reestructuraciones con vistas a fomentar el empleo». Cfr. COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, «Dictamen sobre el «Libro Verde-Reestructuración y previsión del cambio: ¿qué lecciones sacar de la experiencia reciente?» [COM(2012) 7 final. (2012/C 299/11), aprobado en sesión plenaria de los días 11-12 de julio de 2012] apartado 4.1. y 4.4, realzado que «un marco de diálogo social y negociación colectiva, y el desarrollo de la función que desempeñan los interlocutores sociales y los representantes empresariales, que son más importantes que nunca para adecuar, en tiempo de crisis, la producción, la organización y las condiciones de trabajo a unas circunstancias rápidamente cambiantes, sobre la base de una buena cooperación social».

44. MONEREO PÉREZ, J.L.: *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral,* Granada, Ed. COmares, 2006; BLASCO PELLICER, A.: *Los Expedientes de regulación de empleo,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2009; PÉREZ AMORÓS, F. y ROJO TORRECILLA, E. (Directores).: *La intervención pública en los procesos de modificación y reestructuración empresarial,* Xavier Solá Monells (Coord.), Albacete, Ed. Bomarzo, 2012.

45. Para ese entendimiento correcto del sentido y alcance de la prueba en Derecho, véase TARUFFO, M.: *La Prueba de los Hechos*, traducción de Jordi Ferrer Beltrán, Ed. Trotta, 2002.

46. MONEREO PÉREZ,J.L.: *El despido colectivos y sus elementos configuradores tras las recientes reformas,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, págs. 122-123; *íd.: «El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012,* en *Temas Laborales,* núm. 115 (2012), págs. 315 y sigs.

47. La crítica es ya originaria, véase MONEREO PÉREZ, J.L.y MORENO VIDA, Mª.N.: *Form*a y efectos del Despido, en VV.AA.: *La reforma del Estatuto de los trabajadores,* Borrajo Dacruz, E. (Dir.), Madrid, Edersa, 1994; GORELLI HERNÁNDEZ,J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito,* Sevilla, CARL, 2010.

48. Véase MONEREO PÉREZ,J.L.: *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación,* Madrid, Ed. Ibidem, 1994; MONEREO PÉREZ, J.L.y SERRANO FALCÓN,C.: *La subcontratación empresarial. Hacia un nuevo modelo de regulación,* Documento 160/2010, Madrid, Fundación Alternativas, 2010, con diagnóstico del modelo legal vigente y propuestas de reforma legislativa de viable realización; GARCÍA BLASCO,J. (Dir.) y DE VAL TENA,A.L.(Coord.).: *La subcontratación en el sector de la construcción,* 2ª ed., Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2009: MERINO SEGOVIA,A.: *Comentario a la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción,* Albacete, Bomarzo, 2006.

49. Véase GORZ,A.: *Metamorfosis del trabajo,* trad. M.C. Ruiz de Elvira, Madrid, Ed. Sistema,1995.

50. Véase ampliamente MONEREO PÉREZ,J.L.: «Pobreza, trabajo y exclusión social en la larga duración: una reflexión crítica a partir de Henry George», en *Documentación Laboral. Revista de relaciones laborales, economía y sociología del trabajo, y trabajo autónomo,* núm.83 (2008), págs. 11 a 109; *íd.: La política de empleo como instrumento de lucha contra la precariedad laboral,* Albacete, Ed. Bomarzo, 2011, espec., Parte II («La precariedad laboral en el marco de las políticas de flexibilidad laboral»), págs. 103 y sigs.

51. MONEREO PÉREZ,J.L.: *La defensa del Estado Social: La teoría política de Hermann Heller,* Barcelona, El Viejo Topo, 2009.

52. MONEREO PÉREZ,J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, CES, 1996; *íd.: Fundamentos doctrinales del Derecho social en España,* Madrid, Ed. Trotta, 1999.

53. Puede consultarse MONEREO PÉREZ,J.L.: «La crítica del contrato de trabajo en los orígenes del Derecho del Trabajo», en *Civitas. Revista española de Derecho del Trabajo,* núm.96 (1999), págs. 489 y sigs.

54. Puede consultarse MONEREO PÉREZ,J.L.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo,* Albacete, Ed. Comares, 2009.

55. Véase DUMONT, L.: *Homo aequalis: génesis y apoyo de la ideología económica,* trad. Juan Anamadi, Madrid, Ed. Taurus, 1982, espec., págs. 13 y sigs.

56. Sobre ese capitalismo utópico en sus presupuestos originarios, puede consultarse ROSANVALLON, P.: *Le capitalisme utopique. Histoire de l' idée de marché,* París, Editions du Seuil, 1999, espec., Primera Parte (Economía y sociedad de mercado) y las obras clásicas de GEORGE,H.: *Progreso y Miseria,* edición y estudio preliminar, «Economía política de la desigualdad: progreso y miseria en Henry George», a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2008, y VEBLEN, TH.: *La empresa de negocios,* edición y estudio preliminar, «La teoría de la empresa de negocios de Thorstein Veblen», a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2011.

57. Para ese fenómeno extensivo, desde la sociología crítica, puede consultarse BECK,U.: *Un nuevo mundo feliz. La precariedad del trabajo en la era de la globalización,* Barcelona, Ed. Paidós, 2000. El proceso ya había sido advertido antes clarificadoramente por el mismo autor en su obra *La sociedad del riesgo,* Barcelona, Ed. Paidós, 1988, en donde constataba la creciente desestructuración del trabajo. Igualmente, MINGIONE, E.: *Las sociedades fragmentadas. Una sociología de la vida económica más allá del paradigma del mercado,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991, que apunta a la fuerte conexión patológica existente entre precarización del empleo y empleo irregular propiciado por el proceso de terciarización de la economía generando una sociedad fragmentada (Ibidem, espec., págs. 328 y sigs.).

58. Como ha sido advertido, el concepto de trabajo decente, tal y como lo utiliza la OIT, busca agrupar bajo un paraguas todos los elementos del desarrollo económico y social armónico, del cual las reglas laborales protectoras son un componente esencial. Decente significa actuar de modo conveniente y apropiado: conviene proteger el trabajo, tomando debidamente en cuento —no sustituyendo— los intereses de las empresas y de la economía general. Cfr. SERVAIS, J.M.: «El trabajo decente: la visión de la OIT y su puesta en práctica», en *RL,* núm. 15-18 (2012), págs. 141 a 166, en particular pág. 144; SUPIOT, A.: *El Espíritu de Filadelfia. La justicia social frente al mercado total,* Barcelona, Eds. Península, 2011, págs. 115 y sigs.

59. Precisamente la calidad del empleo forma parte de la dimensión interna de la responsabilidad social de la empresa. En este sentido, la misma COMISIÓN EUROPEA: *Libro Verde: Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas,* Bruselas, 2001. Véase, al respecto, las aportaciones recogidas en FERNÁNDEZ AMOR,J.A.y GALA DURÁN,C. (Coords.).: *La responsabilidad social del empresario: un nuevo reto para el Derecho,* Madrid, Marcial Pons, 2009; HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J.y RAMIRO, P. (eds.).: *El negocio de la responsabilidad. Crítica de la Responsabilidad Corporativa de las empresas transnacionales,* Barcelona, Icaria Editorial, 2009.

60. Se pueden definir técnicamente los modelos productivos «como 'compromisos de gobierno de empresa' que permiten desarrollar de modo duradero y rentable una de las estrategias de ganancia viables en el marco de los modos de crecimiento de los países en los que las firman organizan sus actividades, a través de medios (política-producto, organización productiva y relación salarial) coherentes y aceptables para los actores implicados». Cfr. BOYER,R.y FREYSSENET,M.: *Les modèles productifs,* París, Éditions La Découverte & Syros, 2000 (*Los modelos productivos,* Madrid, Ed. Fundamentos, 2003, pág. 35).

61. Para la lógica de funcionamiento y la significación político-jurídica de estos dos modelos ideal-típicos de regulación, puede consultarse, ampliamente, MONEREO PÉREZ,J.L.: *El salario y sus estructura después de la reforma laboral de 1997 (La gran transformación: la política salarial en el nuevo paradigma de organización industrial),* Valencia, tirant lo blach, 1998, especialmente, «Parte II: El modelo de regulación y flexibilidad salarial», págs. 45 a 125. Y en la doctrina iuslaboralista clásica, LYON-CAEN G. (dir.).: *Le droit capitaliste du travail*, PU Grenoble, Coll. Critique du droit, 1980

62. Puede consultarse HYMAN,R.y STREECK,W. (Comps.).: *Nuevas tecnologías y relaciones industriales,* Madrid, MTSS, 1993; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL,F.: *Nuevas tecnologías y relaciones de trabajo,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1990*;* MERCADER UGUINA,J.: *Derecho del Trabajo. Nuevas tecnologías y sociedad de la información,* Valladolid, Lex Nova, 2002.

63. OJEDA AVILES,A.: *La deconstrucción del Derecho del Trabajo,* Madrid, La Ley, 2010, pág. 15. En lo que interesa más directamente, ya este relevante iuslaboralista había apuntado lúcidamente sobre «El final de un principio (la estabilidad en el empleo)», en VV.AA.: *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria de Gaspar Bayón Chacón,* Madrid, Ed. Tecnos, 1980, págs. 467 y sigs., y PÉREZ REY,J.: *Estabilidad en el empleo,* Madrid, Trotta, 2004. La revisión comparada es extraordinariamente útil para la comprensión de la expansión del fenómeno de la precariedad y sus causas más profundas. Véase, al respecto, OIT.: *El trabajo precario en la regulación del mercado laboral. Crecimiento del empleo atípico en Europa Occidental,* Madrid, MTAS, 1992, y AUER Y CAZES: *La estabilidad en el empleo en una época de flexibilidad,* Madrid, MTAS, 2003.

64. Véase MONEREO PÉREZ,J.L.: «Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una sociedad cambiante», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales,* Núm. Especial Monográfico, 2008.

65. Véase MONEREO PÉREZ,J.L.: «La política social en el Estado del Bienestar: Los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de desmercantilización», en *Revista de Trabajo,* en *Revista de Trabajo,* núm. 19 (1995), págs. 7 a 46; ID.: «Los renglones torcidos de la política social moderna: los derechos sociales a fin de siglo», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada,* núm. 2 (1999), págs. 239 a 262; ID.: *Fundamentos doctrinales del derecho social en España,* Madrid, Trotta, 1999, especialmente las consideraciones sobre la rectificación del proceso de organización social del trabajo desde el «contrato» al estatuto democrático-social; ID.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social, 1996; GALLINO, L.: *Il lavoro no è una merce Contro la flessibilità,* Roma-Bari, Editori Laterza, 2007.

66. FOUCAULT, M.: «La gubernamentalidad» (1978), en FOUCAULT, M. y otros.: *Espacios de poder,* Madrid, Las Ediciones de La Piqueta, 1981, págs. 9 y sigs.

67. Puede consultarse, HARVEY, D.: *El nuevo imperialismo* (2003)*,* trad. Juan Mari Madariaga, Madrid, Eds. Akal, 2007, págs. 116 y sigs.

Fecha recepción: 25/01/2013
Fecha aceptación: 10/05/2013

A LABOR REFORM FOR EMPLOYMENT: DIAGNOSIS, TARGETS AND IDEAS

RESUMEN

Desde el 2007, momento de máxima ocupación, se han destruido en nuestro país más de tres millones y medio de empleo: las cifras son aterradoras. Todo ello exige que nos preguntemos sobre las razones del fracaso de las políticas de fomento de la contratación indefinida, la necesidad de racionalizar nuestro sistema de contratación o sobre las posibles respuestas a la lacra del desempleo juvenil. Junto a ello las vías de reforma del contrato a tiempo parcial o la valoración de las últimas propuestas en materia de políticas activas de empleo son, también, objeto del presente estudio.

PALABRAS CLAVE

Contratación indefinida, contratación temporal, políticas activas de empleo, tiempo parcial, desempleo juvenil

ABSTRACT

From 2007 on, when the highest employment level was registered, more than 3 million jobs have been destroyed in Spain. The figures are dramatic. This terrible scenario deserves a critical analysis about the reasons for the failure of the permanent contract's hiring policies; the necessity for a rationalisation of our employment system; or the possible solutions to be put in place to fight the youth's unemployment drama. This study analyses as well the ways to reform the partime contract or the last proposals on the active employment policies.

KEYWORDS

Permanent contract hiring. Temporary contract hiring. Active employment policies. Partime. Youth's unemployment

UNA REFORMA LABORAL PARA EL EMPLEO: DIAGNÓSTICOS, OBJETIVOS E IDEAS

Jesús R. Mercader Uguina*
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid

Sumario: 1. Una reforma laboral en tiempos de inquietud. 2. Algunas razones del «fracaso» de las políticas de fomento de la contratación indefinida A) El «escaso» uso del contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores B) Suspensión y reanudación de la regla de indefinición en el caso de encadenamiento de contratos temporales: efectos futuros C) El réquiem de los incentivos económicos al emple. 3. Racionalización del sistema de contratación: ¿Tiene sitio el contrato único? 4. ¿Existen respuestas efectivas al desempleo juvenil?: Perseverando en la reforma (fracasada) de los contratos formativos. 5. Empleo y Empresas de Trabajo Temporal como agencias globales de empleo: ¿otros posibles modelos? 6. La contratación a tiempo parcial: una reforma todavía pendiente. 7. Reforma de las políticas activas de empleo. 8. La promoción del empleo en las PYMEs y microempresas 9. Conservación del empleo y mayor productividad: la función de la flexibilidad interna. 10. El dique de contención: Suspensión y reducción de jornada como instrumentos de sustentación del empleo. Nota bibliográfica.

1. UNA REFORMA LABORAL EN TIEMPOS DE INQUIETUD

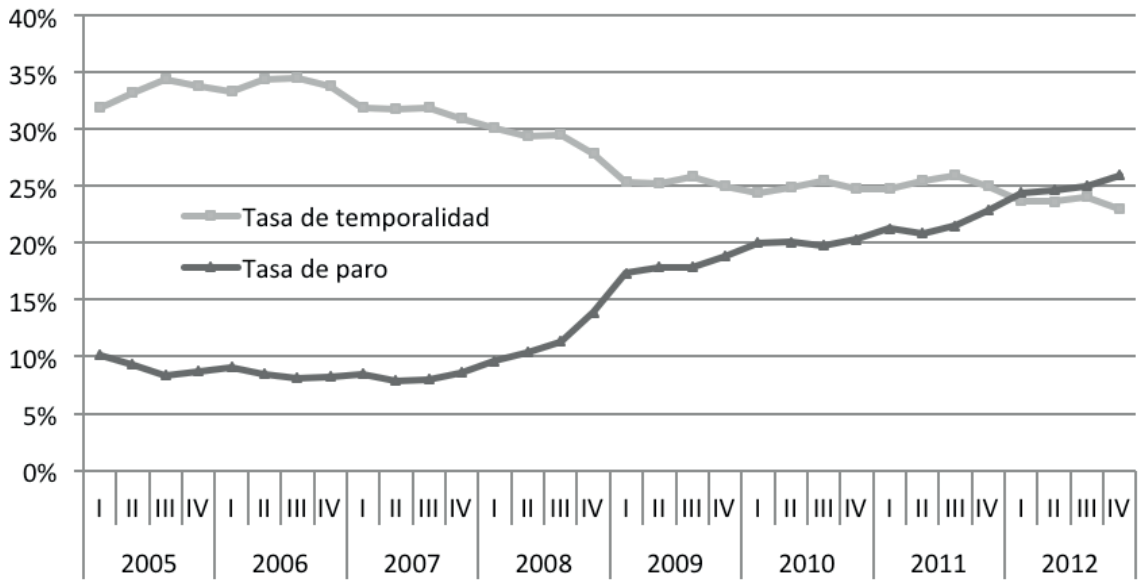
Desde el momento de máxima ocupación (tercer trimestre de 2007) se han destruido 3.553.533 de empleos en España: un 17,33% de toda la fuerza laboral. Hemos pasado de más 20 millones de personas con trabajo a finales de 2007 hasta algo menos de 17 millones, según los últimos datos de la EPA al final de 2012. Sin embargo, el paro no ha castigado a todos por igual. Una pequeña radiografía permite entender mejor el aumento en el paro, una tragedia que no ha afectado del mismo modo a toda la sociedad.

Por sectores, la construcción ha destruido en los últimos cuatro años 1,6 millones de puestos de trabajo (un 59,8% de los ocupados en el sector), la industria 930 mil empleos (un 28,1%), el sector servicios 840 mill (un 6,2%) y la agricultura 164.987 (un 18,77%). Si nos fijamos en el género de los puestos de trabajo perdidos, 2.852.988 son hombres y 700.545 son mujeres. Por nivel educativo, se han destruido 1.468.439 de empleos entre los

* Quiero agradecer a mi compañero Pablo Gimeno Díaz de Atauri su colaboración en la preparación de los datos estadísticos y cuadros del presente estudio.

trabajadores con educación primaria o inferior y 1.220.746 entre los trabajadores con educación secundaria. Sin embargo, han aumentado en 83.306 los empleos de los trabajadores con educación superior desde el final de 2007 hasta hoy. Y, por último, por edad: el 78,6% del total de la destrucción de empleo eran jóvenes de hasta 30 años. Es decir, entre este colectivo se han destruido 2.791.226 empleos. Sin duda, son los jóvenes quienes más están pagando la crisis.

Gráfico 1: Evolución de las tasas de desempleo y temporalidad



Fuente: Elaboración propia con microdatos de EPA

Las cifras son aterradoras y su impacto en la sociedad, más allá de los números, es un drama difícil de medir. No obstante, en el tercer trimestre de 2007 el PIB era de 247 mil millones de euros y ahora es de 234 mil millones (medidos en términos reales con base 2008 y corregidos de estacionalidad y calendario). Es decir, hoy producimos tan sólo un 2, 2% menos que antes de la crisis.

La inquietud social atraviesa penosamente el río caudaloso y profundo de la crisis económica. La actual situación posee un alcance y una magnitud difícilmente apreciable desde la perspectiva actual pero la misma trasciende la de una mera coyuntura superable a corto plazo. La singularidad de la economía española hace, sin duda, que la etapa en la que ahora nos encontramos sea una de las más duras y con más incertidumbres que se han abierto en nuestro país a lo largo de su historia y sólo encuentra paralelismo con la devastadora de 1929. Las elevadas tasas de desempleo que inciden de manera dramática en los trabajadores jóvenes, los bajos índices de cualificación profesional, el enquistamiento en nuestro mercado de trabajo de la contratación temporal, el singular comportamiento de los niveles de productividad, unido a un marco financiero lleno de inseguridades, muestran la gravedad de la actual situación y la necesidad de adoptar medidas reales y efectivas (Mercader, 2012 b).

La Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, pone sobre la mesa una reforma finalista que tiene en la creación de empleo su objetivo inmediato y que será factor clave para medir su grado de eficacia futura. La misma supone un verdadero

cambio «cultural» en la forma de entender las relaciones laborales para todos sus protagonistas (jueces, sindicatos, empresas…) y mira a la pequeña y mediana empresa como ámbito estratégico sobre el que proyectar sus resultados. Una reforma, en todo caso, que se acerca a Europa a la hora de definir un modelo más flexible, más moderno y descentralizado de relaciones laborales pero que peca de un cierto desequilibrio, al afectar simultáneamente a todos los posibles ámbitos de flexibilidad que resultan de la dinámica contractual: entrada, interna o funcional y de salida.

Con todo, la identificación del diagnóstico de situación al que pretende hacer frente es clara. En la misma se aportan diversas medidas que buscan favorecer la empleabilidad y reforzar la apuesta por el desarrollo de políticas efectivas de formación en una realidad como la española con altos índices de descualificación. La reforma, como decíamos, sitúa en el fomento de la contratación indefinida su objetivo fundamental pero también en la necesidad de favorecer la creación de empleo a cualquier precio, máxime en un contexto de abierta destrucción del mismo y con un escenario de futuro que no permite ser optimista. De igual modo, se apuesta de forma decidida por las medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la «destrucción» de empleo.

El presente artículo no pretende resumir ni, mucho menos, valorar el alcance de la reforma laboral. Nuestro objetivo se dirige a reflexionar sobre los plurales aspectos que plantea la realidad del empleo en nuestro país. Ciertamente, el centro de gravedad del modelo está cambiando. Como ha puesto de manifiesto Fernández López (2012), las últimas reformas laborales ponen sobre la mesa «la preeminencia de una perspectiva que gira sobre el empleo y la empleabilidad y no sobre el puesto de trabajo y el derecho del trabajador a permanecer en él», lo que supone que «el objetivo perseguido por la norma social típica es proteger al trabajador contra el desempleo y a la vez aumentar la empleabilidad para que adquiera otro empleo en el plazo más breve posible».

La anterior realidad supone un cambio de paradigma en el modo de entender y comprender la realidad laboral. Pero no es posible volver los ojos ante lo que constituye una realidad incuestionable. No es momento de vanas reflexiones, de voluntarismos interpretativos y del mantenimiento de posiciones que más se basan en lo emotivo que en lo racional y es, más que nunca, momento de iniciar debates abiertos que pongan sobre la mesa las formas y modos de concebir y de entender el marco institucional de nuestro sistema normativo laboral.

Desechando el radical cuestionamiento de aquellas disposiciones que fundamentan el suelo del ordenamiento laboral o de aquellas que pretenden un conservacionismo a ultranza del actual statu quo, sí creo necesario revisar al calor de las actuales necesidades, alguna de las instituciones clave de nuestro ordenamiento y observar su adecuación a estos nuevos y terribles tiempos en los que nos encontramos. No se trata de desmontar nuestro modelo laboral pero sí de contemplar, desde una nueva perspectiva, instituciones que, nacidas en un determinado contexto histórico, han conservado su impronta en realidades económicas y sociales significadamente distintas. Creo que es hora de abrir un debate sereno pero intenso sobre los fundamentos de nuestro Derecho del Trabajo y en qué medida los mismos realmente responden a justificaciones reales o resultan, más bien, inercias propias de un pasado que ha pasado.

2. ALGUNAS RAZONES DEL «FRACASO» DE LAS POLÍTICAS DE FOMENTO DE LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA

El número de contratos laborales celebrados durante 2012 fue de 13,7 millones. Se trata del peor dato desde el año 2000 y es incluso inferior al volumen registrado en 2009, el año en que se produjo mayor destrucción de empleo durante la crisis (en 2009 se re-

gistraron 14 millones de contratos). Descienden tanto los contratos indefinidos (25.000 contratos menos que en 2011) como los temporales (640.000 menos que en 2011). El 92,1% de los contratos realizados han sido temporales.

Los datos sobre contratación indefinida en nuestro país son verdaderamente preocupantes, al apreciarse que la misma se mantiene en niveles inferiores al 10% del total de contratos firmados, porcentaje éste que, con alguna variación puntual, ha constituido la tónica general de la contratación en nuestro país: en la serie histórica (desde 2002), más del 90% de los datos mensuales se encuentran, en relación al peso de los contratos indefinidos, en una horquilla entre el 7% y el 13%. Así, la evolución de la contratación indefinida es claramente decreciente, en una tendencia constante desde el inicio de la crisis. No puede, por tanto, afirmarse que en este punto hayan tenido especiales efectos las medidas introducidas para la reducción de la segmentación por las reformas precedentes.

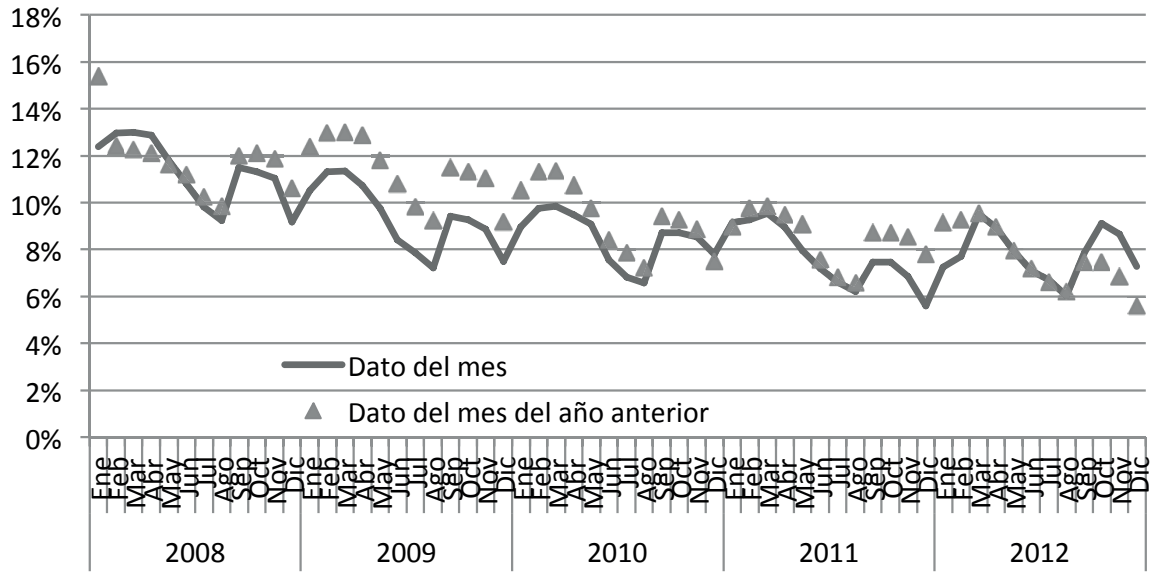
La anterior realidad se pone de manifiesto si analizamos, como haremos seguidamente, las piezas basilares del modelo de contratación indefinida en nuestro país en los últimos años. Así, al fracaso del contrato del fomento de la contratación indefinida parece haber seguido el «escaso» uso del contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores; a ello se añade una política errática del uso del art. 15.5 ET que ha pasado por su suspensión y ahora su reanudación con inciertos efectos futuros; y, en fin, el réquiem de los incentivos económicos al empleo que han pasado a convertirse en un instrumento marginal dentro del modelo general. Veámoslo.

A) EL «ESCASO» USO DEL CONTRATO DE TRABAJO POR TIEMPO INDEFINIDO DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES

Las empresas de menos de 50 trabajadores pueden concertar un nuevo contrato llamado «contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores». El contrato se celebrará por tiempo indefinido y a jornada completa, y se formalizará por escrito en el modelo que se establezca. El régimen jurídico del contrato y los derechos y obligaciones que de él se deriven se regirán, con carácter general, por lo dispuesto en el ET y en los convenios colectivos para los contratos por tiempo indefinido. La única excepción radica en la duración del período de prueba a que se refiere el art. 14 ET, que será de «un año en todo caso»). La vigencia de esta modalidad contractual se conservará hasta que la tasa de desempleo se sitúe por debajo del 15 % (DT 9.2 Ley 3/2012).

La norma excluye la posibilidad de celebrarlo a tiempo parcial, lo que resulta, en alguna medida, contradictorio con la propia afirmación fijada en la Exposición de Motivos de apuesta por este tipo de modalidad. El contrato se dirige, exclusivamente, a las empresas de menos de 50 trabajadores. La duda es, pues, si la opción legal debería extenderse a todas las empresas cualquiera que sea su dimensión dado el carácter medular que parece que se pretende que tenga esta modalidad contractual, si bien, limitando, en este caso, el acceso al régimen de bonificaciones que el mismo lleva aparejado.

Gráfico 2: Porcetnaje de contratos indefinidos sobre el total de contratos firmados



Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Servicio Público de Empleo Estatal

No obstante, la aplicación de la norma abre algunos interrogantes: ¿Cuál es la unidad de cómputo: empresa o centro de trabajo? ¿Tiene eficacia en el grupo de empresas? ¿Cuáles son los trabajadores computables? La norma establece la prohibición de uso de la modalidad contractual cuando hubiesen mediado extinciones previas («la empresa que, en los seis meses anteriores a la celebración del contrato, hubiera adoptado decisiones extintivas improcedentes»). En todo caso, la norma procede a una amnistía de las extinciones previas a la entrada en vigor del Ley 3/2012 al limitar sus efectos a aquellas producidas con posterioridad a la entrada en vigor del mismo.

No obstante, la cuestión que plantea más dudas es la relativa a la duración del período de prueba a que se refiere el art. 14 ET, que será de «un año en todo caso». De la lectura del precepto surgen dudas de inmediato, resultando la más significativa si el citado plazo entra en contradicción con la Directiva 99/70/CE o con el Convenio 158 OIT que impone una exigencia de «razonabilidad» en la duración del período de prueba (art. 2.2 d). Recuérdese en este punto la afirmación de la STS 20 de julio de 2011: «el sometimiento al periodo de prueba de un año de duración parece a todas luces excesivo, ya que el objeto de la prueba puede satisfacerse sobradamente en un lapso temporal más reducido». Menos cuestionable hubiera sido condicionar el citado contrato a un «tiempo mínimo de servicios» dado que su finalidad es permitir a la empresa comprobar la viabilidad y sostenibilidad del puesto de trabajo y no, como en este caso, someter a prueba al trabajador. La experiencia del caso francés del «*contrat nouvelles embauches*», que fue admitido por el Consejo de Estado, cuestionado por el Tribunal de Casación por contrario al Convenio 158 OIT y, considerado por la OIT contrario al citado Convenio por establecer período de prueba no razonable, puede ser una buena vara de medir para el legislador y un incentivo a dotar de nuevas bases a este contrato. Una posible opción hubiera sido la del establecimiento de un sistema de indemnizaciones crecientes en función de la antigüedad (Gómez Abelleira, 2012).

El contrato de apoyo a los emprendedores se encuentra acompañado de un importante número de incentivos siempre que el empresario se comprometa a mantener el empleo en su empresa en los términos legalmente previstos

(art. 4.7 Ley 3/2012 y art. 43 Ley del Impuesto de Sociedades). Se establecen a tal efecto, bonificaciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social dirigidas a la contratación de jóvenes entre 16 y 30 años, así como de los mayores de 45 años. No obstante, el núcleo esencial de los incentivos fiscales puestos al servicio del contrato consiste básicamente en una deducción fiscal con un importe equivalente al 50 % de la prestación por desempleo que el trabajador tuviera pendiente de percibir en el momento de la contratación, con el límite de doce mensualidades. El trabajador contratado que sea beneficiario de una prestación contributiva de desempleo podrá compatibilizar cada mes, junto con el salario, el 25 por 100 de la cuantía de la prestación que tuviera reconocida y pendiente de percibir en el momento de su contratación. El sistema de protección por desempleo se pone al servicio de una doble finalidad. La primera es ahorrar costes al Estado y, la segunda, favorecer el empleo. Las prestaciones contributivas por desempleo suponen un coste mayor que las del nivel asistencial pues su cuantía es también mayor al estar moduladas por el principio de contributividad. Con esta medida se consigue que lo que el Estado tenía previsto gastar en desempleo, se invierta en una deducción fiscal (el 50% del total) y, en su caso, en la mejora del salario (25% del total), ahorrándose el resto. El argumento que existe de fondo es que siempre es preferible favorecer el empleo que mantener el desempleo.

Los resultados de esta modalidad contractual en términos cuantitativos, pese a la enorme polémica que la misma ha generado, han sido relativamente modestos: 77.260, según el Ministerio de Empleo a lo largo del año 2012. El uso de esta modalidad contractual entre las pymes solo supuso el 21,8% de todos los contratos indefinidos firmados por este tipo de empresas. El resultado es que el número de contratos indefinidos no se ha visto incrementado. En apoyo de esta teoría están los datos totales de contratación. En 2012 los contratos fijos supusieron el 7,9% del total, apenas dos décimas más que en 2011 y lejos de los porcentajes de 2008 (11,3%), 2009 (9,3%) y 2010 (8,5%).

B) SUSPENSIÓN Y REANUDACIÓN DE LA REGLA DE INDEFINICIÓN EN EL CASO DE ENCADENAMIENTO DE CONTRATOS TEMPORALES: EFECTOS FUTUROS

Una segunda medida utilizada en los últimos años ha sido la relativa a la conversión automática de contratos temporales en indefinidos al superar un determinado período (art. 15.5 ET). La regla contenida en el art. 15.5 ET, introducida en la reforma del 2006 y reforzada en la del 2010, vino a establecer que el encadenamiento de contratos temporales con un mismo trabajador en una misma empresa durante 24 meses en un periodo de 30 meses, convertían al trabajador automáticamente en fijo. La medida se situaba, en recta coherencia con la política de aquél momento, en la dirección de potenciar la contratación indefinida o, al menos, a encarecer el coste extintivo de este largo empleo precario, al equipararlo a la indemnización del despido improcedente de un fijo.

Con el fin de evitar que esta regla de encadenamiento de contratos, pudiera, en el momento actual, incentivar las decisiones empresariales de no renovación de contratos temporales, generando con ello efectos no deseados por la misma, dicha regla quedó suspendida en su aplicación. La duración de la medida adoptada por el RDL 10/2011, de 26 de agosto (art. 5, al que se da nueva redacción), consistente en suspender la aplicación de lo dispuesto en el art. 15.5 ET durante dos años (31 de agosto de 2011/31 de agosto de 2013), fue acortada por la Ley 3/2012, fijando en el 31 de diciembre del 2012 la fecha de finalización de la suspensión (Mercader, 2012 a). Esto supone que a partir del 1 de enero de 2013 se abre un período en el que operará el efecto legal. La cuestión sobre la que debe reflexionarse es si las razones que llevaron en su día a la suspensión de la regla han desaparecido a día de hoy y si el efecto que se pretendía evitar no vuelve a ponerse en cuestión a día de hoy.

C) EL RÉQUIEM DE LOS INCENTIVOS ECONÓMICOS AL EMPLEO

A lo largo de las dos últimas décadas, se han puesto en marcha diversas reformas normativas para el fomento del empleo indefinido, con el objetivo de reducir las diferencias existentes entre los costes laborales de los contratos temporales e indefinidos. Para ello, se han utilizado básicamente dos herramientas. Por un lado, se ha intentado recuperar el «principio de causalidad» para los contratos temporales, que puede verse como una forma de encarecimiento de su uso y, por otro, se han puesto en marcha medidas encaminadas a reducir el coste que tiene para las empresas la contratación indefinida. Reducción esta de los costes que ha encontrado como camino preferente el de la disminución del coste laboral directo, mediante reducciones (o «bonificaciones») de las cotizaciones a la Seguridad Social.

Del balance del análisis de estas medidas resulta, en primer lugar, su «*ineficacia formal*», que da lugar a verdaderas «bonificaciones sorpresa» (Pérez del Prado, 2010), pues, en algunas de éstas, resulta difícil que, antes de la contratación, el empresario pueda tener acceso a esa información necesaria para poder adoptar la decisión más adecuada a sus intereses, por lo que difícilmente el incentivo puede ser tenido en cuenta en la hipotética generación de un puesto de trabajo. Igualmente, en segundo lugar, se apreciaba una evidente «*ineficacia en la cuantía*», noción con la que se hace referencia a la paradoja de que los instrumentos económicos son medidas caras en conjunto o agregadamente, pero baratas desde un punto de vista individual o empresarial, lo que implica que el impacto de la bonificación de cada contrato en el conjunto de costes laborales no sea de la suficiente entidad como para propiciar cambios notables en el comportamiento del empresario, en particular, llevándole a contratar a un sujeto más. O, en fin, una «*ineficacia económica*» pues, desde la perspectiva macroeconómica, tales instrumentos establecen incentivos económicos que no sirven para crear empleo, por cuanto experimentan un importante «peso muerto», es decir, se incentivan empleos que se crearían de todas formas aun en ausencia de bonificaciones; y, desde la perspectiva microeconómica, se advierte que estos instrumentos producen un «efecto sustitución» a favor de algunos de los colectivos cuyo empleo se incentiva y, en particular, canalizan o focalizan el empleo hacia jóvenes y mujeres.

La manifiesta ineficiencia de estos incentivos, unido a la limitación de recursos derivada de la crisis dieron a luz la DT 6ª RDL 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. La misma ha suprimido con carácter prácticamente general el derecho de las empresas a la aplicación de bonificaciones por contratación, mantenimiento del empleo o fomento del autoempleo, en las cuotas a la Seguridad Social y, en su caso, cuotas de recaudación conjunta que se estuvieran aplicando a la entrada en vigor del RDL, «en virtud de cualquier norma, en vigor o derogada, en que hubieran sido establecidas». La anterior regla se excepciona en relación con una serie de colectivos con especiales dificultades de inserción en el mercado de trabajo. Entre ellos, se encuentran los discapacitados; las personas que tengan acreditada la condición de víctima de violencia de género, víctima de violencia doméstica o del terrorismo; o, en fin, los trabajadores en situación de exclusión social. Ciertamente, el gasto se focaliza en colectivos cuantitativamente reducida y, por otro lado, fuertemente necesitados de apoyo para su integración laboral. La Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude en la Seguridad Social ha venido a ampliar la lista de excepciones a la regla de supresión si bien mantiene la misma filosofía que el precedente RDL 20/2012.

3. RACIONALIZACIÓN DEL SISTEMA DE CONTRATACIÓN: ¿TIENE SITIO EL CONTRATO ÚNICO?

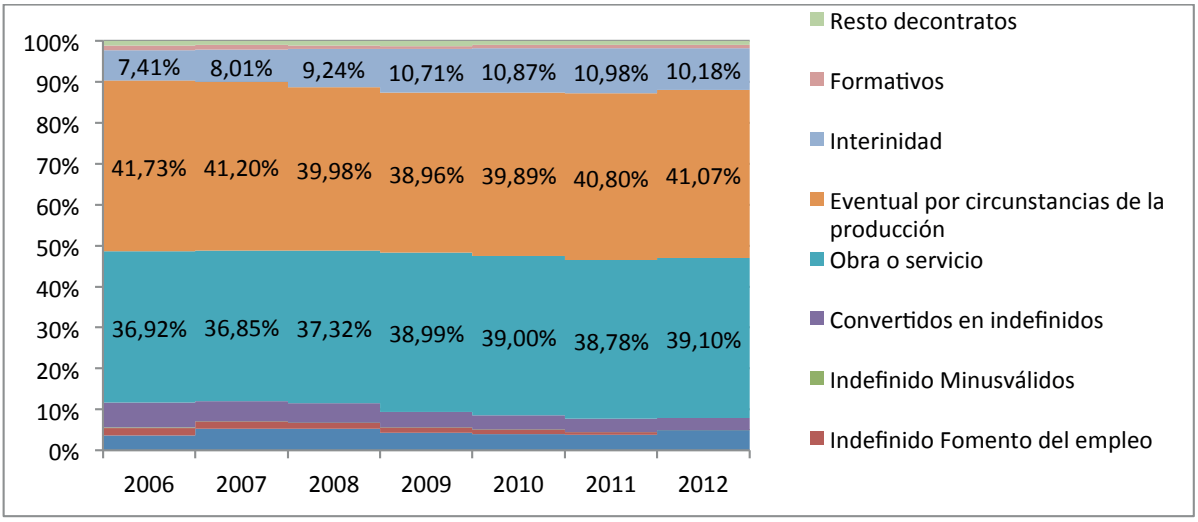
El nivel de temporalidad ha descendido de forma significativa como consecuencia del

ajuste en los sectores con mayores tasas de temporalidad —la construcción es el mejor ejemplo— apenas se ha modificado, e incluso es superior al final de 2012 (24%) que a comienzos del año (23,8%), lo ha supuesto la destrucción más de cerca de dos millones de contratos de este tipo a lo largo de la crisis. Con todo, la tasa de temporalidad española es una anomalía en el contexto de los países industrializados. En este sentido, la media ponderada de todos los países de la OCDE arroja una tasa de temporalidad del 12 por 100 en 2011, año en el que la tasa española comparable es más del doble, el 25,3 por 100. Entre los países de la UE, sólo Polonia presentaba en 2011 una tasa de temporalidad superior a la española (del 27 por 100) y sólo Portugal se acerca por abajo (con una tasa del 22,2 por 100). Francia, Alemania e Italia siguen presentando niveles de temporalidad mucho más reducidos, y ello pese a que en estos países la tendencia en los últimos años ha sido la inversa a la española: así, por ejemplo, Alemania ha pasado del 12,7 en 2000 al 14,7 en 2011, e Italia del 10,1 al 13,4. En Francia, la tasa ha permanecido más o menos estable, del 15,5 en 2000 al 15,3 en 2011. La conclusión de todos estos años es que si hace no tanto triplicábamos la tasa de temporalidad de nuestros vecinos, ahora sencillamente casi la duplicamos.

A tenor de los anteriores datos, la primera cuestión que cabe plantearse es evidente: ¿cuáles son las razones últimas de esas significativas diferencias? Una primera e intuitiva respuesta podría llevarnos a pensar en la flexibilidad de nuestro régimen jurídico en esta materia pero para la OCDE, sin embargo, España es un país con «reglas estrictas en torno a las circunstancias que justifican el trabajo temporal» (Venn, 2009). Pero lo cierto es que la anterior percepción no deja de resultar un mero espejismo. El contraste entre hecho —alta temporalidad— y derecho —alta restricción de la temporalidad— no es tal, que en realidad nuestro derecho ha combinado una elevada permisividad legal de la contratación temporal con una cierta dificultad y carestía de los mecanismos de flexibilidad interna y numérica en relación con los trabajadores fijos.

La relajación de los instrumentos causales en nuestro sistema de contratación temporal se ha puesto de manifiesto a través de múltiples aspectos que conservan una evidente resistencia al tiempo: la posibilidad del uso del término resolutorio en el contrato para obra o servicio determinado; la admisión de los supuestos de sucesión contractual como técnica lícita derivada del principio de libertad negocial; la aceptación de una cierta descausalización de determinados tipos contractuales, convirtiendo en intercambiables las distintas modalidades temporales; el recurso a interpretaciones que inciden en el proceso de relajación de las garantías formales exigidas normativamente para la realización de este tipo de contratos; o, en fin, la progresiva flexibilización del recurso a la técnica del fraude de ley tanto en el ámbito de la relación privada de trabajo como más intensamente en el ámbito de las Administraciones Públicas, son algunas de las más significadas manifestaciones que inciden en la mencionada tendencia.

La reforma laboral no ha abordado, sin embargo, como había sido solicitado desde instancias empresariales, una completa readecuación del sistema de contratación temporal que conserva su definición estructural intacta. La altísima tasa de temporalidad laboral es uno de los rasgos más conocidos y persistentes de la realidad española, un rasgo que permite hablar de un «modelo español de empleo» o presentar a nuestro país como ejemplo de lo que la literatura académica viene denominando «mercado de trabajo dual». En la actualidad existe una «maraña contractual» de cerca de 20 modalidades distintas de contrato de trabajo, muchas de los cuales son apenas conocidos y utilizados. Muestra de ello es que la contratación se concentra en dos modalidades básicas: contrato para obra o servicio y de eventualidad que representan, aproximadamente, el 80% del total de contratos celebrados.



La anterior realidad contrasta con otras próximas en las que la contratación temporal se encuentra más liberalizada pero, paradójicamente, los niveles de temporalidad son sustancialmente inferiores a los nuestros. En el caso italiano, el *contratto di lavoro a termine* ha sido objeto de reforma laboral en varias ocasiones. La última, de 2012 (Ley de 28 de junio de 2012, n. 92; reforma Fornero), exime del requisito de la causa en la celebración de un primer contrato a tiempo determinado de duración no superior a 12 meses. En Alemania, el contrato de duración determinada puede ser celebrado sólo si está justificado por razones objetivas. Sin embargo, la norma establece una serie de excepciones en las cuales no se precisa una razón objetiva para la contratación temporal del trabajador: 1ª) Contratos de duración breve. No se requieren razones objetivas y materiales para la conclusión de un contrato por un término que no exceda de 2 años. Dentro de este marco temporal, el contrato puede ser prorrogado 3 veces; 2ª) En el caso de empresas de nueva creación, este límite se amplía a 4 años; 3ª) Contratos celebrados con trabajadores mayores. Igualmente, no se requiere causa para la conclusión de contrato de duración determinada con empleados de al menos 52 años de edad y en situación de desempleo (durante al menos cuatro meses inmediatamente antes de la celebración del contrato). En estas circunstancias, el contrato de duración determinada puede tener una duración máxima de 5 años. Igualmente, en Países Bajos, las partes tienen libertad para formalizar contratos de duración determinada pero el uso de este tipo de contratos no se limita por razones especiales u objetivas (tales como que el trabajo a desempeñar no tenga una naturaleza permanente).

Probablemente, el deseo y la necesidad de mantener abiertas todas las puertas posibles a la creación de empleo ha influido en la decisión de no reducir el número de contratos temporales existentes en la práctica (si bien elimina el contrato de fomento a la contratación indefinida) apostando por un modelo de contrato indefinido, el de apoyo a los emprendedores, que pretende convertirse en modelo contractual de referencia y que nace como alternativa al polémico contrato único que tanta polvareda había levantado en los últimos años.

La relación dialéctica entre contratación temporal e indefinida está, en todo caso, detrás de la anterior realidad. Un modelo como el nuestro tiende, por naturaleza, a la precariedad laboral al haber convertido en estructural el recurso al trabajo temporal. En un contexto de crisis económica como el que atravesamos, la contratación indefinida se convierte en un deseo prácticamente irrealizable dado que, como antes señalábamos, lo verdaderamente relevante es encontrar un empleo cualquiera que sea su dimensión temporal. Ello exige una reflexión sobre cuáles deberían ser los caminos que debería seguir

nuestro ordenamiento para favorecer, aún en este difícil contexto, un modelo de contratación que centrase sus esfuerzos en consolidar progresivamente un modelo en el que predominase la indefinición.

La estrecha relación entre contratos de duración determinada y despido objetivo explica el menor interés de los primeros en aquellos sistemas jurídicos en que el despido es libre: a mayor coste o dificultad del despido, mayor es el interés empresarial por la contratación de duración determinada. La brecha de coste y dificultad entre la extinción por iniciativa empresarial de un contrato de duración determinada y otro indefinido será la causa decisiva de la utilización masiva de la temporalidad. En nuestro país, la función primordial del contrato de duración determinada es la determinación *ex ante* de una causa *objetiva* de extinción o despido (Gómez Abelleira, 2013). Visto el tema con cierta perspectiva, no hay gran distancia conceptual, en realidad, entre las «condiciones objetivas» que determinan el «final» del contrato y las «causas objetivas» que configuran el llamado despido objetivo. A ello se une el régimen de progresiva convergencia del régimen de costes. Como se ha dicho, «es claro el paralelismo entre la indemnización que se abona a los trabajadores temporales (12 días por año) y la que corresponde a los trabajadores fijos que ven extinguido su contrato por causas relacionadas con el interés de la empresa» (Goerlich, 2010). Si a ello unimos el hecho de que el FOGASA reintegrará 8 días de salario por año de servicio a las empresas que tengan menos de 25 trabajadores, siempre y cuando los despidos no sean declarados improcedentes, la convergencia entre costes de la resolución del contrato temporal y de resolución procedente del contrato por causa objetivas es evidente.

Un sistema que articule un conjunto coherente de medidas tendentes a evitar la utilización abusiva de la contratación temporal, con especial incidencia en la «causa objetiva», podría evitar una tasa de temporalidad exageradamente elevada. Como ha explicado Gómez Abelleira (2013), la función disuasoria podría incidir en dos fases distintas: la entrada y la salida de la relación laboral. En la fase de entrada (contratación), la existencia de una indemnización por término desempeñaría una función disuasoria del uso del contrato: lógicamente, a mayor indemnización por término, mayor el efecto disuasorio. Lo exiguo de este coste en la contratación temporal en relación con el que se asume en una relación indefinida es razón más que suficiente para concluir que en la práctica esta potencial función disuasoria de las indemnizaciones se transforma en un efecto llamada de los contratos temporales, por su menor coste indemnizatorio. En la fase de salida (extinción), la función disuasoria se concreta en incentivar la permanencia del contrato y la utilización, en su caso, de otras técnicas laborales que lo hagan económica o empresarialmente viable. Esto es especialmente cierto en el caso de contratos indefinidos con largas antigüedades. En el caso específico del contrato temporal, la existencia de una indemnización por terminación puede invitar a la transformación del contrato temporal en indefinido para «eludir este gasto indemnizatorio» (Martín Jiménez). Sin embargo, esta fase de «salida» de la relación laboral temporal coincide con la de «entrada» en la relación laboral indefinida, por lo que, simultáneamente, entra en juego la función disuasoria del uso del contrato indefinido derivada de la indemnización esperable en caso de extinción.

Lo anterior vuelve a poner encima de la mesa la sustitución del actual modelo de contratación por un modelo de contrato único (ahora denominado de «igualdad de oportunidades»), cuyo régimen indemnizatorio esté próximo a la indemnización media satisfecha en la actualidad (tanto para contratos temporales como para contratos fijos). Esa indemnización podría tener un perfil temporal creciente, en función del número de años trabajados, de forma que, por ejemplo, empezara en 8 días —como los actuales contratos temporales— y creciera progresivamente hasta alcanzar un máximo de 33 días. El mismo debería integrar una escala diferenciada para

los despidos procedentes (entre los que debe incluirse siempre la desaparición de la causa temporal que dio lugar al contrato) y los improcedentes al fundamentarse su extinción en causas determinadas. Junto a ello debería añadirse, durante el primer año, una indemnización suficientemente significativa que evitara el riesgo de salida durante ese primer período.

Es éste un contrato indefinido, dato debe que ser subrayado de manera muy positiva porque permite reconstruir todo el sistema de relaciones laborales desde el centro de gravedad de un contrato indefinido, con todas las ventajas empresariales y laborales que tiene esta opción (Lahera, 2012. Ciertamente, aunque con este sistema se reduzca el problema de la temporalidad, con los costes que ello conlleva (menor formación, menor adquisición de experiencia, menor inversión, menor innovación), no se suprime otro problema relacionado con los costes de despido, que es su incremento con la antigüedad del trabajador. Dado que ello puede llevar a despedir al trabajador más productivo por el mero hecho de ser reciente en la empresa, se ha propuesto la combinación de lo anterior con un modelo de fondo de capitalización de la indemnización por abandono de la empresa, similar al modelo austriaco (Gimeno, 2012).

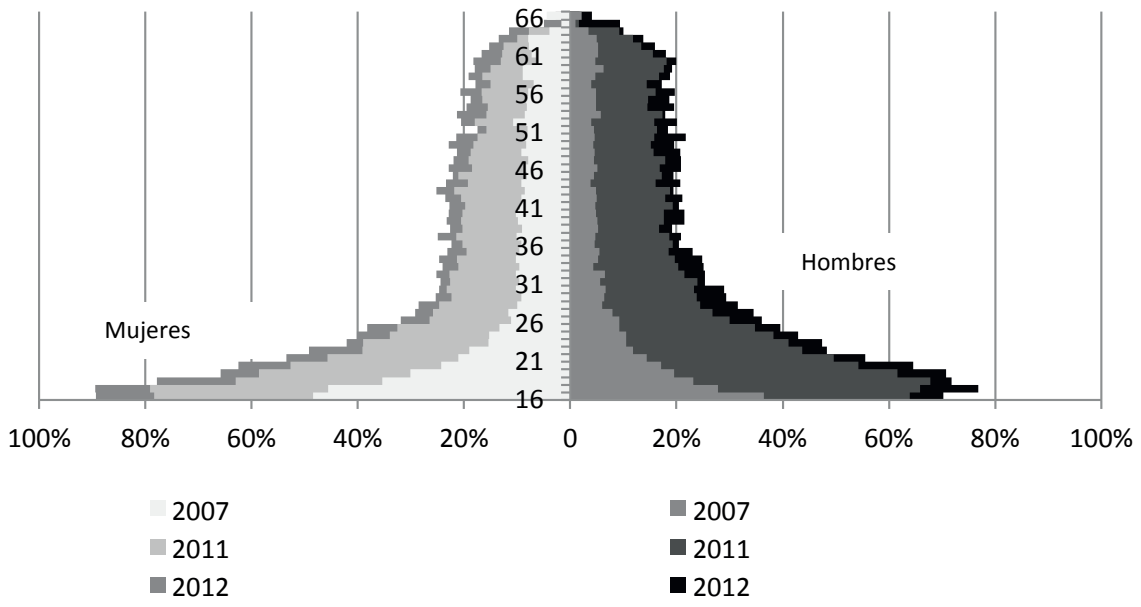
4. ¿EXISTEN RESPUESTAS EFECTIVAS AL DESEMPLEO JUVENIL?: PERSEVERANDO EN LA REFORMA (FRACASADA) DE LOS CONTRATOS FORMATIVOS

No es necesario recordar la lacra del desempleo juvenil en nuestro país. La tasa de paro entre los menores de 25 años en España supera el 55,13%, un nivel desconocido desde que hay estadísticas comparables. Esto significa que uno de cada dos jóvenes no tiene trabajo. superando en más de 40 puntos a países como Austria, Alemania y Holanda (con tasas en torno al 5%) y nos sitúa en tasas próximas a Estonia, Lituania y Grecia (que rondan el 37%). La tasa de desempleo juvenil española es tres veces mayor que la de Dinamarca, cuatro veces y media la de Alemania, cinco veces la de Austria y Holanda, y dieciocho puntos mayor que la de Francia. De los datos aportados por la EPA se desprende que el desempleo se concentra en aquéllos jóvenes que tienen escasa formación, muchos de ellos, simplemente, con la Educación Primaria terminada. El 31,2% de la población menor de 24 años no logra finalizar los estudios relativos a la educación secundaria obligatoria, lo que nos sitúa como el tercer país por la cola en fracaso escolar, con unos datos que duplican los de la media europea. El alto porcentaje de jóvenes que abandonan prematuramente los estudios sigue creciendo frente a la tendencia decreciente de la mayor parte de los estados miembros de la Unión Europea.

Una de las medidas adoptadas para favorecer la inserción de los jóvenes han sido los denominados contratos formativos. A pesar de las numerosas reformas que los mismos han vivido a lo largo de los últimos años, los resultandos siguen siendo frustrantes. Pese a ello, la Ley 3/2012 modifica por cuarta vez en menos de dos años el contrato para la formación y el aprendizaje. La reforma laboral persevera en el error al conservar el tipo contractual y lo define desde una dudosa transitoriedad, al establecer que, hasta que la tasa de desempleo se sitúe por debajo del 15 %, podrán seguirse realizando contratos para la formación y el aprendizaje con trabajadores menores de 30 años (DT 9 Ley 3/2012). Desbordamiento del ámbito subjetivo tradicional de esta modalidad contractual que encuentra su razón de ser, entre otras razones, en los negativos efectos que produjo la expansión del sector de la construcción.

Pero nuevamente la cuestión a resolver es: ¿es esta la solución a los problemas de desempleo juvenil? Los mismos tienen causas multidimensionales y multisectoriales. Las respuestas deben ser, por tanto, también múltiples.

Gráfico 3: Tasa de desempleo por sexo y edad



Fuente: Elaboración propia a partir de microdatos de la EPA

Una posible propuesta realizada desde diversos sectores sería la de suprimir los actuales contratos en prácticas y para la formación (una reciente propuesta del PSOE, propone la denominación de *contrato de empleo y aprendizaje*), para unificarlos en un nuevo contrato de trabajo con un doble objetivo, formativo y de creación de empleo (para una población de entre 16 y 30 años). Dicho contrato podría tener una duración máxima de tres años, tras los cuales debería convertirse en indefinido, con un periodo de prueba de hasta 6 meses. Para incentivar más su uso por parte de las empresas, se podrían arbitrar reducciones totales de las cuotas de Seguridad Social para el primer año de su celebración, sin dejar por ello los trabajadores de estar amparados bajo el sistema ordinario de protección social, como se ha hecho en el caso de Turquía donde se ha establecido la reducción permanente de las cotizaciones sociales del empleador durante los primeros cinco años de empleo para las nuevas contrataciones de mujeres desempleadas y jóvenes (de 18-29 años). El salario (inicialmente con referencia al SMI) tendría que ir incrementándose anualmente (al modelo de los sistemas convencionales de salarios de ingreso) para hacerlo converger con la remuneración del puesto de trabajo ocupado. Y finalmente, la formación debería propiciarse sobre todo para aquéllos empleados con menor cualificación.

En este contexto, debiera apostarse decididamente por los modelos de formación profesional dual. El RD 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje ha establecido las bases de la formación profesional dual; trata de corregir esta tradicional carencia, articulando las bases para la implantación progresiva de la formación profesional dual en España, entendida como el «conjunto de acciones e iniciativas formativas que tienen por objeto la cualificación profesional de las personas, combinando los procesos de enseñanza y aprendizaje en la empresa y en el centro de formación» (Al respecto, Nieto Rojas, 2013). La formación profesional dual es el sistema de formación profesional mayoritario en la República Federal Alemana, Austria, Suiza (cantones de lengua alemana) y Dinamarca. La misma se desarrolla en el ámbito de los sectores secundarios industriales con herramientas y procesos reales, lo que permite una transición más

fácil al mercado de trabajo dentro de la propia empresa en la que se ha realizado la formación. La formación así recibida por los alumnos está muy ligada al mercado de trabajo de cada territorio, lo que favorece la integración laboral. Es evidente que los modelos formativos no pueden construirse de espalda a las realidades y efectivas necesidades empresariales.

El desarrollo del sector de la construcción en nuestro país se caracterizó por una demanda de trabajo de baja cualificación, con predominio de trabajadores manuales (trabajares no cualificados, operadores de instalación y trabajadores manuales cualificados), que representaban a casi el 90% del total. Ello supuso el abandono prematuro, en muchos casos, del sistema educativo, con el resultado de que, en la actualidad, muchos de estos trabajadores se encuentran sin empleo y sin cualificación. Ello explica que junto a jóvenes desempleados cuyo principal problema es la carencia de una cualificación adecuada para ocupar puestos de trabajo de calidad, exista otro colectivo de jóvenes con titulación o próximos a obtenerla, suficientemente formados, que tienen entre 20 y 29 años, que están desempleados y que bien no han tenido un empleo anterior o bien el que han tenido es un empleo precario, para el que no son necesarios los estudios realizados por estos jóvenes.

El Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo —enmarcado en la «Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016»— ha incorporado, recientemente, diversas medidas de distinto signo dirigidas a estimular la contratación de los jóvenes hasta que la tasa de paro se sitúe por debajo del 15%. La real efectividad de dichas medidas es algo que solo el tiempo podrá desvelar (Suarez Corujo, 2013).

No obstante, las anteriores medidas deberían complementarse con otras dirigidas al desarrollo de Programas de Primera Experiencia Profesional que pudieran encontrar diversas formulaciones a través de programas estatales de orientación curricular previos a la edad de inserción en el mercado de trabajo; programas locales y autonómicos de asesoramiento individualizado de orientación para jóvenes desempleados, o, en fin, programas para jóvenes desempleados que no hayan completado la escolaridad obligatoria o carezcan de titulación profesional.

Por lo que se refiere a los Programas locales y autonómicos de asesoramiento individualizado de orientación para jóvenes desempleados, se observa en todos los países de la UE una clara tendencia a individualizar la atención prestada a las personas en situación de desempleo. Dichos programas cuentan con numerosas experiencias y varían considerablemente de unos países a otros, tanto en su naturaleza como en sus modalidades de aplicación. Así, por lo que se refiere a su naturaleza, en algunos constituye simplemente un instrumento que facilita el análisis de necesidades y la organización de las medidas aplicables. En cuanto a las modalidades de aplicación, las diferencias estriban, sobre todo, en las condiciones de acceso al plan individual. En unos casos, lo reservan a colectivos muy concretos (a los jóvenes, o a los desempleados de larga duración) o a colectivos que presentan particulares dificultades de inserción.

Especial interés tendría, asimismo, el desarrollo de programas para jóvenes desempleados que no hayan completado la escolaridad obligatoria o carezcan de titulación profesional. En este campo se precisa un enorme esfuerzo, con políticas activas de empleo centradas en jóvenes en riesgo de exclusión social o en paro de larga duración. El Programa debe contener una orientación profesional, el autoempleo y la alternancia de empleo en trabajos de necesidad pública cercanos al lugar dónde se habita, siendo la finalidad formativa secundaria aunque importante, para la consecución de la principal, que es la inserción social y laboral. Igualmente, cabría incluir programas de activación inmediata para determinados desempleados entre 18 y 19 años de edad. La activación inmediata o acelerada se ha convertido en algo común, especialmente para los desempleados más jóvenes.

Finalmente, el uso de las redes sociales puede convertirse en un eficaz instrumento para la formación e información de los jóvenes. Es importante proporcionar un acceso más fácil de los y las jóvenes a una información asequible, innovadora e incentivadora sobre el mercado de trabajo y a un apoyo hacia la orientación profesional, a través de estructuras de la educación formal y no formal. Como en el caso de Suecia, debería incentivarse por los organismos públicos la creación de clubes de empleo (*Jobclubs*) en Internet: reuniones virtuales con preparadores laborales, conversaciones con empleadores, textos de orientación en línea, etc.

5. EMPLEO Y EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL COMO AGENCIAS GLOBALES DE EMPLEO: ¿OTROS POSIBLES MODELOS?

La insuficiencia de los sistemas públicos para hacer frente a las nuevas necesidades es una realidad: de los algo más de 13.3 millones de colocaciones que hubo el año pasado en España, apenas 241.529 se realizaron vía SPEE (es decir, un 1,8% del total). La reforma laboral apuesta por las Empresas de Trabajo Temporal como un instrumento institucional más que facilite la intermediación en el mercado de trabajo. La experiencia, profesionalidad, dispersión territorial, infraestructuras de que disponen en estos momentos las ETT pueden ser, de este modo, aprovechadas por los Servicios Públicos de Empleo en unos momentos tan importantes en la gestión de oferta y demanda de empleo. Para ello, las ETT evolucionan hacia la figura reconocida en el derecho comparado como Agencias Globales de Empleo, entidades autorizadas de manera exclusiva en la relación triangular de cesión legal de trabajadores de manera temporal, pero también autorizadas para poder realizar actividades de selección, orientación y formación para todo tipo de contratos.

Cuestión constantemente reclamada por las ETT es la flexibilización de la oferta de contratación temporal, dado que, en la actualidad, ésta es la misma para todas las empresas. Se reclama por éstas entidades que pueden operar como instrumento de flexibilización de algunos de estos tipos contractuales, dado que las mismas ofrecen mayores garantías. Dejando al margen posibles reformas del modelo de contratación existente en nuestro país, la adopción de un modelo similar al holandés podría incorporar importantes dosis de flexibilidad en esta materia.

La solución holandesa es imaginativa y trata de construir una suerte de contratos trampolín para jóvenes, con el objetivo de que los mismos adquirieran formación práctica que, permitiendo la conciliación de la vida familiar y personal, compatibilicen estudios y trabajo. También aportan flexibilidad interna las empresas en momentos puntuales e importantes garantías para los trabajadores.

La norma holandesa establece un vínculo contractual entre el trabajador y la ETT dividido en tres fases: *Fase A:* Hasta un mínimo de 26 semanas (lo que ha sido extendido hasta 78 por el Convenio más importante del sector de agencias); el contrato puede finalizarse por parte de la empresa usuaria en cualquier momento. La mecánica es la siguiente: cualquier intervalo obliga a iniciar el cómputo otra vez; y basta con trabajar una sola hora en una semana para que se considere la semana trabajada. En caso de enfermedad del trabajador, la agencia no está obligada a continuar pagando el salario, aunque sí a complementar la prestación recibida por el trabajador hasta el 91% de su salario por ese período de 26 (caso mínimo) 78 (caso máximo). Durante las primeras 26 semanas de duración de la relación laboral, la empresa de trabajo temporal no tiene derecho a terminar el contrato, aunque la empresa usuaria decida hacerlo. Si el trabajo cesa durante el tiempo del contrato, la agencia tiene la obligación de buscar un trabajo alternativo al trabajador con el mismo salario y remuneración equivalente. *Fase B:* Comienza al acabar la fase A. El período máximo de duración de esta fase es de

2 años. En esta etapa, el trabajador debe estar contratado por contratos de duración determinada y puede encadenar un máximo de 8 contratos. Si la ruptura entre contratos ha durado más de 13 semanas pero menos de 26, la fase B comienza otra vez. Aun en el caso de que la empresa usuaria decida rescindir uno de los contratos antes de que éste termine, la agencia está obligada a pagar su salario por el tiempo restante de dicho contrato y, en caso de enfermedad del trabajador, la agencia continuará pagando su salario al 100% hasta el final del contrato. *Fase C:* Una vez cumplidas las fases A y B, el trabajador comienza automáticamente la fase C, que implica un contrato indefinido entre el trabajador y la agencia, con todos los derechos de cualquier trabajador fijo.

6. LA CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL: UNA REFORMA TODAVÍA PENDIENTE

Conforme a los últimos datos disponibles, existen a lo largo de la Unión Europea diferencias muy notables en cuanto al uso de esta forma de trabajo. La tasa comunitaria de trabajo a tiempo parcial se sitúa en un 19% (un 22% para los estados que integraban la Unión de 15 países antes de las sucesivas ampliaciones realizadas entre 2004 y 2007, a los que en adelante nos referiremos como UE-15, en contraposición a la UE-27 o simplemente UE), levemente por encima de los niveles en los que se encontraba en 2006, lo que confirma el análisis de la OCDE acerca del incremento del peso de esta clase de trabajo y aporta una primera intuición acerca de la utilización de esta figura durante los años de crisis: la limitación de la jornada lo convierte en una figura atractiva en momentos de zozobra económica.

La reforma del contrato a tiempo parcial sigue siendo una cuestión pendiente dado el limitado uso de esta institución en comparación con otras realidades europeas. El ligero repunte en el uso de este contrato que se aprecia en los últimos años no ha animado al legislador a efectuar una franca y abierta apuesta por él. La Ley 3/2012, pese a la declaración de intenciones que realiza en su Preámbulo (al afirmar que «el trabajo a tiempo parcial constituye una de las asignaturas pendientes de nuestro mercado de trabajo»), se limita a permitir que los trabajadores a tiempo parcial puedan realizar horas extraordinarias. Sin necesidad de incorporar a nuestro país los cuestionables *mini* y *midi jobs* alemanes (según los datos de la Agencia Federal de Empleo, en junio de 2011, representaban 7, 3 millones), tal opción debería pasar por la simplificación del modelo actual que resultaría, sin duda, muy útil a la hora de generalizar su uso.

El régimen jurídico del contrato a tiempo parcial se ha venido elaborando a lo largo de múltiples normas, no siempre con la misma finalidad, y presenta hoy una estructura demasiado compleja. La nueva regulación debe aspirar a ser sencilla de comprender, útil para el empresario que quiere contratar bajo un régimen flexible de tiempo y atractivo tanto para un trabajador que tiene otras necesidades ajenas al trabajo (formación, conciliación…) como para el que desearía trabajar más horas. La reelaboración de esta figura contractual podría pasar por la construcción de un contrato a tiempo parcial «flexiseguro». El mismo podría fundamentarse en el reforzamiento de la flexibilidad de las reglas laborales de organización del tiempo de trabajo a través del establecimiento de un modelo de contrato de trabajo a tiempo parcial variable según necesidad de la empresa que centrara su actuación en el empleo de los jóvenes pero sometido a un régimen reforzado de protección social que evitase que los trabajadores se vieran penalizados en la construcción de sus carreras de seguro.

Es necesario articular un contrato a tiempo parcial con amplios márgenes de disponibilidad y variabilidad empresarial en la concreción de horarios. Las partes contratantes tendrían, por concurrencia de voluntades, un contrato, sobre la nueva definición legal, con horario incierto y un margen de disponibilidad a cargo de la empresa. Se plantea, con las debidas garantías, la introducción de un tipo de con-

trato a tiempo parcial a llamada, como existe en otros países europeos, donde el trabajador pacta una serie de horas que ejecuta cuando le solicita la empresa sin apenas preaviso sobre un módulo razonable, semanal o diario.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado sobre el contrato a llamada en la Sentencia de 12 de octubre de 2004, Asunto *Wippel.* En la misma rechaza el Tribunal comunitario la aplicación de la normativa sobre el principio de no discriminación entre el trabajador a tiempo completo y a tiempo parcial porque el trabajador a tiempo completo no es comparable con el trabajador a llamada. Este nuevo tipo de empleo —indica el Tribunal de la Unión Europea— tiene un objeto y causa diversa del contrato a tiempo completo o parcial. De lo que se deduce que un contrato de trabajo a tiempo parcial en función de las necesidades que no establece ni la duración de la jornada semanal ni la distribución del tiempo de trabajo, no constituye un trato menos favorable en el sentido de la normativa comunitaria ni una discriminación indirecta en el sentido de los artículos 2, apartado 1, y 5, apartado 1, de la Directiva 76/207.

Si analizamos las regulaciones nacionales, el trabajo a llamada se entiende y regula de forma distinta en los países. Mientras en algunos países la atención parece centrarse en que se trata de una parte adicional o integral de un trabajo normal, en otros, como Bélgica, Italia y Noruega, el trabajo a llamada se configura como una forma de contrato en sí misma, a menudo para tiempos breves o bastante ocasionales. En términos similares, los Países Bajos tienen formas específicas de contratos de llamada de corta duración conocidos como min/max y zero hours contracts. En otros, como Suecia, *on-call working* está ampliamente extendido, a pesar de que no hay una específica regulación sobre ello. En Reino Unido, aunque hay un uso extendido, no hay una definición legal de «*zero hours contracts*». A tenor de las experiencias existentes en otros países europeos en esta materia, podría construirse este tipo de contrato a tiempo parcial de las siguientes características:

En primer lugar, el sistema de trabajo a llamada se define como aquella situación en la que el empleado es requerido a presentarse en el lugar de trabajo y estar disponible todas las veces que sea llamado a trabajar.

En segundo término, su régimen de funcionamiento podría basarse en el sistema de llamada distinguiendo dos posibles pactos no excluyentes de obligatoriedad y de voluntariedad en función de que el trabajador esté obligado o no a responder a la llamada del empresario. En el caso de la existencia de un pacto de obligatoriedad podría establecerse una compensación económica mensual por el compromiso de disponibilidad equivalente a un determinado porcentaje por ejemplo del Convenio Colectivo aplicable. En Italia, el trabajador tiene derecho a la compensación por disponibilidad que no puede ser inferior al 20% de la retribución prevista en el Convenio Colectivo nacional de aplicación.

En tercer lugar, en el caso que se pacte la obligatoriedad el trabajador deberá acudir necesariamente a la llamada del empleador, realizada con un preaviso de 24 horas (como ocurre en Italia. En Alemania el preaviso es de cuatro días).

El tiempo de trabajo incluye la semana y el día. Si el tiempo de trabajo no está fijado, la norma podría proporcionar un número de 10 horas a la semana y en el caso del tiempo de trabajo diario, se fijan 3 horas al día (Alemania, Bélgica). En estos casos, la jornada podría prolongarse de forma diaria y semanal hasta 12 y 60 horas respectivamente, siempre que así se contemplara en convenio colectivo o en el contrato de trabajo (como ocurre en el modelo austriaco).

El contrato deberá formalizarse por escrito identificando los siguientes elementos (como requiere la legislación italiana): a) Indicación de la duración; b) Las modalidades de la disponibilidad, eventualmente garantizada por el trabajador, y del preaviso de llamada del trabajador que, en cualquier caso, no podrá ser inferior a un día hábil; c) El tratamiento económico y normativo y la correspondiente

compensación de disponibilidad; d) Indicación de la forma y modalidad a través de la cual el empresario está legitimado a requerir la ejecución de la prestación de trabajo así como las modalidades de la prestación; e) Los tiempos y las modalidades de pago de la retribución y de la compensación de disponibilidad; y, f) Las eventuales medidas de seguridad necesarias en relación al tipo de actividad. El empresario está también obligado a informar con periodicidad anual a la representación de los trabajadores sobre la evolución del recurso a este tipo de contrato.

Pero la reforma del contrato a tiempo parcial, debería contemplar cambios también en materia de protección social, incorporando, entre otros, la supresión de la injustificada penalización de la cotización por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial con contrato de duración determinada; la eliminación de la confusa distinción entre trabajadores fijos periódicos y fijos discontinuos y, dadas las particularidades que plantea, articular una regulación específica en materia de protección social para los trabajadores de temporada que asegure; y, en fin, equiparar, a efectos de protección social, a los trabajadores con jornada reducida por guarda legal y a los trabajadores a tiempo parcial que asumen idénticas responsabilidades familiares. Partir de una visión secuencial y no estática de la vida laboral del beneficiario de forma que los mecanismos de corrección previstos para los trabajadores a tiempo parcial no tomen como referente la jornada acordada en último término, sino la jornada realizada de promedio durante todo el período computable, en línea con la modificación legislativa que ha introducido el RDL 20/2012, de 13 de julio, en el art. 211.3 LGSS.

7. REFORMA DE LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO

España ocupa una posición intermedia en cuanto a gasto en formación, ligeramente incluso por encima de la media de la OCDE. No obstante, la mayor parte de nuestro esfuerzo en políticas activas de empleo se lo llevan los incentivos a la contratación y las políticas pasivas.

De los datos generales se obtienen varias conclusiones. La primera es la necesidad de proceder a una profunda evaluación de las políticas activas españolas. La Disposición Adicional decimoquinta de la Ley 3/2012 parece querer inaugurar esa línea para el futuro al establecer que: «Anualmente, el Gobierno presentará una memoria sobre el gasto, incluido el necesario para la gestión del sistema, y los resultados de las políticas activas en el conjunto del Estado con el objetivo de otorgar mayor transparencia a las políticas de empleo y de formación, al tiempo que contribuye a garantizar la eficacia y eficiencia del gasto en consonancia con los objetivos fijados. En ella, se incluirá un apartado destinado a la evaluación de la mejora de los procedimientos de la modalidad de formación para el empleo de demanda, en cuanto a la reducción de las cargas burocráticas, rigideces del sistema y la incorporación de las pequeñas y medianas empresas». En la actualidad, las mismas apenas si se someten a alguna evaluación rigurosa de su eficacia, de sus costes o de las alternativas disponibles para el logro de unos mejores resultados en términos de los objetivos antes referidos. Es fundamental una gestión profesionalizada que permita poner en correspondencia necesidades del mercado de trabajo y las políticas aplicadas. Se deben analizar las necesidades del mercado de trabajo con el objetivo de planificar las actividades de los servicios públicos a medio plazo. Para todo ello hay que revisar objetivos, prioridades e instrumentos y evaluar resultados al modo en que lo hacen las empresas u otros servicios públicos de empleo.

Una segunda línea de actuación exige reordenar el gasto. Entre las activas, redirigiendo gran parte del esfuerzo presupuestario de los incentivos a la formación. En cuanto a las pasivas, tan pronto como la situación mejore, logrando una mayor conexión con las activas y una relación más equilibrada en el gasto entre unas y otras. Todo ello nos lleva a proponer un mayor desarrollo e integración de esas po-

líticas activas de empleo y, muy en especial, de la formación profesional en todas sus dimensiones contando para ello, además de un mejor engarce con el sistema educativo, con la coordinación de los agentes públicos y privados que han de promoverlas e implementarlas y, a su vez, conectándolas más coherentemente con los momentos de crisis empresariales.

Finalmente, se hace necesario una mayor coordinación entre las administraciones implicadas. El modo en que está configurado el Servicio Público Estatal de Empleo hace que, en ausencia de una buena coordinación, los incentivos de la administración central y las autonómicas no se alineen. En concreto, la administración central financia las políticas de empleo activas y pasivas, mientras que son las CCAA las encargadas de gestionar las activas. Este diseño hace que las CCAA no perciban todos los beneficios de una reducción del paro en la región, ya que es la administración central la que soporta el pago de las prestaciones por desempleo. El resultado de esta no corresponsabilidad fiscal es un aumento de la probabilidad de que las políticas activas se desvíen de los que deberían ser sus objetivos.

8. LA PROMOCIÓN DEL EMPLEO EN LAS PYMES Y MICROEMPRESAS

Las PYMEs suponen el 99,6% del tejido empresarial español, pero los datos de afiliación (Ministerio de Empleo y Seguridad Social) indican que en diciembre de 2012 un 41% de los trabajadores están empleados por empresas de menos de 50 trabajadores y un 58% por empresas de menos de 250. Las micro y pequeñas Empresas cumplen un rol fundamental, pues con su aporte ya sea produciendo y ofertando bienes y servicios, demandando y comprando productos, constituyen un eslabón determinante en el encadenamiento de la actividad económica y la generación de empleo. Por ello, resulta imprescindible realizar diversas actuaciones para favorecer el empleo, la productividad y la competitividad para las PYMES. Varias son las líneas de actuación en esta materia.

En primer lugar, la regulación de la formación profesional incide notablemente sobre las características de la fuerza de trabajo ofertada y, por tanto, puede estimular las estrategias competitivas basadas en calidad o innovación. Aquí sí que hay peculiaridades de las pequeñas empresas, porque en estas unidades la formación profesional sigue unas dinámicas concretas (informales, formación en el puesto de trabajo) y existen dificultades particulares (dificultades de reclutamiento, de intermediación para encontrar trabajadores formados, dificultades económicas u organizativas para asumir la formación). La cuestión es estudiar el desarrollo de modelos adaptados de formación profesional más adecuados a las pequeñas empresas. Este tipo de actuaciones resulta más importante si tenemos en cuenta que una de las críticas al modelo de formación profesional dual que analizábamos páginas atrás es, precisamente, la reducida dimensión de nuestras empresas.

Una segunda línea de reflexión debería venir de la mano de la necesidad de que las PYMEs mancomunaran sus esfuerzos a través de la actuación en grupos (*clusters*), dirigidas a reducir los costes de acción y conseguir mejoras que no serían posibles individualmente. Es conveniente trabajar con las PYME a escala regional y local, por la fuerte identificación que tienen con la región donde están ubicadas y ello a través de agrupaciones y sectores industriales con un lenguaje y terminología apropiados. La fórmula para poder hacer frente a esas necesidades es, ciertamente, la agrupación de intereses y la integración de sinergias a través de la actuación mancomunada de las PYMES. Existen numerosas experiencias españolas y comparadas en esta materia vinculadas con el desarrollo de políticas de responsabilidad social.

Por otra parte, son diversas las previsiones que se encuentran en nuestra regulación que, con el ánimo de favorecer a la pequeña empresa, eximen a ésta de determinadas obligacio-

nes. Sin embargo, estas disposiciones pueden volverse en contra de su objetivo, pues pueden convertirse en una penalización a las empresas que crecen. De esta forma, el pequeño o mediano empresario renunciará a crear un puesto de trabajo y a fortalecer su estructura productiva por evitar los costes (directos o indirectos, efectivos o potenciales) de superar con su plantilla un determinado umbral. Las microempresas, al crecer, inmediatamente comienzan a soportar pesadas cargas impositivas y burocráticas.

De igual modo, la fragmentación de la pequeña empresa española es, en gran parte, una respuesta adaptativa a las restricciones regulatorias de las relaciones laborales: simplemente, los agentes económicos evitan la ineficiencia de las leyes laborales contratando relaciones en esencia laborales mediante fórmulas de derecho mercantil. En este sentido, se detecta en general un apoyo notable desde las distintas administraciones al fomento del empleo autónomo, no siempre dirigido a la creación de empresas con alto valor añadido (y consecuentemente con potencial de generar nuevos puestos de trabajo), sino como un simple mecanismo de lucha contra el desempleo. Ello puede generar un excesivo número de microempresas dedicadas a negocios poco innovadores y no generadores de empleo. Lo anterior requeriría un análisis en profundidad de la normativa existente que valorase el uso de criterios que estableciesen regímenes jurídicos diferenciados en función de la dimensión de la empresa.

Por todo ello, se hace necesario reflexionar sobre el sentido y alcance del desarrollo de las políticas de autoempleo de jóvenes emprendedores. Entre las medidas que manejan se sitúan aquellas destinada a impulsar el autoempleo de menores de 30 años que se den de alta como autónomos. Para ello se ha propuesto que abonen una cotización de 50 euros al mes, una cuota mucho menor que la más baja que se paga ahora, de unos 250 euros. A ello se añadiría, una vez transcurrido este periodo, que los jóvenes autónomos disfrutaran de una rebaja de sus cotizaciones de hasta el 30% durante los siguientes 24 meses. Este tipo de propuestas deben valorarse positivamente pero sería importante reflexionar sobre los precisos objetivos que se pretenden conseguir con ellas. No es seguro que esa tarifa plana de cotizaciones a la Seguridad Social por un semestre anime a los jóvenes a asumir riesgos y poner en marcha iniciativas empresariales pero, además, el objetivo no debe ser solo convertir en autónomos a los actuales desempleados sino trazar líneas de futuro que permitieran, progresivamente, rediseñar y modernizar nuestro decrépito tejido productivo. El tejido empresarial de mañana depende de la creación de empresas hoy.

9. CONSERVACIÓN DEL EMPLEO Y MAYOR PRODUCTIVIDAD: LA FUNCIÓN DE LA FLEXIBILIDAD INTERNA

Desde el punto de vista técnico, la productividad es una relación entre la producción obtenida y los recursos utilizados. La citada ecuación trata de determinar la resultante entre la producción obtenida y el conjunto de factores que han sido necesarios para obtenerla. Cuando se refiere al trabajo (pues también es posible hablar de la productividad del capital) económicamente se define como la relación entre los resultados obtenidos (bienes, productos o servicios) y el tiempo de trabajo utilizado en su producción. Así, la productividad es una buena medida de la eficiencia en el uso de los recursos, que se obtiene como una sencilla división de lo producido entre las horas de trabajo, normalmente el número de horas efectivamente trabajadas, que han sido necesarias para alcanzar tal producción.

La productividad depende de muchos factores, algunos de los cuales operan en el corto y otros en el largo plazo. A título de ejemplo, y sin ánimo de exhaustividad, pueden citarse la calidad del trabajo, la formación de los empleados —esencial a la hora de mejorar la productividad—, la cantidad de capital físico, la eficiencia, el progreso tecnológico o la incor-

poración de nuevas tecnologías. Por otra parte, no pueden olvidarse aquellos aspectos de la relación de trabajo ajenos a las cualidades del trabajador, como pueden ser los factores institucionales o culturales, el ambiente en general en que se desarrolla la actividad laboral u otros aspectos de esta índole, que necesariamente influyen en que la actividad de los trabajadores sea más eficiente.

Un análisis de las cifras ofrecidas por las estadísticas oficiales muestra, a simple vista, que, en términos generales, la productividad en nuestro país se encuentra en niveles bajos en relación a nuestro entorno. Lo cierto es que, a lo largo de los últimos años, en relación con la media del resto de los países de la Unión Europea, nuestra productividad es significativamente más baja, lo que hace, evidentemente, que se produzca ese efecto de pérdida progresiva de competitividad de nuestro país y en cierto modo una falta de aprovechamiento del potencial de nuestros recursos en relación con los de otros países de nuestro entorno.

No obstante, debe advertirse que los datos sobre productividad deben ser tomados con precaución. En los últimos tiempos se aprecia un incremento de la productividad en relación con nuestro entorno. La misma resulta, cuando menos, sospechosa, pues probablemente está derivando precisamente de ese decrecimiento del empleo. La caída del empleo, la pérdida de puestos de trabajo en sectores de baja cualificación (esencialmente la construcción), y la destrucción de puestos de trabajo derivada de la terminación de contratos temporales, es decir, la salida del mercado de trabajo de quienes menos productivos eran, produce un efecto estadístico engañoso. Este espejismo de mejora de la productividad obedece, por tanto, a la actual situación de crisis económica y a esa concentración de la actividad económica y de la actividad productiva en sectores de población trabajadora que tienen unos niveles de cualificación superior.

La puesta en relación de estos criterios generales con la economía española debe conducir a determinar cuáles de estos elementos son los que están suponiendo o han supuesto una rémora para la mejora de la productividad. Aún a falta de estudios precisos y específicos sobre la materia, puede apuntarse como aspecto esencial la falta de calidad del trabajo y de la mano de obra, que, en muchos casos, es poco cualificada. La cualificación es un elemento que afecta decididamente a la productividad y en España el desarrollo del empleo extensivo en conocimiento tiene limitaciones de desarrollo, la ausencia del desarrollo de las nuevas tecnologías y la falta de inversión en I+D es otro dato que también influye en este resultado. Otro factor que generalmente también se considera que opera sobre la reducción de la productividad es la existencia de una cierta lógica de primar la cantidad de trabajo sobre la calidad y, en ese sentido, la cultura presencialista. Se trata de una idea general y que opera en las políticas de conciliación como una idea recurrente: en España se trabajan muchas horas pero esas horas no son lo suficientemente productivas. Nuestro modelo productivo es extensivo a la hora de realizar actividades pero no intensivo en cuanto a sus resultados.

Nuestro marco de regulación ha propiciado un modelo de relaciones laborales dotado de notable rigidez que ha tenido como consecuencia que la adaptación a las nuevas circunstancias económicas no se haya producido a través de otras medidas que sí se han desarrollado en otros países, más relacionadas con la flexibilidad interna (adaptación de jornada, de salario, movilidad funcional, etc.). El preámbulo o exposición de motivos del Ley 3/2012 menciona e incluye el «escaso desarrollo de las posibilidades de flexibilidad interna en las empresas que ofrece la legislación actual» entre las «debilidades de nuestro modelo de relaciones laborales», modelo cuya «insostenibilidad económica y social» ha puesto en «evidencia» la crisis económica. Para la exposición de motivos, el «objetivo general» de la misma es el de «configurar instrumentos que permitan a las empresas mejorar su competitividad, salvaguardando los derechos de los trabajadores y facilitando de modo especial el mantenimiento de sus puestos de trabajo». El desarrollo de medidas que favorezcan la flexibilidad interna

constituye una garantía de conservación de empleo y un instrumento que favorece la empleabilidad. La finalidad de la reforma es clara y el propio rótulo del título de medidas concibe la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la «destrucción» de empleo.

10. EL DIQUE DE CONTENCIÓN: SUSPENSIÓN Y REDUCCIÓN DE JORNADA COMO INSTRUMENTOS DE SUSTENTACIÓN DEL EMPLEO

Nuestro país ha seguido con éxito los pasos del modelo alemán a la hora de responder con suspensiones o reducciones de jornada a las situaciones de crisis empresarial. En el citado ordenamiento, el *Kurzarbeit* consiste en una reducción de la jornada ordinaria de trabajo, motivada por una disminución del volumen de trabajo; reducción que puede ser completa o parcial y durante este período el trabajador recibe un subsidio estatal (*Kurzarbeitergeld*). Este modelo, que vio la luz con el RDL 2/2009, de 6 de marzo, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento de empleo y la protección de las personas desempleadas, y ha sido posteriormente adaptado por la sucesivas reformas normativas producidas, ha supuesto un importante impulso a los expedientes de suspensión y de reducción de jornada frente a los extintivos, lo que ha permitido salvar un importante número de empleos (González Ortega, 2010). La reforma laboral del 2012 recoge esta positiva tradición y continúa apostando por este sistema prolongando las medidas de apoyo a través de bonificaciones de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes y la reposición de las prestaciones por desempleo en los casos de suspensión y reducción de jornada.

Aunque en los últimos tiempos se habían cernido dudas importantes sobre su continuidad, el Real Decreto-ley 1/2013, de 25 de enero, por el que se prorroga el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo y se adoptan otras medidas urgentes para el empleo y la protección social de las personas desempleadas procede a establecer nuevos límites temporales que amplían su plazo de aplicación ampliando del llamado derecho de reposición de la prestación para los trabajadores a los que se les haya suspendido o reducido la jornada hasta el 31 de diciembre de 2013 y cuyo despido se produzca hasta el 31 de diciembre de 2014. Esta nueva ampliación, tiene, una vez más, como finalidad continuar favoreciendo la adopción de medidas temporales de regulación de empleo, al no penalizar el consumo de la prestación por desempleo de los trabajadores, que queda reservada para el futuro con los límites que la norma contempla. En línea con los objetivos de la reforma del mercado de trabajo, se sigue de esta manera favoreciendo la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo. Cabe preguntarse qué efecto puede producir en el futuro la retirada de este tipo de medidas no sólo por la desprotección de los trabajadores, sino por la inseguridad jurídica que creaba, al afectar a trabajadores de empresas que pudieron tomar esas decisiones pensando en que las prestaciones se repondrían.

Si tiene razón Lahera (2012) y las empresas recurren a la suspensión/reducción como una medida previa al despido, con el efecto de socializar el riesgo empresarial y como una falsa transición a extinciones posteriores de los contratos de trabajo, el futuro puede resultar incierto. Por ello, aunque el atractivo de estos instrumentos es indudable, ya que prometen mantener el empleo y el capital humano de los trabajadores intacto con un coste presupuestario potencialmente reducido, lo cierto es que conviene ir reflexionando sobre nuevas alternativas y programas.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. (2012), *La reforma del régimen del despido por la vía de la reducción de sus costes*, RDS, nº 57, págs. 199 a 208.

GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P. (2012), *Propuestas Regulatorias del Mercado de Trabajo Español en el Contexto de una Economía Global*, Comunicación a la sesión *Los Problemas del Mercado de Trabajo Español* en el SASE 24th Annual Conference,»*Global Shifts: Implications for Business, Government and Labour*», celebrado en Massachusetts Institute of Technology, Cambridge, 29 de junio.

GOERLICH PESET, J.M. (2010), *La contratación temporal en la Reforma Laboral de 2010*, en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., MERCADER UGUINA, J.R. (coords.), *La Reforma del Mercado de Trabajo*, Lex Nova, Valladolid, págs. 45 a 62.

GÓMEZ ABELLEIRA, F. J. (2012), *Medidas para favorecer el empleo estable: El contrato de apoyo a los emprendedores y la recuperación de la conversión en indefinido por reiteración de contratos temporales*, en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., MERCADER UGUINA, J.R. (coords.) *La Regulación del Mercado Laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-ley 20/2012*, Lex Nova, Valladolid, págs. 62 a 91.

GÓMEZ ABELLEIRA, F. (2013), *La contratación laboral temporal: balance y perspectivas*, en GÓMEZ ABELLEIRA, F.J. (Coord.), *Los efectos de la temporalidad más allá del mercado de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, (en prensa).

GONZÁLEZ ORTEGA, S. (2010), «*La fascinación por los modelos o el «kurzarbeit» a la española*», en MERCADER UGUINA, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (coords.) *La reforma del mercado de trabajo: Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Lex Nova, Valladolid, 2010, págs. 211 a 244.

MERCADER UGUINA, J.R. (2012a), *Medidas de desesperadas de lucha contra el desempleo: el Real Decreto Ley 10/2011, de agosto y los ajustes al mismo por el Real Decreto Ley 14/2011, de 16 de septiembre*, Relaciones Laborales, nº 2, págs. 63 a 87

MERCADER UGUINA, J.R. (2012b), *La reforma laboral del 2012: la inquietud atraviesa el rio*, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, nº 29, págs. 24 a 37.

PÉREZ DEL PRADO, DANIEL (2010), *Los instrumentos económicos de fomento del empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia.

LAHERA FORTEZA, J.(2012), *Nuevas perspectivas en materia de suspensión del contrato del trabajo y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción*, en THIBAULT ALONSO, X. (Dir.), *La reforma laboral de 2012: nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo,* Madrid, La Ley, págs. 301 a 340.

NIETO ROJAS, P. (2013), *La formación dual como política activa de empleo. La escasa empleabilidad de los jóvenes sin cualificación como telón de fondo*, Justicia Laboral, nº 53 (en prensa).

SUAREZ CORUJO, B. (2013), *Reformas en la regulación del contrato para la formación y el aprendizaje. el plan de empleo juvenil y emprendimiento, en García-Perrote, I., Mercader Uguina, J.R. (Coord.), La aplicación práctica de la reforma laboral. Un estudio de Ley 3/2012 y de los Reales Decretos-leyes 4/2013 y 5/2013*, Lex Nova, Valladolid, (en prensa).

VENN, D. (2009), *Legislation, collective bargaining and enforcement: Updating the OECD employment protection indicators*, www.oecd.org/els/workingpapers, 2009.

Fecha recepción: 05/02/2013
Fecha aceptación: 30/04/ 2013

FLEXICURITY IN THE LABOR MARKET REFORM 2012

RESUMEN

Flexiguridad es un concepto generado alrededor del cambio de siglo para describir un modelo de mercado de trabajo de funcionamiento virtuoso, en el que la flexibilidad requerida por las empresas no se contrapone a la seguridad a la que aspiran los trabajadores. Tras el debate suscitado en el ámbito comunitario por este nuevo modelo, la reforma laboral de 2012 lo incorpora al lenguaje normativo. No obstante, aunque «el objetivo es la flexiseguridad», las novedades de 2012 no se adecuan fácilmente al nuevo paradigma. El modelo adoptado deja el objetivo en manos de las empresas sin que, hasta la fecha, los resultados conseguidos encajen en él.

PALABRAS CLAVE

Flexiguridad, flexibilidad, seguridad, mercado de trabajo, reforma laboral

ABSTRACT

Flexicurity is a concept created around the turn of the century to describe a model of labor market with virtuous performance, in which the flexibility required by companies is not opposed to security aspired by workers. Following the discussion in the community level about this new model, the labor reform of 2012 joined this concept into the normative language. Even if «the goal is flexicurity», the reform of 2012 does not fit easily into the new paradigm. The adopted model leaves the objective in the hands of companies without, so far, the results achieved fit in it.

KEYWORDS

Flexicurity, flexibility, security, labor market, labor reform

LA FLEXIGURIDAD EN LA REFORMA LABORAL DE 2012*

José María Goerlich Peset
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia

Sumario: 1. La flexiguridad, un nuevo paradigma. 2. La flexiguridad en España.3. ¿«El objetivo es la flexiseguridad»? A) Una aproximación formal: diálogo social y negociación colectiva. B) El pretendido «equilibrio» de las soluciones. 4. Una valoración de conjunto. Nota bibliográfica.

1. LA FLEXIGURIDAD, UN NUEVO PARADIGMA

Si durante los últimos veinticinco años del siglo XX el debate jurídico-laboral ha girado en torno a la noción de flexibilidad, el inicio del siglo XXI lo ha desplazado a un nuevo concepto: el de flexiguridad. A lo largo de la segunda mitad de la década de los 90, en el marco más amplio de las ciencias sociales y sobre la base de algunas experiencias nacionales, se acuña tal neologismo para dar cuenta de determinados modelos de relaciones laborales en el que la combinación entre los conceptos de flexibilidad y seguridad permite combinar igualmente el razonable crecimiento económico que aquella posibilitaría con una situación también razonable en el mercado de trabajo, en términos de cantidad y calidad del empleo. Las aportaciones de Adriaansens, Wilthagen y otros así como las referencias al modelo danés de relaciones laborales o a iniciativas y reformas introducidas durante la década de los 90 en el sistema holandés son un lugar común entre los estudiosos que se han ocupado de la flexiguridad. Sobre la base de estos planteamientos, a mediados de la década pasada, la Comisión abrió el debate sobre la implementación de políticas de flexiguridad a nivel europeo, mediante la publicación del Libro Verde *Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI* (noviembre, 2006, COM [2006] 708]).

No resulta posible ahora detallar ni los planteamientos previos ni las respuestas a este debate, en el ámbito comunitario o en los foros especializados. A los efectos que aquí interesan basta realizar algunas consideraciones de alcance general respecto a los problemas que intenta resolver el nuevo concepto y el modo en que pretende hacerlo. Por lo que se refiere a los primeros, no son nuevos en modo alguno: arrancan de la situación creada desde mediados de los 70, en sucesivas oleadas de crisis, y de las políticas de flexibilidad laboral desarrolladas para hacerles frente. Éstas han generado como efectos la rotación/alternancia entre empleo y desempleo así como la diversificación

* Este artículo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación UV_INV_PRECOMP 12-80271, «Crisis económica y reformulación de las normas que regulan las relaciones de trabajo».

de la población activa en diferentes grupos; efectos que, al límite, conducen a situaciones de exclusión. La flexiguridad aparece así como una posible solución de los problemas del empleo, sean considerados éstos en términos de cantidad, atendiendo, esto es, a la proporción empleo/desempleo, o de calidad, superando la segmentación en el mercado de trabajo; y en último término busca evitar la exclusión social.

El nuevo paradigma no cuestiona la necesidad de atender a las exigencias de flexibilidad de la empresa en un mundo fuertemente competitivo por acción de fenómenos sobradamente conocidos (globalización, nuevas tecnologías, etc.). Pero el impacto adverso que su atención despliega sobre el funcionamiento del mercado de trabajo se intenta evitar mediante la entrada en juego de la «seguridad». Adviértase que no se alude «rigidez» lo que, en el ámbito ideológico de la flexiguridad, no es mero juego de palabras: la seguridad no se refiere a los puestos de trabajo afectados por la flexibilidad sino a la situación de los trabajadores en el mercado. La seguridad se proyecta, de este modo, sobre las llamadas «transiciones profesionales».

Esta última noción se importa de la teoría de los mercados de trabajo transicionales que no es coincidente con la de la flexiguridad pero que guarda estrechas relaciones con ella. La idea fundamental es que la concepción clásica del plena ha de ser sustituida por una nueva. Si aquella parte de un puesto de trabajo para cada trabajador-varón, durante su vida laboral, el nuevo modelo de pleno empleo se ha de extender a toda la población activa, ha de incluir probablemente menos horas de trabajo y, además, debe posibilitar que estas se distribuyan de forma flexible a lo largo de la vida. En este nuevo contexto, se han de alternar, de forma flexible, períodos de trabajo, o de más o menos trabajo, con otras situaciones vitales, derivadas de eventos externos o de decisiones personales. Se trata de las transiciones profesionales, que no se agotan en el binomio empleo/desempleo, por más que sea la situación más frecuentada y más dramática sino que se extiende a otros pares ordenados de conceptos: educación/empleo, formación/empleo, trabajo subordinado/trabajo autónomo, trabajo/vida familiar, empleo/retiro por incapacidad y, sobre todo, por jubilación. La flexiguridad trata en definitiva de establecer mecanismos que garanticen las indicadas transiciones, permitiendo que se desarrollen ordenadamente, que se superen y que, en ningún caso produzcan un tránsito de los afectados al exterior del sistema, esto es, a la exclusión social.

En este horizonte, las políticas relacionadas con la seguridad sufren una notable ampliación. Se habla de ella hasta en cuatro sentidos diferentes, según se refiera a los puestos de trabajo (*job security*), a los ingresos (*income security*), al empleo (*employment security*) y a las elecciones vitales de carácter personal que adopta el trabajador a lo largo de su vida (*combination security*). Obsérvese que se añaden nuevos elementos a los más tradicionales propios del derecho del trabajo (*job security*) y de la seguridad social (*income security*). Esta ampliación posibilitaría, a diferencia de lo que ocurre en el conflicto entre flexibilidad y rigidez, que flexibilidad y seguridad se combinen de una forma inédita: no entrarían en conflicto sino que se complementarían. El debate tradicional sobre la flexibilidad ha opuesto a las aspiraciones empresariales las conquistas laborales tradicionales, en una relación conflictiva a dos. El relacionado con la flexiguridad desborda este marco. Cambian los «acreedores» de la seguridad —ya no es el concreto trabajador que aspira a conservar su puesto sino el conjunto de los trabajadores que aspiran a ser empleables cuando atraviesen una transición—. También, los «deudores» de seguridad —no son los empresarios a los que limitar sus facultades de contratación o despido sino los poderes públicos, como encargados institucionales del mercado de trabajo en el que se desarrollan las transiciones—. El escenario, en fin, está notablemente cambiado puesto que las soluciones contractuales tienen una importancia limitada siendo lo verdaderamente importante es el gobierno del mercado de trabajo. De esta manera, la flexiguridad posibilita una solución de compromiso armónico, en la que no hay ven-

cedores ni vencidos sino que funciona dentro de una lógica *win to win…*

Con todas las diferencias que se quiera, el debate sobre la flexiguridad comparte, en fin, algunas características del que antaño se desarrollara sobre la flexibilidad. En éste, diferentes planteamientos ideológicos se concretaban en diferentes demandas al sistema jurídico laboral… hasta el punto de que se cuestionó, con notable repercusión en el ámbito doctrinal, si era un debate «interesante» o «interesado» (Rodríguez-Piñero). Esta misma idea se advierte en el que se viene planteando respecto de la flexiguridad. El citado Libro Verde abrió formalmente un debate, pero lo hizo dando por supuesta una concepción sumamente economicista de los problemas que planteaba. Tenía implícita la dependencia de los aspectos jurídicos a la tiranía del mercado y, de alguna manera, la idea de que las normas laborales actúan como obstáculo al crecimiento. Por ello, la adopción de la flexiguridad se movía en una cierta línea, sin considerar otras alternativas. De hecho, buena parte de los comentaristas pusieron sobre el tapete la acusación de que muchas de las catorce cuestiones eran puramente retóricas puesto que se prejuzgaba la respuesta; y criticaron asimismo que se centrara en una consideración estrictamente contractual de la cuestión, dejando al margen los aspectos colectivos. Hasta el punto que el debate se abrió sin contar previamente con la opinión de los agentes sociales a nivel comunitario. No es por todo ello de extrañar que, incluso en este ámbito, importantes instituciones comunitarias fueron igualmente críticas con algunos de los planteamientos del Libro Verde. Destacan en este sentido los Dictámenes emitidos por el Comité Económico y Social Europeo (27 de julio de 2007 y 27 de octubre de 2007); y, sobre todo, la resolución del parlamento europeo *Reforma del Derecho laboral ante los retos del siglo XXI* (11 de julio de 2007). Por todo ello, se ha podido entender que existen cuando menos, dos concepciones ideológicas de la flexiguridad: una, de inspiración neoliberal, que se movería más bien en el terreno del «desmantelamiento» de las instituciones jurídico-laborales; otra, inspirada en la idea del garantismo colectivo, que aspiraría más bien a sumar nuevas soluciones, pero sin introducir más que ligeros retoques en las viejas.

2. LA FLEXIGURIDAD EN ESPAÑA

Por lo que se refiere a España, nuestro ordenamiento no se ha sustraído, por supuesto, a la recepción teórica, pero también normativa, de los planteamientos relacionados con la flexiguridad. Precisamente, la reforma de 2012 da carta de naturaleza a este concepto, incorporándolo al propio texto normativo, en los términos que luego veremos. En las consideraciones que siguen, veremos los principales episodios a través de los que se ha producido esta incorporación. Este análisis resuelta necesario puesto que, con toda probabilidad, la incorporación de los principios de la flexiguridad viene mediatizada por la evolución errática que ha tenido el propio tratamiento de la flexibilidad en nuestro sistema.

Como es sabido, en la década de los 80 el tratamiento de la flexibilidad se ha concentrado en la de entrada. La primera gran reforma estatutaria (Ley 32/1984) «liberalizó» la contratación temporal al eliminar la mayor parte de las trabas al funcionamiento del contrato temporal en fomento del empleo. El resultado fue la radical segmentación del mercado de trabajo. La tasa de temporalidad de nuestro mercado de trabajo fue creciendo, hasta instalarse en porcentajes superiores al 30 %, doblando constantemente la media comunitaria. Por el contrario, la protección de los trabajadores fijos se mantuvo estable con respecto a la dispensada antes de la crisis de los 70.

En el horizonte de los 90, la situación comenzó a cambiar, en atención a los discutibles efectos que un exceso de temporalidad despliega en el sistema económico y en las relaciones laborales en las empresas. Aparte algún otro precedente, fue la reforma de 1994 (Leyes 10 y, sobre todo, 11/1994) supuso un primer y tímido intento de restringir el acceso a los contratos temporales, a la vez que se modernizaba

la disciplina de los contratos fijos en línea de flexibilidad. La idea era que las empresas fueran variando sus estrategias de contratación, concentrándose en la de carácter indefinido que resultaría más atractiva tras su flexibilización.

Los resultados de esta reforma no fueron los que se habían previsto. La contratación temporal siguió funcionando con normalidad: las actuaciones normativas contra la precariedad no fueron suficientemente contundentes ni, por tanto, bastaron para variar la cultura que se había instalado en los servicios de recursos humanos de las empresas y en las asesorías. La propia doctrina jurisprudencial, al dar carta de naturaleza a los contratos temporales asociados a la descentralización productiva a partir de 1997, contribuyó al fenómeno. Por otro lado, la nueva flexibilidad en los contratos fijos encontró ciertas resistencias en la aplicación judicial y administrativa. Estos seguramente no fueron tan grandes como se dijo que eran; pero, en todo caso, generaron una impresión en las empresas de que poco o nada había cambiado. Y, como resultado de esto, el ajuste de plantillas, cuando no afectaba a trabajadores temporales, se desarrollaba por vías no pensadas para desarrollarlo y que la propia legislación de 1994 había fomentado al iniciar una tendencia de reducción de los costes del despido improcedente.

El resultado final de todo ello fue un modelo curioso, que presentaba una profunda brecha entre la protección de los trabajadores indefinidos —cuyo coste de despido se elevaba como consecuencia del bloqueo del despido económico y el recurso al improcedente como técnica de reestructuración— y los temporales. Y que, por ende impulsaba a las empresas a utilizar este último tipo de contratos, y a usarlos como herramienta principal de ajuste a las exigencias del ciclo, con las consiguientes repercusiones sobre el mercado de trabajo. No es de extrañar, por ello, que en momentos posteriores se intentara forzar un cambio de rumbo. Esta transición cabe situarla en las reformas del primer Gobierno popular. En efecto, las de 1997 y 1998 (con acuerdo: RDL 8/1997 y Ley 63/1997; RDL 15/1998) y 2001 (sin él: RDL 5/2001 y Ley 12/2001) buscaban, respectivamente, a la vista de los títulos de las correspondientes normas «el fomento de la contratación indefinida» o «el incremento del empleo y la mejora de su calidad». A estos efectos, actuaron en tres sentidos diferentes. Nuevamente se establecieron límites para el funcionamiento de la contratación precaria: aparte de las vicisitudes en relación con los contratos a tiempo parcial, se limitaron los excesos que los convenios colectivos habían legitimado en el uso de la contratación temporal. Se abrió la puerta, en segundo lugar, a un nuevo tipo de contrato indefinido (el llamado contrato de fomento de la contratación indefinida), dirigido a desempleados particularmente vulnerables (jóvenes, mayores, mujeres, personas con discapacidad, parados de larga duración) y que permitía asimismo transformar contratos temporales en indefinidos, de forma transitoria. Ahora bien, al actuarse sobre la cuantía de la indemnización por despido improcedente, este contrato supuso la consolidación de una forma de flexibilidad discutible: la rebaja de los costes del despido injusto. Se introdujo, en fin, un generoso programa de apoyo a la contratación indefinida, mediante la rebaja de las cotizaciones sociales.

La irrupción de la noción de flexiguridad, como inspiradora de las reformas laborales, se produce en la primera legislatura del gobierno socialista de Rodríguez Zapatero. En temas sociales arranca la legislatura con un relanzamiento del diálogo social —que a última hora del gobierno PP había languidecido—. Fruto de su puesta en marcha fue el encargo a una comisión de expertos de la elaboración de un informe sobre los problemas del mercado de trabajo español y sus posibles soluciones. El informe, difundido en enero de 2005, tenía el significativo título de *Más y mejor empleo en un nuevo escenario socioeconómico: por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas* (véase en RL 2005-I, págs. 1249 ss.). Algunas de las propuestas se concretaron en un posterior acuerdo que, a su vez, dio lugar a la reforma laboral de 2006 (RDL 5/2006 y Ley 43/2006). Insistía

en vías conocidas (contrato de fomento de la contratación indefinida; bonificaciones al empleo estable), aunque establecía otras nuevas que miraban a la restricción de los contratos temporales en la empresa (art. 15.5 ET: límites temporales al encadenamiento de contratos de duración determinada). Si bien la normativa no utilizaba expresamente el término flexiguridad, el planteamiento legislativo de 2006 se apreció como ejemplo de ella en los documentos comunitarios correspondientes (*Hacia los principios comunes de la flexiguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad,* COM[2007] 359 final).

Por su parte, las posteriores reformas laborales emprendidas por el Gobierno socialista, motivadas ya por la aparición de la crisis, se movieron en la misma línea. La más significativa, la de 2010 (RDL 10/2010 y Ley 35/2010), aunque tampoco se situó literalmente en el terreno de la flexiguridad, recogió como propias sus finalidades. Sus tres objetivos fundamentales, de acuerdo con la Exposición de Motivos, eran en este sentido: reducir la dualidad del mercado de trabajo, que, a pesar de todos los esfuerzos anteriores, no se había visto mermada más que por la acción de la crisis, reforzar los instrumentos de flexibilidad al alcance de las empresas, y elevar las oportunidades de ocupación de las personas desempleadas, con especial atención a las necesidades de los colectivos más castigados y señaladamente los jóvenes.

La idea de combinar flexibilidad y seguridad no es, pues, nueva en nuestro ordenamiento: se ha utilizado en paralelo a su desarrollo en el ámbito europeo. La reforma de 2012 (RDL 3/2012 y Ley 3/2012) no podía sustraerse a esta tendencia. Cabe incluso pensar que va más lejos puesto que, por vez primera, el neologismo se incorpora al lenguaje normativo. En línea con normas anteriores, el apartado I de la Exposición de Motivos se cierra con una reflexión sobre la necesidad de combinar flexibilidad y seguridad: «la reforma propuesta», se afirma, «trata de garantizar tanto la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos humanos de la empresa como la seguridad de los trabajadores en el empleo y adecuados niveles de protección social». La lógica de la flexiguridad —no se olvide que ésta funciona *win to win*— se advierte igualmente en las frases posteriores, cuando se nos indica que, con la reforma, «todos ganan, empresarios y trabajadores» puesto que «pretende satisfacer más y mejor los legítimos intereses de todos». Ello se consigue a través de la idea de «equilibrio» que abre el apartado II del preámbulo, en la que se insiste varias veces más en su segundo párrafo —y sobre la que volveré luego—. Como consecuencia de todo ello, el colofón no puede sino ser la inmediata y rotunda afirmación de que «el objetivo es la flexiseguridad».

En un análisis meramente gramatical de la frase habría que destacar dos ideas, que permiten, a su vez, hacer dos reflexiones de fondo. La primera es que implica la incorporación al lenguaje normativo español de esta nueva expresión, al menos en el nivel legal —incorporación que se produce, por cierto, sin que haya tenido acceso al Diccionario—. Una incursión en las búsquedas en texto libre de la base de datos de legislación del BOE demuestra que, con la salvedad de la previa referencia que se hizo en la disp. adic. única del Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva para 2010, 2011 y 2012, la primera vez que se utilizó el término resulta ser la Exposición de Motivos del RDL 3/2012 —de donde pasa sin modificaciones a la de la Ley 3/2012—. Quizá el carácter innovador que en este nivel lingüístico tiene la reforma, hace engañar al legislador sobre el que le corresponde desde el punto de vista estrictamente jurídico. Resulta llamativo, en este sentido, la minusvaloración por el preámbulo legal de la extensa e intensa trayectoria reformadora anterior, durante la segunda legislatura de la última mayoría socialista —y aun en períodos anteriores—: queda degradada a la condición de meros «cambios normativos experimentados en los últimos años» en contraposición a la «reforma de envergadura» acometida por las normas de 2012; y, sobre todo, aunque se les reconoce haber sido «bienintencionadas y orientadas en la buena dirección», se las declara «fallidas». Lo bien cierto,

sin embargo, es que la reforma de 2012 es tributaria de las anteriores. Las reflexiones de alcance general sobre ella han puesto de manifiesto la continuidad de los temas tratados entre una y otras; y, si bien las soluciones no son las mismas, en muchos casos no dejan de ser sino resultado de la evolución natural de tendencias inauguradas en momentos anteriores —que, en algunos casos, se remontan a 1994—.

En cuanto a la segunda reflexión lingüística, se relaciona con la opción por el neologismo «flexiseguridad», en lugar de la utilización del alternativo «flexiguridad». Ello contrasta con la preferencia que se viene mostrando por éste último en el ámbito comunitario, como puede comprobarse por una segunda visita a la indicada base de datos. Se ha señalado que la prevalencia en los documentos comunitarios del segundo vocablo así como el hecho de que, si lo que se pretende es armonizar flexibilidad y seguridad, ambos términos deberían «perder» en la formación del nuevo habrían de haber conducido a la opción por la otra alternativa (Palomeque). Coincido plenamente con esta idea. Aparte consideraciones estéticas, es innegable que la fórmula elegida hace más visible la «seguridad» que la «flexibilidad»; y si se ha afirmado que la noción junto con otras como equilibrio y sus variedades, funcionan en el preámbulo como «palabras comadrejas» —«que insinúan o sugieren» pero que «se desvanecen en nada» (Urrutikoetxea)—, la variante que se elige acrecienta todavía más este efecto.

3. ¿«EL OBJETIVO ES LA FLEXISEGURIDAD»?

En efecto, si pasamos de las intenciones expresadas en el preámbulo de la reforma a las realizaciones normativas, las cosas no son tan evidentes. La reforma de 2012, a pesar de sus declaraciones preliminares, no siempre permanece fiel al paradigma de la flexiguridad.

A) UNA APROXIMACIÓN FORMAL: DIÁLOGO SOCIAL Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La primera separación es de orden procedimental, vinculada a la manera en que fue aprobada la reforma. A lo largo de nuestra experiencia democrática, la legislación del orden social se ha venido tramitando dentro del modelo de la legislación negociada: la aprobación de las sucesivas reformas laborales —y también de seguridad social— ha venido precedida por procesos de diálogo social. Es cierto que no siempre se ha alcanzado acuerdo en estas negociaciones. Pero, incluso cuando no se ha producido, el legislador ha tomado en consideración las posiciones, asumiendo una suerte de papel arbitral e intentando, según su criterio, componer el conflicto de intereses entre los agente sociales en un cierto punto de equilibrio. Las Exposiciones de Motivos de los RRDDLL 5/2001, 2/2009, 10/2010 y 7/2011 se han hecho eco, de un modo u otro, de esta idea. El RDL 3/2012 se aparta significativamente de esta tendencia. De hecho, aunque tras su toma de posesión el Gobierno incitó a los agentes sociales a alcanzar un acuerdo sobre la reforma laboral, no parece haber estado interesado en absoluto en que se produjera: no se suministraron orientaciones o criterios respecto a los temas en cuestión, el plazo que se concedió para cerrar el proceso fue francamente corto y se consideró insuficiente que, a pesar de ello, durante el indicado período se alcanzaran varios acuerdos interconfederales relevantes —AENC 2012-2104, de 25 de enero; ASAC-V, de 7 de febrero—.

No soy un defensor a ultranza de la legislación negociada. No creo que las decisiones legislativas sobre las relaciones laborales hayan de quedar reservadas a los interlocutores sociales: corresponden, claro está, al conjunto del pueblo a través de sus representantes. Ni siquiera pienso que sea conveniente apurar los intentos de obtener consenso en este terreno, como demuestra la experiencia de los años 2009, 2010 y 2011. Y mucho menos puedo admitir en fin que, por no haberlo hecho, la reforma laboral en su conjunto pase a ser sos-

pechosa de una suerte de inconstitucionalidad difusa. Ahora bien, si el objetivo era la flexiguridad, habría sido conveniente tener en cuenta que, como consecuencia del debate comunitario sobre ella, uno de sus componentes es también el diálogo social.

Es verdad que en la impulsión mediante el Libro Verde, la Comisión había prescindido completamente de él —y, en general, de todos los aspectos colectivos—. Pero no lo es menos que, como consecuencia de las críticas que sufrió este planteamiento, se produjo un significativo cambio de orientación. La ya citada comunicación a Parlamento, Consejo y Comités Económico y Social y de las Regiones (*Hacia los principios comunes de la flexiguridad*) contiene un apartado 4, con la significativa rúbrica «flexiguridad y diálogo social» y cuya primera fase es contundente: «la implicación activa de los interlocutores sociales es fundamental para garantizar que la flexiguridad redunde en beneficio de todos». «Los países que han adoptado políticas integradas de flexiguridad», afirma después, «suelen ser aquellos en los que el diálogo —y por encima de todo la confianza— entre los interlocutores sociales, por un lado, y entre los interlocutores sociales y las autoridades públicas, por otro, ha desempeñado un papel importante».

En otro orden de cosas, no puede dejar de llamarse la atención sobre el tratamiento de la negociación colectiva, que, como consecuencia de las reformas de 2011 y 2012, ha sido pasada por el tamiz de la flexibilidad. Las nuevas normas legales, en lugar de verla como un vehículo para introducirla de forma equilibrada, atendiendo a las exigencias de las empresas pero también a la protección de los empleados —como hizo la reforma de 1994—, la perciben como un sistema en el que se han ido acumulando disfunciones «que le restan eficiencia y, particularmente, capacidad de adaptación a las condiciones cambiantes de la economía y del empleo y del propio modelo de relaciones laborales»: a la postre, «dificulta la adopción de medidas de flexibilidad interna en la empresa» de modo que el ajuste en las empresas se concentra en «la adopción de medidas de flexibilidad externa, más traumáticas, como los despidos». Si en el RDL 7/2011, en cuya Exposición de Motivos se encuentran estas ideas, se quedó a medio camino en sus realizaciones, la reforma de 2012 ha llevado hasta el final el planteamiento.

No se trata sólo de que, operando de este modo, el necesario equilibrio entre flexibilidad y seguridad pueda haber desaparecido en este terreno. Es claro que el nuevo régimen de la ultraactividad, que, tras un año, termina abruptamente, favorece únicamente a aquella. Y lo mismo cabe decir del nuevo régimen del descuelgue, transformado en una nueva facultad de gestión empresarial. Además, y sobre todo por lo que aquí interesa, las nuevas normas dificultan la utilización de la contratación colectiva como herramienta de implantación de decisiones flexiguras. La nueva relevancia del ámbito de empresa (prevalencia del convenio de empresa; régimen de la inaplicación) podría impedir que los criterios adoptados en el ámbito del diálogo social —sin ir más lejos, en el marco el de la ejecución por los convenios sectoriales de los acordados en II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014— alcanzaran la realidad de las empresas y las concretas relaciones laborales.

B) EL PRETENDIDO «EQUILIBRIO» DE LAS SOLUCIONES

En otro orden de cosas, flexiguridad implica probablemente un nuevo equilibrio en el conjunto del derecho del trabajo (disciplina del contrato, regulación del empleo, protección social). Pero, si se me permite la expresión, tal equilibrio ha de ser a su vez flexiseguro. De hecho, el segundo de los principios comunes propuesto en el documento de la Comisión aludido es el de que «la flexiguridad se sustenta sobre el equilibrio entre los derechos y las responsabilidades de los empleadores, los trabajadores, los solicitantes de empleo y las autoridades públicas».

Nuestro legislador no ignora esta idea y, por ello, como he indicado, la palabra equilibrio y sus derivados tienen una importancia

esencial en el preámbulo: la reforma se define a sí misma como «completa y equilibrada» y «apuesta por el equilibrio en la regulación de nuestras relaciones de trabajo». Ello pretende construirse sobre una serie de pares ordenados, que contraponen elementos flexibles y seguros y que, a su vez, han de organizarse de forma armónica. Se busca, en definitiva, el «equilibrio entre la flexibilidad interna y la externa; entre la regulación de la contratación indefinida y la temporal, la de la movilidad interna en la empresa y la de los mecanismos extintivos del contrato de trabajo; entre las tutelas que operan en el contrato de trabajo y las que operan en el mercado de trabajo, etc.».

Frente a esta declaración de intenciones, las nuevas normas —y otras que las han seguido a lo largo de 2012— muestran la existencia de un nuevo equilibrio pero, difícilmente, que este se sitúe en el terreno de la flexiguridad: puestos en una balanza, las novedades respecto de cada uno de los componentes de los indicados pares, el fiel no queda vertical. Queda escorado hacia una parte que no es precisamente la de la seguridad. Un análisis a grandes trazos de las novedades que se ponen en cada platillo de la balanza lo muestra con cierta facilidad.

a) Por lo que se refiere a las relaciones entre flexibilidad interna y externa, se descompone, a su vez, en dos binomios. El primero contrapone contratación indefinida y contratación temporal. La amplia utilización de esta última hace que el ajuste de las empresas a las exigencias del ciclo se salde en forma de desempleo, y no mediante otras fórmulas menos traumáticas. Por eso, la reforma de 2012 se propone explícitamente «fomentar la contratación indefinida» (ap. III Exposición de Motivos). Sin embargo, las realizaciones en este terreno son sumamente limitadas: del lado de la contratación temporal, sólo la anticipación del fin de la suspensión de la aplicación del art. 15.5 ET —que ha vuelto a ser aplicable con la entrada de 2013 en lugar de a finales de agosto, como hubiera de la previsión original del RDL 15/2011—; del de la de carácter indefinido, aparte el nuevo parcheo del trabajo a tiempo parcial, la sustitución del régimen del viejo trabajo a domicilio por un más moderno trabajo a distancia y, sobre todo, la creación del contrato «por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores».

Estas tres novedades tienen importancia desigual desde la perspectiva del fin pretendido. La posibilidad de hacer horas extraordinarias por los trabajadores a tiempo parcial se reconoce con independencia de que su contrato sea indefinido o no, lo que permite obviar todo comentario. En cuanto al trabajo a distancia, siendo cierto que el teletrabajo al que se ha querido dar cobertura legal viene extendiéndose como lógica consecuencia de las transformaciones tecnológicas y del sistema económico y social, lo es igualmente que su expansión sólo se produce a medida que las empresas van optando por nuevas formas organizativas en un proceso que difícilmente puede ser gobernado desde el BOE. De este modo, parece que la clave de la reforma en este terreno se encuentra en el contrato de emprendedores cuya finalidad es facilitar la contratación indefinida por las empresas de menos de cincuenta trabajadores Sin embargo, esta figura presenta serias insuficiencias desde la perspectiva que aquí interesa. Admitiendo su constitucionalidad y su adecuación a las exigencias del convenio 158 de la OIT, el nuevo contrato excluye cualquier forma de estabilidad en el empleo durante el primer año: al menos en los casos en los que las empresas lo usen sin aprovechar los incentivos económicos, puede funcionar como un contrato temporal acausal. A ello hay que añadir que no existen garantías expresas —aunque probablemente se construirán por vía interpretativa— para evitar su utilización abusiva.

b) En cuanto a la segunda faceta del conflicto entre flexibilidad interna y externa, las relaciones entre «la movilidad interna en la empresa y la de los mecanismos extintivos del contrato de trabajo», tampoco las soluciones que se introducen parecen un ejemplo del equilibrio que presuntamente se persigue. Lo que se busca es que la mayor flexibilidad interna se concrete en un menor uso de la extinción para afrontar los procesos de ajuste. Pero, entonces, las actuaciones que se ponen

en marcha no resultan completamente coherentes puesto que ambas disciplinas se mueven en la misma línea flexibilizadora.

De entrada, las medidas de flexibilidad interna son muy importantes. Se detecta, en primer lugar, una sustancial rebaja de los requisitos sustantivos para el ejercicio de las facultades organizativas empresariales. Los ejemplos son varios —nueva regulación de la movilidad funcional centrada en el grupo profesional; relajación de los requisitos causales de movilidad geográfica y modificaciones sustanciales—, aunque cabe destacar la ya aludida nueva regulación de la inaplicación de las condiciones de trabajo contenidas en los convenios colectivos, causalmente más accesible y, sobre todo, posible sin la anuencia de los representantes de los trabajadores. Además, se produce un aligeramiento de los procedimientos dirigidos a hacer efectivas las decisiones empresariales en este terreno —nuevos criterios de diferenciación de las modificaciones individuales y colectivas; supresión de la autorización administrativa en reducciones de jornada y suspensiones—. Se produce, por último, una normalización de las consecuencias del ejercicio de los poderes empresariales, eliminando las posibilidades de que los trabajadores los obstaculicen mediante el eventual recurso a acciones resolutorias.

Por más que algunas de las manifestaciones concretas de estas novedades puedan resultar excesivas, muchas otras se mueven en líneas cuya razonabilidad no puede discutirse. Se fuerza una modernización —la clasificación por grupos— que ha sido perseguida, con realizaciones limitadas, ¡desde 1980! Se incorporan criterios aplicativos más sencillos y seguros que los existentes con anterioridad —por ejemplo, en relación con la modificación sustancial—. La propia prevalencia de negociación y acuerdos de empresa, incluso aceptando que presenta el punto crítico al que he hecho referencia en el epígrafe anterior, no deja de ser un intento legislativo de corregir de una estructura negocial excesivamente basada en los convenios territoriales —fundamentalmente de orden provincial— que no siempre han sido capaces de adaptarse a las realidades cambiantes. Y, sobre todo, el mayor repertorio de posibilidades organizativas permite excluir el uso del despido como instrumento de ajuste, relegándolo a su condición natural de *ultima ratio.* Resulta además particularmente destacable, en este terreno, la generalización del uso de las medidas de flexibilidad interna. La simplificación causal y procedimental así como la normalización del descuelgue podrían desempeñar un papel relevante en las pequeñas empresas, evitando que, por el juego de los costes necesarios para llevarlas a cabo, no las utilicen.

Falla ahora, sin embargo, el otro componente del par puesto que son igualmente importantes las medidas de flexibilidad externa. La nueva ordenación de los despidos muestra fenómenos que se mueven en paralelo a los que se han descrito. En los despidos de carácter económico se observa una fuerte relajación de sus requisitos causales y un sustancial aligeramiento procedimental si son colectivos —puesto que se produce también la desaparición de la autorización administrativa—. Y, sobre todo, se cierra de forma radical la tendencia de reducción de los costes del despido injusto —reducción de la indemnización, eliminación de los salarios de tramitación— que se abrió en 1994.

Con estos planteamientos resulta difícil alcanzar un equilibrio flexiguro. Es imposible en el ámbito del empleo público, en el que importantes medidas de flexibilidad interna vienen expresamente excluidas por lo que la reestructuración de plantillas en las Administraciones Públicas pasará necesariamente por los despidos. Pero, en el ámbito privado, queda confiado a las propias decisiones empresariales ya que el proceso de doble flexibilización conduce a una situación en la que las medidas internas y los despidos son opciones que pueden funcionar de forma alternativa.

c) Por lo que se refiere, en fin, al último de los pares ordenados que se aspiran a equilibrar, «tutelas que operan en el contrato de trabajo y las que operan en el mercado de trabajo», la situación no resulta tampoco muy halagüeña desde la perspectiva de la flexiguridad. Es cier-

to que el legislador hace un importante esfuerzo en el terreno de las políticas de empleo. La apertura de la intermediación a nuevos agentes responde a la estrategia de sumar esfuerzos en este terreno. Existen, además, importantes innovaciones en materia de formación profesional, tanto en el interior del contrato común como en el sistema institucional, a las que hay que añadir la nueva regulación del contrato para la formación. Los incentivos a la creación de empleo, en fin, sufren una ulterior concentración —adicional a las que se produjeron en 2010—, centrándose fundamentalmente en las empresas de hasta cincuenta trabajadores, a las que se supone mayores potencialidades para la creación de empleo, y en la contratación de jóvenes, particularmente afectados por la crisis del empleo.

No resulta fácil admitir, sin embargo, que estas novedades tengan en el corto plazo la potencia necesaria para restaurar el equilibrio con la seguridad perdida por acción de las anteriores. Después de todo, la que parece ser herramienta estelar para la mejora de la empleabilidad, la formación profesional, depende de los recursos públicos que se le destinen; y el ajuste fiscal duro que caracteriza las políticas de los últimos tiempos no resulta el contexto más adecuado para su funcionamiento. Esta misma idea, por lo demás, puede proyectarse sobre los incentivos para la creación de empleo de calidad que han venido sufriendo desde 2010 un proceso de concentración en relación con sus beneficiarios que, a duras penas, enmascara el verdadero sentido de las modificaciones, claramente relacionadas con el indicado ajuste.

4. UNA VALORACIÓN DE CONJUNTO

En el apartado anterior no he pretendido realizar una valoración completa de la reforma. No sería posible hacerlo en el espacio del que dispongo; ni tampoco parece procedente puesto que el tiempo transcurrido desde su aprobación acaso no sea suficiente todavía. Mi único objetivo ha sido tratar determinar si, tal y como expone en su preámbulo, la reforma de 2012 se adecúa los postulados teóricos de esta categoría. Y, por supuesto, quien haya optado por llegar hasta aquí lo habrá hecho porque, en su título, se hace referencia a la flexiguridad. Las conclusiones, pues, han de moverse exclusivamente en este terreno.

Desde este estrecho punto de vista, la respuesta no puede sino ser negativa. Si, a la altura de 2007, dentro de las cuatro posibles combinaciones de flexibilidad y seguridad, la situación española sólo podía ser calificada de «inflexibilidad insegura» (Rodríguez-Piñero), en este momento probablemente ha de ser calificada como de flexibilidad igualmente insegura. La clave de este fenómeno se encuentra en que el camino español hacia la flexiguridad no ha seguido en 2012 —ni tampoco con anterioridad— el recorrido que se encuentra en la construcción teórica de este concepto. Como se señalara a propósito de la reforma de 2010, nuestro modelo específico descansa en que se busca exclusivamente sobre el contrato. A diferencia de lo que ocurre en los que sirven de modelo a la construcción teórica, la seguridad no se desgaja del contrato para recaer sobre las espaldas del contribuyente (Ojeda).

Se trata de una opción previsible: realizarla en el mercado de trabajo tiene un obvio coste en materia de prestaciones de desempleo y de actuaciones vinculadas con la empleabilidad (formación, incentivos) que resulta difícilmente asumible en el contexto en el que se mueve la reforma. De hecho, el debate sobre la flexiguridad ha desaparecido del propio ámbito comunitario con la aparición de la crisis y la implementación e imposición de medidas de ajuste fiscal para salir de ella. Pero, en este contexto, si la seguridad no puede obtenerse mediante garantías en el mercado de trabajo, la flexiguridad, paradójicamente, sólo puede resultar de la apertura de espacios de flexibilidad que hagan atractiva la contratación o preferibles las medidas de carácter interno a las relacionadas con la extinción contractual. Y esta es la vía que realmente ha seguido la reforma de 2012. No es por ello de extrañar que los análisis generales sobre ella, obviando las

afirmaciones del preámbulo, hayan destacado la alteración del equilibrio anterior en el marco de las relaciones laborales. Las nuevas normas suponen, se ha dicho, un «desplazamiento sensible de la línea de equilibrio» (Palomeque) puesto que su «característica más significativa» es el «reforzamiento de los poderes empresariales» (Rodríguez-Piñero, 2012). Con ello, en nuestra particular flexiguridad a la española, la seguridad que se integra en el concepto parece ser, más que la de los trabajadores, la de las propias empresas —a «empresarios, mercados e inversores» la refiere expresamente la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012— (Cruz; Rodríguez-Piñero, 2012).

Transformada de esta manera, creo que el uso del concepto de flexiguridad por la reforma de 2012 no es muy afortunado. Con las medidas que se plantean, alcanzarla dependería de las opciones adoptadas por las empresas. Y, al menos a juzgar por los datos que conocemos, no parece que éstas se vayan moviendo en la línea buscada: las empresas apuran las nuevas posibilidades de flexibilidad y sólo muy limitadamente se advierten actuaciones que revelan la nueva seguridad perseguida.

Es verdad que el Gobierno ha hecho en octubre pasado un balance moderadamente optimista de las realizaciones después de los seis primeros meses de vigencia de las nuevas normas (septiembre de 2012). Pero los datos que se manejan distan de ser contundentes y más bien acreditan la previsión de la flexibilidad insegura que se ha hecho más arriba.

El número de contratos de apoyo a los emprendedores (56.656, según el Gobierno, hasta el mes de septiembre) no tiene entidad suficiente por ahora para alterar la relación tradicional entre los contratos temporales e indefinidos: puesto que la proporción de los contratos indefinidos registrados se ha mantenido sustancialmente idéntica en 2012 (7,93 %) que en 2011 (7,74 %), habrá que concluir que no están sustituyendo contrataciones temporales sino indefinidas. El Gobierno ha destacado también que «durante el primer semestre de 2012, el incremento de ocupados en contratos a tiempo parcial fue un 25% mayor que en el mismo periodo de 2011». Siendo un dato cierto, no creo que pueda ser puesto en relación con la reforma de 2012. Intuitivamente es fácil llegar a la conclusión de que la limitadísima reforma del art. 12 ET carece de la virtualidad suficiente para desplegar tal efecto. Y tal intuición se ve confirmada por las estadísticas publicadas. El incremento de los contratos a tiempo parcial puede, en este sentido, ponerse en relación con una tendencia muy anterior de incremento de la contratación a tiempo parcial, que ciertamente se interrumpió en 2008-2009 pero que, desde entonces, se había recuperado. Por otro lado, a juzgar por los datos de contratos registrados, desde aquella fecha, los contratos a tiempo parcial no se suman a los celebrados a tiempo completo sino que los están sustituyendo puesto que la caída de estos últimos desde aquel momento no se ha recuperado. Por lo que se refiere a las contrataciones para la formación y el aprendizaje, es verdad que se han incrementado en los términos que apunta el Gobierno «un 5,4% (entre marzo y junio de 2012) respecto al mismo periodo del año anterior». Incluso que esa tendencia ha seguido después: en diciembre de 2012 se han celebrado casi un 25 % más de contratos que en el mismo mes del año anterior. Permanece siempre la idea de que se trata de una figura de utilización marginal dentro del conjunto del mercado de trabajo —no alcanza el 0.5 % de los contratos celebrados— e incluso en relación con la contratación de jóvenes.

En fin, la valoración gubernamental ha destacado la disminución del número de afectados por despidos colectivos en los primeros meses de vigencia de la reforma (marzo a julio de 2012) que implicaría una «tendencia a una mayor utilización de las medidas alternativas al despido» después de su entrada en vigor. Esta se desprende fácilmente de los datos que conocemos: reducciones de jornada y suspensiones se van recuperando después de la caída que experimentaron en torno a 2009/2010; por lo que se refiere a la inaplicación de las condiciones de convenio, muestra una importante vitalidad —según los datos recopilados por

la CEOE hasta septiembre de 2012, existían más de 429—; y ello incluso a falta de la plena implementación de las medidas normativas relacionadas con su desarrollo en ámbitos autonómicos o inferiores y siendo absolutamente marginal la intervención de la Comisión Consultiva. Ello no obstante, no parece que este aumento funcione estrictamente como alternativo a los despidos. Aparte que, en los meses inmediatamente posteriores a los valorados por el Gobierno los trabajadores afectados por despidos colectivos han vuelto a alcanzar niveles similares a los del año anterior, para el directamente considerado no se han hecho las cuentas con los despidos objetivos ni con los subsistentes, aunque en retroceso, despidos «exprés». Si desplazamos la comparación a este segundo horizonte, más ajustado por considerar las diferentes vías por las que transita el ajuste de plantillas cuando referido a trabajadores indefinidos, veremos que en los cinco primeros meses de vigencia de la reforma la extinción de contratos indefinidos ha aumentado algo más de un 8,1 % en comparación con el mismo período del año anterior.

En realidad, no estamos sino ante una demostración más de que la dinámica del mercado de trabajo no depende únicamente —ni siquiera de manera principal— del marco jurídico aplicable, y de que, por tanto, la corrección de sus tendencias no depende de las reformas normativas. Existen otros factores que la condicionan, la mayor parte de los cuales no son jurídicos. Es más, los de esta naturaleza no se agotan en los condicionantes normativos sino también de la «cultura» imperante entre los operadores jurídicos. De ahí que, incluso en épocas de bonanza, la repercusión en las tendencias consolidadas de los cambios normativos es limitada y, como mínimo, se produce en el medio plazo. La reforma de 2012 no podía ser ajena a estas limitaciones: producirá menos efectos reales de los esperados y los tendrá más tarde de lo deseado. Eso sí, sus reflexiones sobre la flexiguridad nos permiten aprender una lección adicional, aunque era fácilmente previsible. Ahora sabemos que la dinámica del mercado de trabajo escapa también al embrujo de la invocación de los conceptos.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

1. En relación con la noción de flexiguridad o flexiseguridad la bibliografía es extensa. Sin ánimo exhaustivo, cabría señalar en relación con la génesis del concepto y sus principales características, los trabajos de Rodríguez-Piñero (Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., «Flexiguridad: el debate europeo en curso», RL 15-16 [2007], págs. 3 ss.) o Valdés/Lahera (Valdés, F. y Lahera, J., *La flexiseguridad laboral en España,* Fundación Alternativas, documento de trabajo 157/2010: http://www.falternativas.org-/laboratorio/documentos-de-trabajo/documentos-de-trabajo/la-flexiseguridad-laboral-en-espana).

El debate comunitario puede reconstruirse recurriendo a la extensísima cantidad de documentos generados a partir del Libro Verde (http://ec.europa.en/employment_social/labour_ law/green_paper_en.htm). Existen también análisis detallados entre los que cabría destacar la primera parte de la ponencia de Moreno Vida al XX Congreso nacional ADTSS (*El debate sobre la flexiseguridad en Europa*, publicada en *Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa,* Madrid [MTIn], 2010, volumen I págs. 309 ss.).

Para las conexiones entre flexiguridad y transiciones profesionales, son interesantes las comunicaciones al citado XX Congreso de Pérez Prado y Pérez Domínguez (*ibidem,* págs. 529 ss. y 545 ss., respectivamente) así como la aportación de Rodríguez Piñero al respecto (Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., «Las transiciones en el mercado de trabajo», RL 13 [2010], págs. 1 ss.).

2. Por lo que se refiere a la valoración de la reforma de 2012, transcurrido un año desde su aprobación, comienza a ser inabarcable. Existen varias aproximaciones de conjunto en volúmenes de diferentes editoriales (Blasco *et al., La reforma laboral en el RDL 3/2012,* Valencia [Tirant], 2012; García-Perrote, I. y Mercader, J.R. [dirs.], *La regulación del mercado laboral,* Valladolid [Lex Nova], 2012; Montoya, A. y García Murcia, J. [dirs.], *Comentario a la reforma laboral de 2012,* Madrid[Civitas], 2012, Thibault, J., [dir.], *La reforma laboral de 2012: nuevas perspectivas para el derecho del trabajo,* Madrid [La Ley], 2012) así como números monográficos de varias revistas (*Revista de derecho social* 57[2012], *Relaciones laborales* 23/24[2012] y *Temas laborales* 115[2012]).

Los trabajos que se citan son los siguientes: Cruz Villalón, J., «Hacia una nueva concepción de la legislación laboral», *Temas laborales* 115(2012), págs. 13 ss., Palomeque López, M.C., «La versión política 2012 de la reforma laboral permanente. La afectación del equilibrio del modelo laboral», en García-Perrote, I. y Mercader, J.R. (dirs.), *La regulación del mercado laboral* cit., págs. 37 ss., Rodríguez-Piñero, M., «Las claves de la reforma laboral de 2012», *Relaciones laborales* 23/24 (2012), págs. 1 ss. y Urrutikoetxea Barrutia, M., «El preámbulo del RDL 3/2012 o las retóricas de la manipulación», RDS 57(2012), págs. 19 ss. La referencia de Ojeda es de la obra Ojeda Avilés, A., *La deconstrucción del contrato de trabajo,* Madrid, La Ley, 2010.
La valoración del Gobierno se contiene en el documento *Estrategia española de política económica. Balance y reformas estructurales para el próximo semestre,* 27 de septiembre de 2012 (http://www.lamoncloa.gob.es/NR/rdonlyres/11BDF744-55AF-4A0C-9BB8-57F9C538016C/0/120927_EstrategiaEspanolaPoliticaEconomica3.pdf, consulta 18 de enero). Los datos que se citan como contraste se han obtenido en las estadísticas existentes en la web del Ministerio (http://www.empleo.gob.es/es/estadisticas/index.htm) o del SEPE (http://www.sepe.es/contenido/estadisticas/index.html). En cuanto a los relacionados con el descuelgue, obran en documento elaborado por CEOE (*Estado de situación de la inaplicación de condiciones laborales fijadas en convenio colectivo,* 16 de octubre de 2012).

Fecha de recpeción: 28/01/2013
Fecha de aceptación: 30/04/2013

DISAPPEARANCE OF THE EXPRESS DISMISSAL AND REDUCTION OF DISMISSAL COSTS

RESUMEN

La Reforma de 2012 ha introducido importantes y polémicos cambios tendentes a rebajar los costes del despido, especialmente en materia de indemnizaciones (reducción del módulo) o de salarios de tramitación (eliminándolos en la mayoría de supuestos). Paralelamente, con menor relevancia, se ha minorado el alivio de costes empresariales, al disminuir los salarios a cargo del Estado o del FOGASA.

Se revisa aquí, de forma ensayística, el régimen resultante, con especial atención a los aspectos de constitucionalidad cuestionada.

PALABRAS CLAVE

Despidos, salarios de tramitación, indemnizaciones por despido improcedente, reforma laboral y despido

ABSTRACT

The 2012 Reform has introduced significant and polemic changes aimed at reducing the dismissal cost, especially regarding compensations (module reduction) or procedural salaries (eliminating them in most of the cases). Concurrently, with a minor importance, the relief of company costs has been reduced by decreasing the salaries at the State or the Salary Guarantee Fund's (the so-called FOGASA) expense.

The resulting regime is hereby reviewed, in the form of essays, with special attention to the aspects of a challenged constitutionality.

KEYWORDS

Dismissals. Procedural salaries. Unfair dismissal compensations. Employment reform and dismissal.

DESAPARICIÓN DEL DESPIDO EXPRÉS Y REDUCCIÓN DE LOS COSTES DEL DESPIDO

Antonio V. Sempere Navarro
Catedrático de la Universidad Rey Juan Carlos
Coordinador del Área Laboral de *Gómez-Acebo & Pombo*

Sumario: 1. La improcedencia del despido y su coste. A) El debate previo. B) El despido libre y su apariencia. C) Tendencia normativa. D) Rebaja de la indemnización. 2. El despido «exprés». A) La estrechez de las causas procedentes. B) La aplicación masiva del despido exprés. C) Las críticas a la construcción. D) La «desaparición» de la figura. 3. Los salarios de tramitación. A) El RD-L 5/2002 y los salarios de tramitación. B) La Ley 45/2002. C) La STC 68/2007. D) El Real Decreto-Ley 3/2012 y la Ley 3/2012. a) El planteamiento de la cuestión de constitucionalidad. b) La existencia del presupuesto habilitante. c) El principio de igualdad. d) Derecho a la tutela judicial. e) Irregresividad de derechos. f) Régimen transitorio. g) Síntesis. E) Salarios a cargo del Estado. 7. La responsabilidad del FOGASA. A) En el Real Decreto-Ley 3/2012. B) En la Ley 45/2002 y el RDL 20/2012. Nota bibliográfica.

Entre los muchos cambios que las Reformas de 2012 introdujeron, el más espectacular (polémico, complejo) es el referido a la extinción del contrato de trabajo a instancia del empleador. Las modificaciones son tan extensas que pese a ocuparse de una parte de ellas otros artículos del presente número monográfico (sobre la crisis, el empleo público o las extinciones por causas económicas) ni siquiera en estas páginas va a reflexionarse sobre la totalidad del resto.

Más bien, como la rúbrica apunta, va a centrarse la atención en el perfil general del despido improcedente (se le llame atípico, exprés, sim causa, o de cualquier otro modo) y en sus consecuencias patrimoniales, con muy especial atención a los salarios de tramitación, sin duda la innovación más operativa y relevante de cuantas se introdujeron en materia de despido.

El carácter ensayístico que se quiere dar a la exposición ha llevado a la eliminación de notas doctrinales y a la formulación un tanto provocativa de algunas posiciones o valoraciones, siempre buscando el diálogo virtual con el lector e incitando a ir al fondo de las cosas. Desde luego, no hay propuestas de cambio sino reflexiones acerca de lo pretérito o lo vigente; se ha buscado el debate (*la Dialéctica*, en terminología moderna) pero no la instrucción (la *Política del Derecho*), aunque se considere tan adecuada una cuanto otra vertiente para abordar estos temas delicados, llenos de prejuicios y convencionalismos.

1. LA IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO Y SU COSTE

A) EL DEBATE PREVIO

De un modo reduccionista, el debate sobre la reforma laboral se vino centrando en el

despido y, más concretamente, en los frentes más visibles y llamativos del mismo: la definición de las causas económicas y la rebaja generalizada de la indemnización a 33 días de los despidos improcedentes. Estos dos temas —inseparables en el despido por causas económicas— han sido los más destacados por los medios y también —sorprendentemente— por los «expertos». Sin embargo, la reforma incide también en otros aspectos del despido que en absoluto son menores —como los salarios de tramitación o el papel de la Administración laboral, por ejemplo— y en materias diversas de aquél y que son decisivas en la dinámica ordinaria de las relaciones laborales como los cambios en la flexibilidad interna (movilidad funcional, modificaciones sustanciales, movilidad geográfica, suspensiones de contratos…), el nuevo contrato indefinido para PYMES, la negociación colectiva en la empresa, los descuelgues, etc.

El debate sobre la conveniencia de rebajar la indemnización por despido venía planteado desde mucho tiempo atrás; los partidarios de esa medida destacaron que con ella las empresas aumentarían la creación de empleo porque 45 días por año era un coste excesivo para los ajustes de plantilla y eso retraía la contratación; sus detractores entendían que la concesión de más facilidades en la fase extintiva del contrato de trabajo sólo serviría para aumentar el desempleo y la precariedad.

APORÍAS Y TEORÍAS.- Las relaciones sociolaborales difícilmente se someten a las predicciones o *leyes* elaboradas por los estudiosos; de este modo, es perfectamente sostenible que la rebaja de la indemnización por despido influya en la generación de empleo neto, pero también que sólo sirva para facilitar la destrucción de muchos puestos de trabajo:

- Si se pretende, de buena fe, contribuir a dinamizar nuestra depauperada economía mediante la *flexibilización* del coste del despido carece de sentido responder que eso sólo serviría para llevar al paro a mayor número de personas, porque el problema es que ya hay muchísimas de ellas en tal situación.
- Si se entiende, sinceramente, que el coste de la indemnización por despido sirve para frenar extinciones contractuales tampoco es concordante que se responda que somos el país donde resulta más caro, porque en otros muchos indicadores (temporalidad, productividad, cotizaciones, impuestos, seguridad jurídica, tiempos judiciales, economía sumergida, etc.) también hay diferencias relevantes y deberían ajustarse simultáneamente.
- Las mismas normas han permitido que España fuera el mayor creador comunitario de empleo y el más rápido destructor de puestos de trabajo.

LA FALSA TEMPORALIDAD.- Son numerosas y tradicionales las protestas frente a diversos aspectos de la regulación sobre el despido (cuantías indemnizatorias elevadas, trámites lentos, intervencionismo administrativo politizado, control judicial desenfocado, etc.). Igual de reiterada es la advertencia de que el abuso de la contratación temporal subsiste pese a todos los mensajes que el ordenamiento laboral viene emitiendo para variar el rumbo; ese fenómeno (complejo, pluricausal) encuentra una de sus raíces en la convicción empresarial de que es mejor llevar a cabo el ajuste de plantillas a través de esa anómala vía (acordando o no renovaciones contractuales) que por la lógica de las extinciones. De este modo surge cierta irregularidad: los problemas que teóricamente constituyen causa de despido (colectivo, objetivo, disciplinario) frecuentemente no se resuelven de tal modo sino que encuentran una salida alternativa en la expiración contractual por la llegada del término fijado, bien que muchas veces el mismo viniera establecido tras haber violentado el alcance de las normas sobre duración contractual.

EL PARÁMETRO DE LOS 45 DÍAS.- Ya se ha aludido a la recurrente argumentación de que el coste del despido estaba sobredimensionado, por referencia a los 45 días/año (con un máximo alcanzado a los 28 de antigüedad en la empresa). Sin embargo, lo cierto es que cuando la empresa no precisaba de sus empleados, se permitía el despido con el abono de

20 días/salario por año (con un máximo de 12 mensualidades).

Hay que admitir, naturalmente, la discusión acerca del acierto de tales cifras pero también estimular la reflexión sobre el modo en que se vinieron aplicando las causas de despido por razones ajenas a la voluntad del trabajador; la generalizada opinión de que entre todos (legislador, jueces, doctrina, agentes sociales, Administración) las habíamos reinterpretado de manera demasiado restrictiva lleva a que se hayan propiciado los pactos extintivos por encima del mínimo y aún del máximo legal (en el caso de ERES históricos) o a que, directamente, la empresa deseara evitar toda incertidumbre y presentara como improcedente lo que ella consideraba una extinción necesaria por razones objetivas.

Aquí se piensa que el Derecho del Trabajo fracasaba (y sigue fracasando) cuando debatía si la indemnización de 45 días/año (o la actual) constituye un coste excesivo. Se trata de la cuantía a satisfacer cuando la empresa terminaba al contrato de trabajo mediante un acto ilícito, ilegal, abusivo, contrario a Derecho, arbitrario, innecesario, injustificado, irregular, improcedente.

Para extinguir el contrato de trabajo de modo razonable nunca se ha debido atender a los cuarenta y cinco días sino a los veinte (o doce). Antes y ahora: si existen verdaderas causas de despido y el mismo no encuentra salida razonable (en tiempo, forma y costes) es que algo falla; pero rebajar el coste del despido improcedente no equivale a resolver el problema, sino a disolverlo; es como si está maltrecha una vía de circulación y en lugar de repararla construimos otra que da un rodeo.

El despido nulo y la indemnización elevada del improcedente constituyen medidas protectoras del trabajador injustamente expulsado de la empresa; el despido objetivo o colectivo atiende a la necesidad de conjugar intereses de asalariado y empleador. Antes de alterar los pesos de un lado de la balanza vale la pena meditar sobre sus consecuencias. Si falla la aplicación del despido objetivo o del colectivo, no es muy académico resolver la cuestión alterando las consecuencias del improcedente.

Con ello ya se ha deslizado una idea para el debate: si el legislador considera que los despidos justificados (no disciplinarios) ya reciben una regulación razonable, el principal motivo para revisar las consecuencias del despido improcedente decaen; eso no significa que estemos ante una opción inconstitucional o ilegítima, ni siquiera errónea, sino que puede discutirse con mucha más libertad su pertinencia. Claro está, salvo que se piense que a pesar de todo lo modificado respecto de despidos objetivos y colectivos no permite canalizar a través de ellos los casos pertinentes.

B) EL DESPIDO LIBRE Y SU APARIENCIA

La realidad del despido en nuestro ordenamiento ha venido afectada por diversas distorsiones tanto normativas cuanto funcionales. Una de ellas deriva del juego conjunto de las reformas legales de 1994 y de la interpretación jurisprudencial acerca de la imposibilidad de considerar como nulo, por fraudulento, un despido claramente desprovisto de causa. Cuando no concurren circunstancias que permiten calificar un despido como propiamente nulo, el Tribunal Supremo descarta que pueda accederse a tal resultado por la vía del *fraus legis*. Con independencia de que se comparta la crítica a esa tesis lo cierto es que si unimos tal resultado a la construcción derivada de la Ley 45/2002 (efectos del reconocimiento de la improcedencia del despido y pago inmediato de la indemnización) luce con más claridad que nunca la idea de que la lista de las causas extintivas contenida en el artículo 49 ET resultaba, a efectos prácticos, completada por otra que responde a la siguiente formulación virtual:

> *«Por la voluntad del empresario, mediando el abono de la indemnización correspondiente al despido improcedente y salvo que el supuesto debiera de calificarse como despido nulo».*

Siendo evidente que esa causa de extinción del contrato de trabajo no se hallaba en la lista del artículo 49 ET (ni en la de ningún otro precepto) también resultaba cierto que el es-

tado de la cuestión se aproximaba mucho a ello. ¿Significa eso que había despido libre? ¿Protestaban las empresas frente a la rigidez extintiva como estrategia? ¿Tenían razón las entidades que reclamaban mayor flexibilidad en los costes extintivos? ¿Estaban en lo cierto los sindicatos que arremetían contra el diseño normativo del despido?

Si a la polémica sobre el despido libre la despojamos de sus elementos ideológicos y políticos, lo que quizá ni siquiera sea posible, probablemente podría situarse el punto de partida de la discusión en la precedente constatación: a salvo supuestos de vulneración de derechos fundamentales (y análogos) la voluntad patronal ha sido (y es) bastante para extinguir una relación laboral; puesto que ello no constituye justa causa de despido, lo que sucede es que la empresa que actúe de tal modo ha de resarcir al trabajador con la indemnización tasada del artículo 56 ET. Partiendo de esa realidad quizá podrían formularse las respectivas posiciones con mayor claridad, inclusive la que entiende que un despido improcedente sin devengo de salarios de tramitación colisiona con el contenido esencial de los derechos a la tutela judicial efectiva y al trabajo.

Por otra parte, conviene recordar la enorme trascendencia práctica de la construcción jurisprudencial sobre el despido (primero «radicalmente») nulo o las aludidas posturas sobre despido fraudulento. Además, en ocasiones viejos preceptos son reinterpretados a la luz de nuevas realidades. Sin que se equiparen en relevancia a los cambios legislativos, lo cierto es que las sentencias que precisan algunos extremos sobre el régimen del despido también contribuyen de modo relevante a determinar su nivel de flexibilidad y avivan la interminable polémica sobre si hay que cambiar algo y en qué sentido.

C) TENDENCIA NORMATIVA

El modo convulso en que se gestan las reformas las normas de los tres últimos años ha conducido a un práctico silencio sobre los numerosos puntos concomitantes que los legisladores de 2010 (Gobierno del PSOE) y de 2012 (Gobierno del PP) poseen. Sin embargo lo cierto es que los más polémicos cambios en la configuración del resarcimiento del despido (salarios de tramitación, indemnización, Fondo de Garantía) se enmarcan en esa línea de cierto continuismo. La Reforma de 2010 ya había introducido medidas de minoración de costes en despidos objetivos (reducción del preaviso; exclusión de la nulidad por razones formales; apoyo del FOGASA), creado un difuso Fondo de capitalización y potenciado un tipo de contrato (CFCI) con indemnización por despido improcedente de 33 días.

D) REBAJA DE LA INDEMNIZACIÓN

La tradicional indemnización por despido improcedente, de 45 días de salario por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades vino siendo un tema tabú para las diversas reformas legislativas, hasta el extremo de que llegó a crearse una modalidad de contratación cuya única peculiaridad notable venía dada por el abono de una indemnización inferior (33 días) en ciertos casos de despido improcedente[1]. Esa cuantía indemnizatoria, disuasoria de extinciones caprichosas, es la que erróneamente se identificaba como coste elevado del despido y amenaza indirecta para las contrataciones de duración indefinida; desde esta óptica, por lo tanto, se trataba de una pieza disfuncional y que debía recambiarse.

Cargándose de razones para revisar su importe, el legislador de 2012 arremetía contra ella porque «constituye un elemento que acentúa demasiado la brecha existente entre el coste de la extinción del contrato temporal y el indefinido, además de ser un elemento distorsionador para la competitividad de las empresas, especialmente para la más pequeñas, en un momento —como el actual— de dificultad de acceso a fuentes de financiación».

A partir de esas premisas mayor (la excesiva indemnización del despido improcedente frena las contrataciones estables) y menor (los 45 días y 42 mensualidades son un exceso) no quedaba más poner letra pequeña a la conclu-

sión (rebajemos los topes cuantitativos) para desembocar en un resarcimiento tasado de treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos inferiores, con un máximo de veinticuatro mensualidades, quebrando así una inercia histórica de más de treinta años (desde el ET de 1980).

La generalización de esta nueva indemnización no tiene un efecto expansivo «hacia atrás», sino que es respetuosa con los *derechos adquiridos* en tanto las nuevas reglas se aplican a los contratos celebrados a partir del 12 de febrero de 2012 y al tiempo de prestación de servicios posterior a esta fecha. Para contratos anteriores a 12 de febrero de 2012, se impone un doble módulo (45 días con máximo de 42 meses teóricos para los servicios prestados hasta 12 de febrero de 2012; 33 días con máximo de 24 meses para servicios prestados a partir del 12 de febrero de 2012), con máximo de 720 días, salvo que el módulo privilegiado sea superior (hasta 42 meses). Como es sabido, no puede hablarse de derechos adquiridos por haberse desarrollado un negocio jurídico al amparo de una legislación que posteriormente cambia en uno u otro sentido:

- El artículo 9.3 CE prohíbe la retroactividad entendida como la incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores[2].
- La invocación del principio de irretroactividad no puede presentarse como una defensa de una inadmisible petrificación del ordenamiento jurídico[3].
- La retroactividad prohibida es aquella que incide sobre los efectos jurídicos ya producidos al amparo de una norma anteriormente vigente, pero no sobre los efectos «pro futuro» de una nueva norma[4].
- La norma es retroactiva cuando incide sobre relaciones consagradas y afecta a situaciones agotadas, de tal modo que la incidencia en los derechos, en cuanto a su protección en el futuro, no pertenece al campo estricto de la retroactividad[5].
- La interdicción de la retroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos, integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas[6]. Por tanto, no es inconstitucional una limitación o una modificación de una situación normativa general anterior que sólo origina una frustración de las expectativas existentes[7].
- No hay retroactividad cuando una Ley regula de manera diferente y *pro futuro* situaciones jurídicas creadas con anterioridad a su entrada en vigor y cuyos efectos no se han consumado[8].

Concluyamos: 1º) La regla transitoria sobre modo de calcular la indemnización por despido improcedente (una vez rebajada su cuantía) se justifica porque de ese modo «se es respetuoso con el principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 14» CE. 2º) Siendo ello cierto, resulta exagerado pensar que habría colisionado con la Ley Fundamental la mera disminución del importe, sin cláusula transitoria; cabe hablar más bien de respeto a expectativas o de dulcificación de los efectos. 3º) La Constitución no exigía que se estableciera ese doble parámetro a la hora de calcular indemnizaciones, porque realmente no había derechos adquiridos sino expectativas. Otra cosa es que esa previsión haya sido *prudente* o que ayude a que no se polemice demasiado sobre la rebaja de la indemnización operada.

PRORRATEO.- La Disposición Transitoria Quinta del RD-Ley 3/2012 no mencionaba el prorrateo por meses de los períodos inferiores a un año para calcular la indemnización por despido. El silencio podía ser interpretado en tres sentidos distintos:

- Ausencia de prorrateo, en una interpretación ilógica y poco razonable (sólo se devengaría la cuantía de 45/33 días tras un año de trabajo).
- Prorrateo por meses en ambos períodos computables, el anterior a la entrada en vigor del RD-Ley (45 días por año) y el posterior (33 días), aunque eso implica-

ba que los días de un mismo mes sirven para calcular dos períodos diferentes, con el resultado perverso de que computan doblemente.

- Prorrateo por meses de uno de los dos tramos computables, siendo lo más razonable prorratear el tramo final que se corresponde con la fecha extintiva del contrato.

La Ley 3/2012 ha resuelto la cuestión planteada: para los contratos anteriores a esa fecha se establece un doble parámetro, atendiendo a cuánto haya durado la vinculación antes o después de aquella fecha. La innovación de la Ley consiste en precisar que hay que calcular *prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año* respecto de los dos tramos temporales.

ABONO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO.- El RDL 3/2012 introdujo una nueva regla en el art. 56.1 ET *in fine*, conforme a la cual «El abono de la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo». Las concepciones sobre la naturaleza jurídica del despido, han buscado en esta fórmula apoyo para las propias tesis y argumentos adversos para las otras; pero recuérdese que el precepto no es el único existente, que el despido improcedente también puede desembocar en la readmisión, que cabe la declaración como nulo.

La Ley 3/2012 modificó el art. 56.1 del ET en el sentido de que el contrato no se extingue con el abono de la indemnización una vez que la empresa opta por la no readmisión, sino con el ejercicio de la opción por la indemnización, la cual se entenderá producida en la fecha de cese efectivo en el trabajo. La redacción del RDL suscitaba perplejidad y por ello se puso término a una embarazosa incongruencia. Una vez más llama la atención que la Ley establezca un mandato absurdo (en sentido etimológico y contextual) y que la solución deba venir por un camino tan modesto como impropio (hacer caso omiso del texto normativo).

2. EL DESPIDO «EXPRÉS»

El entrecomillado del calificativo seguramente es superfluo, porque para cualquier conocedor de la realidad laboral española de los últimos años. Pero no por ello hay que renunciar a explicitar cosas elementales; también de ese modo se contribuye a la deseada clarificación del debate.

A) LA ESTRECHEZ DE LAS CAUSAS PROCEDENTES

Por más que ello sea tan simplista como polémico, probablemente el mejor modo de entender el comportamiento empresarial identificado como despido *exprés* pasar por explicar que los Tribunales laborales han venido mostrando una gran resistencia a admitir la procedencia del despido por causas económicas. No solo exigiendo la existencia de unas pérdidas continuadas y cuantiosas, sino una rigurosa acreditación, así como razonabilidad indiscutible. Con independencia de que en muchos casos el enfoque judicial fuera el acertado, en el sentir mayoritario de los empleadores acabó prevaleciendo la idea de que el despido «económico» procedente era una auténtica quimera y no compensaba su puesta en práctica. En términos pragmáticos y nada jurídicos: el hipotético beneficio (menor indemnización que el improcedente) no se veía compensado con la enorme incertidumbre del fallo judicial y los costes añadidos de asesoramiento y pruebas periciales; era más seguro, expeditivo y económico asumir la improcedencia del despido objetivo que encauzarlo intentando cumplir todas las exigencias normativas.

Las aludidas incertidumbres o dificultades para conseguir la procedencia del despido basado en problemas objetivos «explica que las empresas se decantaran, a menudo, por el reconocimiento de la improcedencia del despido, evitando un proceso judicial sobre el que no se tenía demasiada confianza en cuanto a las posibilidades de conseguir la procedencia del despido, debiendo, por tanto, abonar la indemnización por despido improcedente más

el coste adicional que suponían los salarios de tramitación» (Preámbulo de la Ley 3/2012).

B) LA APLICACIÓN MASIVA DEL DESPIDO EXPRÉS

Viene diciendo el artículo 51 ET que las extinciones del contrato de trabajo acaecidas «por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador» (cuando al menos sean cinco) se computarán a los efectos de determinar si estamos ante un despido colectivo; los despidos económicos que no se ajusten a los requisitos de forma (autorización administrativa incluida hasta 2012) se consideran nulos (art. 124 LPL/LRJS).

Por su lado, el Tribunal Supremo sostenía que los despidos colectivo u objetivo exigen necesariamente para su existencia la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y que si no existe ni aparece ninguna de estas causas tampoco puede apreciarse la existencia de estos particulares despidos; «para la existencia de un despido colectivo no basta, en forma alguna, con el hecho de que varios trabajadores hayan sido despedidos al mismo tiempo, aunque el número de esos trabajadores supere, incluso con holgura, los topes que fija el 51.11 del ET, sino que además es absolutamente preciso que esos ceses sean debidos a alguna causa económica, técnica, organizativa o de producción».

A partir de ahí se abrían diversos interrogantes en los comportamientos empresariales de reestructuración. ¿Pueden entender las empresas que es posible el despido de cuantos trabajadores deseen, sin alegar causa alguna, reconociendo su improcedencia y abonando los 45 días por año? ¿Se ha conseguido, de este modo, un medio de evitar los costes de gestión (salarios de los plazos de negociación y ulterior tramitación, honorarios de profesionales, mal clima de relaciones laborales, deterioro de imagen pública), las reseñadas incertidumbres y la sumisión a las restantes exigencias del ERE (auditorías, planes de viabilidad o recolocación, convenios especiales, aportación al Tesoro, etc.)? ¿Es correcto ese entendimiento de lo previsto en el art. 51 y acorde con la Directiva 98/59? ¿La figura del *fraus legis* no podría proyectarse sobre ese modo de reducir o liquidar plantillas? ¿Cuarenta y cinco días «todo incluido» y podemos cerrar?

Lo cierto es que solo una vez vigente la Reforma de 2012 la Sala Cuarta ha rechazado la posibilidad de esa interpretación (SSTS de 3 y 8 julio de 2012). Otras Salas de lo Social también han aprovechado esa clarificación para dejar bien claro que los despidos improcedentes (reconocidos por la empresa, conciliados o declarados judicialmente) han de computarse a los efectos de la eventual existencia de un despido colectivo, acotando así las posibilidades (al menos, desde el punto de vista teórico) de que se produzcan extinciones colectivas improcedentes siguiendo ese cauce anómalo.

Con independencia de que el número de afectados fuera mayor o menor, a la postre, lo que resulta es que la subsunción de los hechos no se realiza en la apertura legal concordante sino en la más expeditiva y expansiva. La contemplación del régimen instaurado en 2002 para los salarios de tramitación, a la que luego se aludirá, resulta también imprescindible para entender ese comportamiento patronal tan arraigado de «pagar y olvidar». No podría expresarlo de mejor modo el Preámbulo de la Ley 3/2012: «El denominado «despido exprés» se ha convertido, a la luz de los datos más recientes, en el principal cauce de extinción de contratos indefinidos, superando con creces el número de despedidos colectivos y objetivos».

C) LAS CRÍTICAS A LA CONSTRUCCIÓN

Desde la perspectiva de *flexiseguridad* que asume actualmente el ordenamiento, este atajo para llevar a cabo despidos se revela frontalmente opuesto a lo que debería ser un sistema de extinción del contrato de trabajo: ni lo encauza por su curso natural, ni anima la celebración de contratos indefinidos, ni anuda los costes indemnizatorios pertinentes al motivo del despido.

Aunque es verdad que las empresas lo han percibido como un mecanismo dotado de las ventajas ausentes en los despidos económicos (rapidez y seguridad económica), la figura crea inseguridad e injusticia puesto que las decisiones empresariales se adoptan muchas veces sobre la base de un mero cálculo económico basado en la antigüedad/retribución del trabajador (en el coste del despido) con independencia de otros aspectos relativos a la disciplina, la productividad o la necesidad de los servicios prestados, restringiendo las posibilidades de impugnación judicial a la concurrencia de conductas discriminatorias o contrarias a los derechos fundamentales.

El éxito del modelo también ha evidenciado las disfuncionalidades del régimen jurídico del despido. Constituye un comportamiento económicamente poco racional (esperable del titular de una actividad empresarial) despedir prescindiendo muchas veces de criterios relativos a la productividad del trabajador y decantarse por un camino más costoso que el del despido procedente por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuya justificación debería ser más habitual en tiempos, como los actuales, de crisis económica.

La razón de ello se residencia en los costes adicionales que acarrean los salarios de tramitación y en la dificultad, que se ha venido denunciando, respecto a la posibilidad de acometer extinciones económicas con costes, en términos monetarios y de tiempo, más razonables. Por eso hay que hablar de la indemnización y de los salarios de tramitación.

D) LA «DESAPARICIÓN» DE LA FIGURA

Recapitulemos. La consignación del importe de la indemnización a cambio de no discutir una causa de difícil o imposible demostración a los efectos de alcanzar el grado necesario de convicción judicial para que el despido se califique como procedente, otorgaba una cierta seguridad a las empresas que preferían conjurar los riesgos del litigio y de los salarios de tramitación a él anudados abonando el importe de la indemnización legal más elevada.

Esa anomalía ha querido eliminarse con la Reforma Laboral de 2012. De forma literal, la Ley 3/2012 se refiere a *la supresión del 'despido exprés',* aludiendo a la derogación de los preceptos que contemplaban el reconocimiento de improcedencia seguido de consignación de la indemnización correspondiente al despido improcedente. Sin embargo, lo que realmente ha sucedido es:

- Ya no hay salarios de tramitación, salvo supuestos excepcionales, sin necesidad de que se abone la indemnización para que así suceda.
- Resulta indiferente el momento en que se abone la indemnización, porque no se devengan ya esos salarios de tramitación.
- En el colmo de las paradojas, la regulación tributaria impulsa a recomendar a las empresas que no abonen la indemnización aunque estén dispuestas a reconocer la improcedencia, sino que aguarden al menos hasta la conciliación administrativa.
- Se permite a la empresa (derogando el art. 105.3 de la LRJS) defender la procedencia del despido en el caso de que, reconocida la improcedencia, el trabajador interpusiese demanda frente al mismo.
- Sigue siendo posible reconocer la improcedencia del despido en la propia carta o en cualquier momento anterior a la reclamación del trabajador.
- Tampoco está prohibida la consignación del importe de la indemnización, pero los órganos judiciales pusieron coto a esa práctica extralegal.
- El eventual abono de la indemnización antes de que se celebre el acto de conciliación administrativa genera un riesgo de tipo fiscal, por referencia a la hipótesis de que ese trámite no llegue a celebrarse por cualquier motivo.

3. LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN

Una de las más importantes novedades introducidas por la Reforma refiere a los salarios de tramitación: solamente procede su abono en los casos en que la empresa opte por la readmisión del trabajador en lugar de por el abono de la indemnización improcedente. Como excepción, los representantes de los trabajadores conservan el derecho a estos salarios, independientemente de cuál sea el sentido de su opción (indemnización o readmisión) en virtud de una consideración expresa a este supuesto en el art. 56.4 *in fine* ET.

Se trata de previsión abiertamente cuestionada desde múltiples perspectivas, la constitucional incluida, y que supone un abaratamiento real de los costes del despido mucho más relevante que la rebaja en la cuantía indemnizatoria.

Diez años atrás el Real Decreto-Ley 5/2022, de 24 de mayo, introdujo un régimen de los salarios de tramitación muy parecido al de 2012. La evolución de aquella previsión suscita el máximo interés porque meses después fue restablecida la obligación de abono de salarios de tramitación en los términos que han venido identificándose como «despido exprés» y, lo que ahora interesa, al cabo, declarada la inconstitucionalidad del RDL 5/2002.

Siendo legítimo establecer paralelismos entre ambos episodios, el objeto central de la reflexión que sigue radica en refrescar el alcance de lo ocurrido en el primero de ellos, así como aventurar una opinión fundada sobre el ajuste constitucional de la regulación de 2012.

A) EL RD-L 5/2002 Y LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN

El Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo, de Medidas Urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de su ocupabilidad, tuvo una corta vida tanto en la forma cuanto en el fondo pues en el BOE del siguiente 13 de diciembre (del mismo año 2002) apareció publicada la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, que cambiaba buena parte de los contenidos originales.

Con aplicación a las extinciones de contratos de trabajos producidas a partir del 27 de mayo de 2002 (cfr. la Disp. Transitoria Primera del RDL) se dispuso que sólo se devengan salarios de tramitación cuando el proceso finaliza con la readmisión del trabajador, produciéndose una notable simplificación del régimen jurídico básico. Estas variaciones nos situaban ante la reforma (indirecta) del despido más importante desde la aprobación del ET en 1980. En la práctica, era previsible que las empresas no readmitiesen cuando el despido fuese improcedente y la opción les correspondía a ellas; no sólo porque de ese modo lograban desembarazarse de un trabajador, sino porque tampoco se daban incentivos para ello. Recordemos, de forma esquemática, los principales cambios sobre despidos y salarios de tramitación.

- Se confería nueva redacción al art. 56.1 ET. Si la empresa opta, tras la sentencia que califica su despido como improcedente, por el abono de la indemnización se omite del texto legal la precedente referencia al abono de los salarios de tramitación; el tema conecta con el nuevo art. 57 ET. Aunque no estaba expresamente dispuesto, es claro que la misma consecuencia (no se devengan salarios de tramitación) se precipitaba cuando no se llegaba a la fase de sentencia, por reconocerse antes la improcedencia.
- La nueva redacción del artículo 56.2 ET optaba por traer aquí una cuestión procesal (contenido necesario de la sentencia dictada en pleito sobre despido), denotando una vez más la imposibilidad de separar en este tema las cuestiones sustantivas y las adjetivas.
- El art. 57 ET (en concordancia con el art. 56.1) contemplaba los efectos de la readmisión, equiparando los supuestos de nulidad con los de improcedencia que así finaliza: se abonan los salarios

dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de notificación de la sentencia.

- La nueva redacción del art. 55.7 ET omitía los salarios de tramitación como concepto excluido (que desde luego, lo estaba) en los supuestos de despido procedente, por considerar innecesaria esa precisión.

B) LA LEY 45/2002

En cuanto al régimen del despido disciplinario se refiere, las diferencias entre la norma de urgencia y la nueva Ley eran tan notables que llevaron a hablar de discriminación entre los despedidos bajo una y otra norma. El primero, en realidad era una fórmula para rebajar los costes del despido improcedente sin disminuir su indemnización; en último término, las más relevantes de sus construcciones se ponían al servicio de ese objetivo de eliminación de los salarios de tramitación en la mayoría de los casos. Por el contrario, la Ley 45/2002 restablecía este deber empresarial (sin perjuicio de su eventual traslación al Estado a partir de cierto límite) y al tiempo ampliaba las posibilidades de neutralizar el devengo de tales salarios si la empresa reconoce la improcedencia del despido y deposita la correspondiente indemnización.

El carácter claudicante que el Real Decreto-Ley tuvo queda especialmente patente en las cuestiones que refieren al despido improcedente, donde se produjo una recuperación del régimen anterior, aunque con un relevante cambio sobre la posible detención de los salarios de tramitación.

C) LA STC 68/2007

Puesto que la Ley 45/2002 trae su causa del RDLey 5/2002 es lógico que el mismo fuera expresamente dejado sin efecto [letra e) de la Disposición derogatoria única]. Lógicamente, ello atenuaba pero no eliminaba los problemas que su constitucionalidad planteaba especialmente desde el punto de vista de la concurrencia de su presupuesto habilitante.

Se discutía si existió el requisito de extraordinaria y urgente necesidad requerido por el artículo 86 del texto constitucional a fin de que el Poder Ejecutivo pueda alumbrar una norma con rango de Ley, sin perjuicio de su ulterior convalidación por el Congreso de los Diputados. Finalmente la STC 68/2007, de 28 de marzo, declaró inconstitucional y nula la norma, por vulneración del art. 86.1 CE, porque aunque el Gobierno dispone de un amplio margen de discrecionalidad política en la apreciación de la extraordinaria y urgente necesidad, ello no puede ser obstáculo para extender también el examen sobre la competencia habilitante al conocimiento del Tribunal Constitucional, en cuanto sea necesario para garantizar un uso del Decreto-Ley adecuado a la Constitución.

En palabras de la propia sentencia, «en el caso de la norma analizada, el Gobierno no ha aportado ninguna justificación que permita apreciar la concurrencia del presupuesto habilitante requerido», por lo que «no cabe sino estimar los recursos de inconstitucionalidad acumulados, sin necesidad de entrar a analizar los restantes motivos de recurso, y declarar inconstitucional y nulo el Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, por vulneración del art. 86.1 CE».

D) EL REAL DECRETO-LEY 3/2012 Y LA LEY 3/2012

Con la Reforma de 2012 los salarios de tramitación se suprimen con carácter general y únicamente se mantienen en los supuestos de nulidad, donde la readmisión es forzosa, en los casos en que la empresa opte por la readmisión (y readmita efectivamente) o cuando se trata de un representante de los trabajadores (sea cual sea su opción, lo cual no se explica en sí mismo). La justificación de la supresión de estos salarios se busca en varios argumentos:

- El tiempo de duración del proceso judicial no parece un criterio adecuado para compensar el perjuicio que supone

la pérdida del empleo, máxime teniendo en cuenta que el trabajador puede acceder a la prestación de desempleo desde el mismo momento en que tiene efectividad la decisión extintiva.

- Los salarios de tramitación actúan, en ocasiones, como un incentivo para estrategias procesales dilatorias, con el añadido de que los mismos acaban convirtiéndose en un coste parcialmente socializado, dada la previsión de que el empresario podrá reclamar al Estado la parte de dichos salarios que exceda de 60 días.
- Posee escasa coherencia que recaiga sobre la empresa el coste de un período intermedio en el que no hubo prestación efectiva de servicios ni readmisión posterior, por lo que no hay daño adicional que resarcir al trabajador.

Sin embargo, son muchas las voces que se alzan cuestionando el acierto y legitimidad de esta decisión. Por ello interesa examinar las objeciones que se están oponiendo a la constitucionalidad de la nueva regulación; el interés parece todavía mayor que el suscitado diez años atrás, toda vez que la Reforma de 2012 sobre salarios de tramitación posee visos de consolidarse. Examinaremos las siguientes cuestiones:

- El planteamiento de la cuestión de constitucionalidad
- La existencia del presupuesto habilitante de la norma de urgencia
- La eventual infracción del principio de igualdad
- La posible vulneración del derecho a la tutela judicial
- La irregresividad de derechos

a) El planteamiento de la cuestión de constitucionalidad

Puesto que esta polémica medida se encuentra en norma con rango de Ley, es claro que a ningún intérprete (privado u oficial) le cabe su inaplicación; el único camino para conseguirlo consiste en propiciar que el Tribunal Constitucional se pronuncie al respecto y, eventualmente, declare su colisión con la Ley Fundamental.

Hay que recordar que la negativa del órgano judicial (sea de instancia, sea de ulterior grado) a plantear la cuestión de inconstitucionalidad cuando así se le haya solicitado es difícilmente combatible. Las partes del proceso carecen de un derecho al planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad, por tratarse de una potestad atribuida en exclusiva a los órganos judiciales (arts. 163 CE y 35 LOTC), quienes, además, pueden no elevarla si estiman constitucional la Ley cuestionada, sin que, en principio, resulte posible interesar, mediante la alegación del art. 24 CE, el control sobre la decisión que los Jueces o Tribunales adopten al respecto, o el no uso por ellos de la facultad que les atribuye el art. 163 CE[9].

b) La existencia del presupuesto habilitante

*El frecuente recurso a la norma de urgencia por parte de los sucesivos Gobiernos ha provocado que el Tribunal Constitucional haya tenido que determinar los criterios acerca de cómo interpretar los presupuestos que la Ley Fundamental establece. De manera sintética, puede recordarse que:

- La utilización del Real Decreto-Ley es constitucionalmente lícita en todos aquellos casos en que la gobernación del país requiera de una acción normativa inmediata o en que las coyunturas económicas exijan una rápida respuesta[10].
- No es arbitraria o abusiva la utilización del Decreto-ley como respuesta rápida y necesaria ante la persistencia de una coyuntura económica de crisis industrial[11].
- Para constatar si un Decreto-Ley se dictó en un caso de extraordinaria necesidad, se deben valorar todos aquellos factores que hayan aconsejado al Gobierno a dictarlo[12], mediante la valoración conjunta

de cuanto refleja la exposición de motivos de la norma, el debate parlamentario de convalidación, o el propio expediente de elaboración de la misma[13].

- El juicio político sobre la concurrencia del presupuesto habilitante para la utilización de Decretos-leyes corresponde al Gobierno, sin perjuicio de su posible control jurídico en caso de ausencia de toda justificación[14].
- A los efectos del control jurídico sobre la extraordinaria y urgente necesidad, en la apreciación de lo que haya de considerarse como tal es forzoso conceder el peso al juicio puramente político de los órganos a los que incumbe la dirección política del Estado[15].
- Asimismo, es claro que ha de darse una necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y la medida concreta adoptada para subvenir a la misma[16].

* Aplicando toda esa base doctrinal, como queda dicho, la STC 68/2007, de 28 de marzo, declaró inconstitucional y nulo el del RDL 5/2002, por vulneración del art. 86.1 CE; en concreto, porque el Gobierno no había aportado ninguna justificación que permitiera apreciar la concurrencia del presupuesto habilitante requerido. Las medidas introducidas respondían, más que a una actuación de urgencia para hacer frente a una problemática emergente en los ámbitos económico y del empleo, a una exigencia de mejor adaptación de la regulación existente a la evolución de dichas circunstancias.

Sin duda, los redactores del (ya derogado) RDL 3/2012 han tenido presente esa exigente doctrina y se han esforzado, a lo largo de la exposición de motivos, por exponer las razones de la modificación de referencia:

- *El no abono de los salarios de tramitación se justifica en que el tiempo de duración del proceso judicial no parece un criterio adecuado para compensar el perjuicio que supone la pérdida del empleo, pudiendo, además, el trabajador acceder a la prestación de desempleo desde el mismo momento en que tiene efectividad la decisión extintiva.*
- *Los salarios de tramitación actúan en ocasiones como un incentivo para estrategias procesales dilatorias, con el añadido de que los mismos acaban convirtiéndose en un coste parcialmente socializado, dada la previsión de que el empresario podrá reclamar al Estado la parte de dichos salarios que exceda de 60 días.*
- *Se requiere la adopción urgente de estas medidas para generar la confianza necesaria para que los agentes creadores de empleo realicen nuevas contrataciones y opten por aplicar medidas de flexibilidad interna antes que por destruir empleo.*
- *Con esta reforma laboral se pretende crear las condiciones necesarias para que la economía española pueda volver a crear empleo y así, generar la confianza necesaria para los mercados y los inversores.*
- *Un conocimiento integral del conjunto de la regulación laboral que afecta a todas estas materias forma parte esencial de la formación de la voluntad de las empresas en la decisiones que finalmente toman y que han de conformar el funcionamiento de nuestro mercado de trabajo hacia un mayor crecimiento.*

A la vista de ello (se explican las razones del cambio, se indica la favorable influencia que en la generación de nuevos empleos puede generar la medida) no parece que puedan reiterarse las censuras sobre ausencia de justificación o de explicitación de las razones que se consideran concurrentes a la hora de valorar la urgencia. En todo caso, se trata de impugnación referida a lo dispuesto en la primera versión de la Reforma Laboral, puesto que la posterior Ley 3/2012 (en este punto continuista) ya no quedaría afectado por esta eventual deficiencia de fundamentación[17].

c) El principio de igualdad

* Reiteradísima jurisprudencia constitucional viene moldeando el principio de igualdad

ante la ley; de la rica doctrina elaborada, interesa ahora resaltar algunos aspectos que van a ser decisivos para afrontar el caso estudiado.

a) Los términos de la comparación: la igualdad ante la Ley impone al legislador la obligación de dispensar un mismo trato a quienes se encuentran en situaciones jurídicas equiparables, con prohibición de toda discriminación o desigualdad que carezca de justificación objetiva y razonable[18].

b) Tolerancia de desigualdades razonables: el principio genérico de igualdad no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato[19].

c) Vulneración del principio: el principio de igualdad se vulnera si la desigualdad o diferencia está desprovista de una justificación objetiva y razonable[20].

d) Comparación entre normas: el artículo 14 CE no impide el cambio de régimen jurídico conferido con el paso del tiempo (motivado por la sucesión normativa) a las situaciones iguales, porque dista de exigir que se deba dispensar un idéntico tratamiento a todos los supuestos con independencia del momento en que se originaron o produjeron sus efectos[21].

*Respecto de la eliminación de salarios de tramitación mediante una norma de urgencia, diversas sentencias constitucionales dictadas al hilo del RDL 5/2002 ya dejaron claro que la eliminación de salarios de tramitación en los despidos improcedentes para los trabajadores indemnizados no introduce discriminación inconstitucional contraría al art. 14 CE pues quiebra el presupuesto de igualdad sustancial entre los supuestos contrastados (despidos nulos *versus* despidos improcedentes indemnizados)[22].

SITUACIONES COMPARADAS.- Hay quienes entienden que poner en manos de la empresa la decisión sobre si se abonan o no los salarios de tramitación en cada caso comporta una vulneración del principio de igualdad.

Pero la jurisprudencia constitucional descarta la vulneración del art. 14 CE porque los supuestos de hecho comparados no guardan la identidad que todo juicio de igualdad requiere[23]. Se trata de trabajadores despedidos, con sentencia que declara la improcedencia y reconoce el derecho de opción a la empresa: en un caso se produce la readmisión, quedando sin efecto el despido, mientras que en el otro el contrato queda definitivamente extinguido. El mero enunciado de esos términos (sólo en un supuesto se mantiene en vigor la relación laboral) pone de relieve que no cabe la comparación entre magnitudes desiguales, pues su falta de homogeneidad torna imposible que se hable de discriminación[24].

Los supuestos de hecho contrastados sí es cierto que parten de una idéntica situación de origen (trabajadores despedidos disciplinariamente, cuyo despido es declarado improcedente en vía judicial o reconocido como tal en acto de conciliación) pero a partir de una diversa opción empresarial (readmitir o indemnizar) la situación deja de ser la misma en todo los casos y se bifurca «en dos supuestos de hecho plenamente diferenciados», operando la norma (y su diferente trato) a partir de esa heterogénea realidad. Por eso «las situaciones traídas a comparación no son, en modo alguno, homogéneas, sino, antes al contrario, radicalmente diferentes».

CONSECUENCIAS ASIGNADAS.- Considera también el TC que la consecuencia jurídica (salarios de tramitación o no) derivada de la distinción entre uno y otro supuesto (readmisión o no) resulta proporcionada a la finalidad perseguida, pues se corresponde, a partir de una determinada configuración legal del despido, con el contenido del derecho de opción reconocido al empresario y con los efectos sobre la vigencia del contrato de trabajo derivados del ejercicio de dicho derecho[25]. «Constituye una opción que el legislador ordinario puede legítimamente adoptar sin vulnerar las exigencias del principio de igualdad, al incidir sobre situaciones claramente diferenciadas desde la perspectiva de la finalidad contemplada»[26].

EXTINCIÓN CONTRACTUAL.- La decisión de considerar plenamente extinguido

el contrato de trabajo en la fecha del despido, pese a su impugnación, cuando el empresario no haya optado por la readmisión, tampoco se considera vulneradora del derecho a la igualdad ante la Ley. La explicación radica en que en el caso de los trabajadores readmitidos la esencia misma de la readmisión resultaría incompatible con un efecto de esta naturaleza, por lo que nuevamente nos encontramos ante situaciones heterogéneas y no comparables respecto de las que la solución del legislador resulta coherente y proporcionada al factor de diferenciación[27].

EVENTUAL RECTIFICACIÓN.- Respecto de la secuencia normativa de 2002 se sabe que tampoco puede apreciarse una vulneración del derecho a la igualdad ante la Ley derivada de la limitada vigencia temporal del RDL, en particular, de la modificación, pocos meses después, de la medida aquí cuestionada, lo que habría determinado, según se dice, una diferencia de trato entre trabajadores en función únicamente de la fecha de su despido. El art. 14 CE permite el distinto tratamiento temporal de situaciones iguales motivado por la sucesión normativa, porque no exige que se deba dispensar un idéntico tratamiento a todos los supuestos con independencia del tiempo en que se originaron o produjeron sus efectos[28].

d) Derecho a la tutela judicial

Se sostiene que la regulación cuestionada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva desde una doble perspectiva: en primer lugar, al atentar contra el principio de seguridad jurídica, en tanto que el trabajador se ve inmerso en un proceso judicial cuya finalización no puede prever; en segundo lugar, al producir una desigualdad esencial en el procedimiento y en la tutela que el juez puede dispensar, en la medida en que la Ley permite que sea el empresario el que determine arbitrariamente la extensión de su propia condena.

Respecto del RDL 5/2002, la jurisprudencia constitucional aclaró que la norma que restringía los salarios de tramitación a los despidos improcedentes con readmisión y a los nulos tampoco vulnera la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE; los argumentos son del todo trasladables al caso del RDL 3/2012 y ahora se trata de recordarlos.

* El derecho de opción concedido al empleador ni a la igualdad procesal de las partes ni menoscaba la función jurisdiccional, dirigida a enjuiciar la procedencia, improcedencia o nulidad de la decisión extintiva, estando taxativamente fijadas en la norma las consecuencias en cada uno de los casos de la decisión judicial.

El que la forma en que ha quedado configurado el derecho empresarial de opción una vez dictada la resolución judicial de improcedencia pueda hacer más o menos atractiva, en función de circunstancias diversas, la elección de uno de sus términos o el hecho de que en dicha elección pueda pesar más un tipo u otro de consideraciones son cuestiones todas ellas que afectan a la regulación material de los efectos del despido improcedente, pero que en nada limitan el alcance de su tutela judicial.

* Tampoco cree el TC que la regulación del RDL cuestionada vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante desde la perspectiva del principio de seguridad jurídica. La norma posee un contenido claro y preciso, estando plenamente determinados los posibles efectos de la decisión judicial sobre la impugnación del despido, según quede acreditado o no el incumplimiento contractual alegado por el empresario en su comunicación extintiva, así como el contenido y efectos del derecho empresarial de opción en caso de que el despido sea declarado improcedente[29].

e) Irregresividad de derechos

Puesto que la eliminación generalizada de los salarios de tramitación perjudica a los trabajadores[30], se está suscitando si el Estado Social de Derecho que nuestra Constitución reclama no queda socavado por esta minoración de derechos. ¿Permite nuestra Ley Fundamental que los derechos ya reconocidos sean minorados en normas posteriores?

Se trata de un razonamiento concordante con la previsión de alguna Constitución pero con dos problemas para su triunfo:

- El concepto de menor favorabilidad responde a una perspectiva individual o microscópica, pero no a una contemplación absoluta. Es decir: para el concreto trabajador despedido es claro que los derechos se minoran, pero para el conjunto de quienes aspiran a hacerlo la conclusión puede ser diversa si es que se piensa que la regla actúa como estímulo a su inserción en el mercado laboral.
- Aunque el art. 40.1 acoge el deber de los poderes públicos de promover las condiciones favorables para el progreso social, pero la jurisprudencia constitucional ha rechazado extraer consecuencias muy practicas y concretas del mismo, optando por su interpretación sistemática. Ejemplo claro de ello es lo que se dijo a propósito de la limitación de las pensiones públicas[31].

La jurisprudencia ordinaria, por su lado, también se ha hecho eco de la evolución que en este terreno se ha experimentado; por ejemplo, en el terreno de la autonomía colectiva se explica, con naturalidad, que «se ha abandonado por completo el principio de irregresividad o intangibilidad de lo pactado en convenio colectivo, de tal manera que es ahora posible que las condiciones pactadas posteriormente puedan ser inferiores a las que le preceden»; por tanto, los derechos reconocidos en convenio colectivo, si no hay disposición o pacto en contrario, pueden perder eficacia, incluso durante la vigencia del convenio que los reconoció, si así se pacta colectivamente con posterioridad[32].

f) Régimen transitorio

Siendo tan relevante el cambio de régimen respecto de salarios de tramitación en despidos improcedentes resultaba llamativo el silencio del RDLey 3/2012 (también de la Ley) acerca de la transición entre bloques normativos. ¿Qué norma aplicar a un despido anterior al 12 de febrero, pero frente al que se reclamó con posterioridad? ¿En qué momento se fijaba el precepto aplicable: comunicación del despido, efectos del mismo, presentación de la demanda de conciliación o judicial, celebración del juicio plenario, dictado de la sentencia, notificación de la misma, eventual auto de readmisión irregular, etc.? ¿Estamos ante una previsión propia del despido o ante consecuencias adjetivas del mismo?

Una tesis minoritaria se mostraba favorable a la aplicación *inmediata* y sin paliativos de la reforma laboral, lo cual suponía rechazar la condena al abono de los salarios de tramitación en despidos acaecidos antes de la reforma laboral[33]. Estos eran sus argumentos:

- La entrada en vigor del Real Decreto Ley 3/2012 de 10 de febrero se produjo al día siguiente de su publicación en el BOE, esto es, el 12 de febrero de 2012, y la Exposición de Motivos insiste en su carácter urgente, por lo que su aplicación ha de ser inmediata.
- La previsión que suprime los salarios de tramitación no viene acompañada, a diferencia de otras materias, de disposición transitoria.
- La normativa reguladora de los salarios de tramitación tiene carácter sustantivo y no procesal.
- No se trata de la aplicación retroactiva de una norma desfavorable que pudiera vulnerar el art. 2 del Código Civil, ya que se aplica la normativa sustantiva vigente en el momento de la calificación del despido por el Juez.
- Esta interpretación es la más acorde con el espíritu y finalidad del RD-Ley 3/2012, pues en definitiva se pretende de manera urgente e inmediata en razón de la gravedad de la actual crisis económica, reducir el coste del despido improcedente.

Sin embargo, la tesis triunfante en todos los Tribunales Superiores de Justicia ha llevado a que se apliquen las reglas viejas sobre salarios

de tramitación a todos los despidos anteriores al 12 de febrero[34]. A esa conclusión se llega por los siguientes argumentos:

- Si la nueva Ley nada dice, se ha de considerar el principio general de irretroactividad de las normas jurídicas que prevé el artículo 2.3 del Código Civil. Este precepto, incluido en su Título Preliminar, relativo a las normas jurídicas, su aplicación y eficacia, comúnmente se asume que incide en todo nuestro ordenamiento jurídico, regulándose en el mismo tal derecho transitorio, el sistema de fuentes, las reglas que han de regir la interpretación de las normas, la analogía, la equidad, el fraude de ley, el principio *non liquet*, etc.
- La obligatoriedad del abono de los salarios de tramitación se amolda al principio de irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables y de las restrictivas de derechos individuales que garantiza el artículo 9.3 de la Constitución[35]. Es éste un supuesto de restricción de derechos individuales, pues si, la normativa precedente declaraba un derecho individual (el cobro de los salarios de tramitación en estos casos), la nueva Ley suprime este derecho en estos casos.
- La solución se compadece mejor con el principio *tempus regit actum* y, por ello, con la disposición transitoria segunda del Código Civil, norma a la que con frecuencia se suele acudir en casos análogos al presente y que propugna que los actos y contratos se rijan conforme la normativa del tiempo en que se celebraron (la legislación anterior en este caso).
- Asimismo, la Disposición Transitoria Primera del Código Civil prescribe que «se regirán por la legislación anterior al Código los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo o no los reconozca».
- El silencio legislativo (aunque sea deliberado) genera una confusión que, dados los efectos constitutivos de la decisión patronal, debe resolverse aplicando las normas vigentes al momento de extinguirse el contrato. Ello concuerda también con la solución históricamente prevista por las transitorias del Estatuto de los Trabajadores de 1980 y 1994.

g) Síntesis

*Que el RDLey 5/2002 fuera declarado inconstitucional por la STC 68/2007 no implica que el RDL 3/2012 presente los mismos defectos o carencias a la hora de justificar su extraordinaria y urgente necesidad; fue esa razón, que no argumentos de fondo, la que propició tal resultado y no parece probable que se vaya a reiterar respecto de la norma de 2012.

Como la STC 68/2007 basó su fallo en el incumplimiento del presupuesto habilitante para dictar un RDL y el artículo vulnerado (86 CE) no posee un contenido exacto, sino abierto, no queda más remedio que realizar un examen ponderado de cuantas circunstancias expone la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 3/2012, su Memoria explicativa o el debate de convalidación.

*La eliminación de salarios de tramitación en los despidos improcedentes para los trabajadores indemnizados no introduce discriminación inconstitucional contraria al art. 14 CE entre trabajadores con despido nulo o improcedente con readmisión (cobran salarios de tramitación) y trabajadores despedidos de forma improcedente no readmitidos (sin tales salarios) pues quiebra el presupuesto de igualdad sustancial entre los supuestos contrastados.

*La norma que restringe los salarios de tramitación a los despidos improcedentes con readmisión y a los nulos tampoco vulnera la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, por más que la decisión sobre la suerte final de cuanto acaezca dependa de la decisión empresarial.

*La irregresividad de los derechos no está expresamente recogida por la Ley Fundamental, por lo que tampoco puede pensarse en su vulneración; además, según la óptica indivi-

dual o general que se adopte es posible apreciarla o cuestionarla.

*En todo caso, la regulación expuesta ha de cumplirse mientras el TC no declare lo contrario. Constituye facultad soberana del órgano judicial decidir si se plantea o no la correspondiente cuestión, sin que la tutela judicial de los litigantes pueda convertir aquélla en un derecho para la parte.

*Múltiples razones aconsejan reservar la aplicación del nuevo régimen sobre salarios de tramitación solo a los despidos producidos con posterioridad al 12 de febrero de 2012.

E) SALARIOS A CARGO DEL ESTADO

El artículo 57 ET prescribe que cuando la sentencia que declare la improcedencia del despido se dicte transcurridos más de cierto número de días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda, el empresario podrá reclamar del Estado el abono de tales salarios de tramitación «correspondiente al tiempo que exceda».

Pues bien, así como precedentemente se fijaba en sesenta días hábiles el umbral de responsabilidad soportable por el empleador, el RDL 20/2012 eleva hasta noventa días hábiles el tiempo durante el cual ha de afrontar tal abono.

Por lo tanto, solo si, desde la fecha en que se tuvo por presentada la demanda por despido, hasta la sentencia del juzgado o tribunal que por primera vez declare su improcedencia, hubiesen transcurrido más de noventa días hábiles, el empresario, una vez firme la sentencia, podrá reclamar al Estado los salarios pagados al trabajador que excedan de dicho plazo[36].

Se trata de una nueva medida de contención del gasto, que no perjudica al trabajador pero sí al empleador que acordó el despido declarado improcedente[37], aunque forzoso es recordar que el RDL y la Ley 3/2012 redujeron drásticamente los supuestos en que un despido improcedente va acompañado del abono de estos salarios de trámite.

En contraposición con la rebajas de la cuantía indemnizatoria por despido improcedente o el enorme recorte de la obligación de abonar salarios de tramitación en esos casos, estamos ahora ante un aumento indirecto de los costes del despido, aunque muy restringido en su radio aplicativo.

7. LA RESPONSABILIDAD DEL FOGASA

A) EN EL REAL DECRETO-LEY 3/2012

El FOGASA asume el pago de 8 días de salario por año de servicio, pero sólo en extinciones procedentes si el contrato es indefinido y la empresa tiene menos de 25 trabajadores.

Según la nueva redacción del art. 33.8 ET, «En los contratos de carácter indefinido celebrados por empresas de menos de veinticinco trabajadores cuando el contrato se extinga por las causas previstas en los artículos 51 y 52 de esta Ley o en el artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, una parte de la indemnización que corresponda al trabajador será objeto de resarcimiento al empresario por el Fondo de Garantía Salarial en una cantidad equivalente a ocho días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores al año. No será de aplicación el resarcimiento por el Fondo de Garantía Salarial en las extinciones que hayan sido declaradas como improcedentes, tanto en conciliación administrativa o judicial como mediante sentencia». Las consecuencias de esta nueva regulación son básicamente dos:

- Desaparece el automatismo en el abono de una parte de la indemnización, al excluirse los supuestos de improcedencia.
- El procedimiento exige a la empresa (no al trabajador) resarcirse frente al FOGASA solicitando el abono de los 8 días. Por consiguiente, la empresa no puede descontar del montante indemnizatorio la cuantía correspondiente a estos días,

con lo que de manera inmediata se encarece para ella el coste del despido.

B) EN LA LEY 45/2002 Y EL RDL 20/2012

El Preámbulo de la Ley 3/2012 establece que «en orden a un tratamiento legal más razonable de los costes vinculados a la extinción del contrato de trabajo, la presente Ley modifica el régimen jurídico del Fondo de Garantía Salarial, racionalizando su ámbito de actuación, ciñéndolo al resarcimiento de parte de las indemnizaciones por extinciones de contratos indefinidos que tengan lugar en empresas de menos de 25 trabajadores y no hayan sido declaradas judicialmente como improcedentes». La letra de la Ley (DT 3ª) apunta hacia la idea de que la financiación de una parte de la indemnización de los despidos objetivos, colectivos y concursales parece referirse únicamente a los procedentes, puesto que si el contrato debe extinguirse por la concurrencia de las causas previstas en los arts. 51 y 52 ET es porque, concurriendo las mismas, el despido no podría ser improcedente, lo que supondría la inexistencia de tales causas[38].

Dicho en positivo: el Fondo asume el pago de ocho días de salario por año de servicio, pero sólo en extinciones procedentes si el contrato es indefinido y la empresa tiene menos de 25 trabajadores. Las consecuencias de esta nueva regulación son básicamente dos:

- Desaparece el automatismo en el abono de una parte de la indemnización, al excluirse los supuestos de improcedencia. Se descarta la responsabilidad directa del FOGASA no sólo cuando se declara la improcedencia del despido en conciliación (administrativa o judicial) o mediante sentencia sino en cualquier supuesto de decisión extintiva improcedente.
- El procedimiento exige a la empresa (no al trabajador) resarcirse frente al FOGASA solicitando el abono de los 8 días. Por consiguiente, la empresa no puede descontar del montante indemnizatorio la cuantía correspondiente a estos días, con lo que de manera inmediata se encarece para ella el coste del despido.

Por otra parte, el RD-L 20/2012 modificó con intensidad varios apartados del art. 33 ET, en el sentido que se indica a continuación: 1º) Se reduce de 150 a 120 días el límite de la responsabilidad general del FOGASA por salarios, incluidos, cuando procedan, los de tramitación (nuevo art. 33.1 ET). 2º) Se reduce del triple al doble del SMI el límite del salario diario a los efectos de determinar la responsabilidad indemnizatoria del FOGASA en supuestos de extinción del contrato por causas económicas y análogas (nuevo art. 33.2 ET), incluidos los acuerdos alcanzados en el seno de los procedimientos concursales (art. 33.3.Segunda ET).

De este modo, para las indemnizaciones por extinción contractual reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa se establece un límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del doble del SMI. Previsiblemente, siguen siendo válidos los criterios interpretativos fundamentales, tales como:

- En los casos de despido o extinción de los contratos de trabajo, el Fondo de Garantía Salarial sólo responderá de las indemnizaciones que hayan sido reconocidas como consecuencia de *sentencia o resolución administrativa,* y no de las que procedan de acuerdos o conciliaciones administrativas o judiciales[39].
- Tal criterio debe mantenerse pese al tenor de la STJCE de 12 diciembre 2002[40].
- Las cantidades reconocidas en conciliación administrativo en concepto de «saldo y finiquito» no desencadenan la responsabilidad administrativa del Fondo[41].
- El límite del doble del SMI que establece el art. 33.2 del ET es aplicable a la indemnización por despido objetivo ex. art. 52.c) ET que debe abonar el FO-

GASA, contemplada en su totalidad (responsabilidad directa y subsidiaria)[42], y aun cuando la responsabilidad fuese anterior a la vigencia de la Ley 60/1997, de 19 de diciembre[43].

- En el momento del pago, no procede el descuento del 40% de la indemnización a abonar al trabajador, lo cual tiene incidencia en la determinación de si ha habido o no error excusable en la cuantía puesta a su disposición[44].

NOTAS

1. De hecho, cuando el legislador de 2012 generaliza esa inferior indemnización para los despidos improcedentes, ello posee una incidencia directa sobre el contrato de fomento de la contratación indefinida, que se suprime al no tener ya incentivo para su concertación.

2. STC 65/1987, de 21 mayo, FJ nº 19 (Ponente, Sr. López Guerra).

3. STC 99/1987, de 11 junio, FJ nº 6 (Ponente, Sr. De la Vega Benayas).

4. STC 17/1999, de 22 febrero, FJ nº 3 (Ponente, Sr. González Campos).

5. STC 199/1990, de 10 diciembre, FJ nº 2 (Ponente, Sr. De los Mozos de los Mozos).

6. STC 129/1987, de 16 julio, FJ nº 5 (Ponente Sr. López Guerra).

7. STC 129/1987, de 16 julio, FJ nº 4 (Ponente. Sr. López Guerra).

8. STC 210/1990, de 20 diciembre, FJ nº 3 (Ponente, Sr. Tomás y Valiente).

9. En tal sentido, entre otras, SSTC 159/1997, de 2 de octubre; 119/1998, de 4 de junio; 35/2002, de 11 de febrero; 173/2002, de 9 de octubre; 15/2004, de 23 de febrero y 149/2004, de 20 de septiembre.

10. SSTC 29/1986, de 20 febrero, FJ nº 2 (Ponente, Sr. Gómez-Ferrer Morant); 177/1999, de 15 noviembre, FJ nº 3.

11. STC 29/1986, de 20 febrero, FJ nº 2 (Ponente, Sr. Gómez-Ferrer Morant).

12. STC 29/1982, de 31 mayo, FJ nº 4 (Ponente, Sr. Velasco Vallejo).

13. Por ejemplo, SSTC 11/2002, de 17 de enero y 137/2003.

14. SSTC 29/1986, de 20 de febrero FJ nº 2 (Ponente, Sr. Gómez-Ferrer Morant); 177/1999, de 15 noviembre, FJ nº 3.

15. STC 29/1986, de 20 febrero,.

16. Por todas, STC 182/1997, de 20 de octubre.

17. Ello, al margen de la obvia relevancia del tema para todos los casos resueltos durante la vigencia del RDL 3/2012. De hecho, dos de las más conocidas cuestiones de constitucionalidad suscitadas por los Jueces de lo Social respecto de este concreto tema refieren al tenor del RDL.
Por un lado, mediante Auto de 16 de abril de 2012, el Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid (Sr. Folguera Crespo) cuestionó la eliminación de los salarios tramitación si no hay readmisión, apuntando diversos argumentos tales como la equiparación a una realización arbitraria del propio derecho, la admisión de la demora en el abono de la indemnización sin consecuencias, la proscripción de una verdadera tutela judicial efectiva y resarcimiento íntegro, agravado todo ello por la paralela minoración de la protección por desempleo y de la cuantía indemnizatoria.
Mediante su Auto 91/2012, de 16 de octubre, el Pleno del Tribunal Constitucional inadmitió a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 2303-2012, planteada por el Juzgado de lo Social núm. 30 de Madrid (BOE 14-XI-2012), por

«falta de determinación concluyente en Auto de la norma seleccionada como aplicable al caso», esto es, porque no se había razonado la necesidad de aplicar la Reforma de 2012 a un despido anterior.
De otra parte, otro Auto del Juzgado de lo Social nº 34 de Madrid (Sr. Seoane García), de 14 de enero de 2013 realiza un cuestionamiento global del RDL 3/2012 y una impugnación particular de dos extremos: que se reduzca la indemnización (siendo el daño mayor que anteriormente) y que se eliminen los salarios de tramitación cuando no haya readmisión.

18. SSTC 68/1982, de 22 noviembre, FJ nº 4 (Ponente, Sr. Díez-Picazo y Ponce de León); 109/1988, de 8 junio, FJ nº 1; 144/1988, de 12 julio, FJ nº 1; 148/1990, de 1 octubre, FJ nº 2; 16/1991, de 18 julio, FJ nº 1; 20/1991, de 28 enero, FJ nº 2.

19. SSTC 229/1992, de 14 diciembre, FJ nº 2 (Ponente, Sr. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer); 119/2002, de 20 mayo, FJ nº 3.

20. SSTC 67/1982, de 15 noviembre, FJ nº 4 (Ponente, Sr. Truyol y Serra); 23/1984, de 20 febrero, FJ nº 6; 227/1998, de 26 noviembre, FJ nº 5; 47/1999, de 22 marzo, FJ nº 3.

21. SSTC 119/1987, de 9 julio, FJ nº 3 (Ponente Sr. Begué Cantón); 38/1994, de 13 febrero, FJ nº 4. En el mismo sentido, STC 39/1992, de 30 marzo, FJ nº 7 (Ponente, Sr. Díaz Eimil).

22. Véanse las SSTC 84, 122, 142 y 143/2008, así como 85/2009.

23. Véase la STC 85/2009, de 18 de febrero.

24. En este decisivo pasaje, quizá por lo evidente de su toma de posición, el razonamiento constitucional es más tautológico que persuasivo. Pero la verdad es que no se alcanza cómo pueden compararse dos situaciones en las que concurre un factor diferencial tan evidente como el expuesto: nada menos que la continuidad o la terminación del contrato de trabajo. Podrá impugnarse el resultado desde otros puntos de vista, pero no desde el atento al contraste entre esos colectivos para construir una discriminación peyorativa.

25. STC 84/2008, de 21 de julio.

26. Dicho de otro modo: la soberanía del legislador en este punto no resulta apenas condicionada por la Ley Fundamental; tan constitucional fue la regulación *economizadora* del RDL 5/2002 cuanto la *neutralizadora* de la Ley 45/2002 o la *rompedora* del RDL 3/2012.

27. De la doctrina constitucional en cuestión parece desprenderse la idea de que sí sería cuestionable un diseño normativo en el que la readmisión del trabajador no comportase el abono de los salarios de tramitación. Pero ni la afirmación se realiza en la sentencia, ni eso implica la imposibilidad de descontar de ellos eventuales ingresos obtenidos mediante otras actividades coetáneas.

28. Véase la jurisprudencia constitucional sobre discriminación derivada de sucesiones normativas que se ha resumido más arriba.

29. Se dedica poca atención a esta línea argumental, sin duda alguna por entender que la esencia del recurso radicaba en la eventual vulneración de la igualdad y no discriminación, aspecto asumido por el Ministerio Fiscal.

30. Grandes beneficiados por esta eliminación de los salarios de tramitación en despidos indemnizados son las empresas y el Estado, pues sabido es que el importe de tales salarios se asumía por las primeras sólo hasta que hayan transcurrido más de sesenta días hábiles desde que se presentó la demanda; el pago de tales salarios (en contratos de corta duración, de cuantía superior a la indemnización de 45 días/año) comportaba también la obligación de cotizar por ellos.
Grandes perjudicados son los trabajadores despedidos (en mayor proporción cuanto menor sea su tiempo de servicios prestados a la empresa): la protección por desempleo comienza a consumirse (y finaliza) antes, la cuantía de ésta es inferior al salario habitual, el período de salarios de tramitación ya no cotiza del mismo modo a la Seguridad Social que el de la prestación por desempleo.
Terceros afectados indirectos, no despreciables, son los profesionales de las relaciones laborales (Graduados Sociales, Abogados, etc.), los sindicatos y sus asesorías, el personal de la Jurisdicción Social, etc., porque el modo de plantear el despido (el pleito prototípico en materia de contrato de trabajo) varía.

31. La STC 134/1987, de 21 julio, dijo: «ciertas declaraciones constitucionales, como el de ser España un Estado social y democrático de Derecho que propugna entre otros valores superiores de su ordenamiento la justicia (art. 1.1) o el deber de promover las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa (art. 40.1), lejos de apoyar las tesis sustentadas por el TCT pueden ser invocados precisamente en su contra cuando se mantienen y actualizan las pensiones más bajas y se limitan las más altas en atención, como se ha dicho, a los recursos limitados que a todos ellos pueden dedicarse».

32. Por todas, STS 15 septiembre 2010 (RJ 2010, 7425).

33. La SJS nº 2 de León de 20 de febrero de 2012 (proc. 937/2011) fue la que primero se dio a conocer.

34. La STSJ del País Vasco de 21 de febrero de 2012 (rec. 221/2012) fue la primera conocida en tal sentido.
Sus argumentos son reiterados por la STSJ de Castilla y León de 28 de marzo de 2012 (rec. 123/2012). Las SSTSJ Madrid de 20 de julio y 7 de septiembre albergan una sólida y completa argumentación en favor de esta tesis (Ponente, Sr. Moreno González-Aller). Muy fundada es también la STSJ Extremadura de 18 septiembre de 2012 (Ponente, Sra. Cano Murillo).
Estos criterios han sido confirmados por múltiples resoluciones, como las SSTSJ País Vasco 20-03-2012, Castilla y León 28-03-2012 y 20-06-2012, Galicia 23-04-2012, 15-03-2012, 24-05-2012 y 5-07-2012, Extremadura 28-06-2012 y 26-07-2012, Cataluña 18-06-2012, Andalucía 10-05-2012, Asturias 29-06-2012, 27-07-2012 y 20-09-2012.

35. La STSJ de Castilla y León de 15 de marzo de 2012 (rec. 37/2012) añade a los argumentos anteriores la cita de la STC 210/1990 para recordar que «No hay retroactividad cuando una ley regula de manera diferente y profuturo situaciones jurídicas creadas con anterioridad a su entrada en vigor y cuyos efectos no se han consumado», de donde se deduce que «el despido se produce con anterioridad a la entrada en vigor de la ley pero sus efectos y consecuencias no se han consumado al producirse con la sentencia que declara la improcedencia con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma». Igualmente se citan las SSTC 99/1987, 129/1987 y la STS de 26 de octubre de 1999 en el sentido de que el principio de irretroactividad «es aplicable a los derechos consolidados asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados o expectativas». En fin, la irretroactividad del art. 9.3 CE se trae a colación (con cita de la STC 104/2000 y de la STS de 4 de junio de 2001) para recordar que su ámbito se ciñe al terreno de los derechos fundamentales.

36. Tal es el nuevo tenor del art. 116.1 LRJS; nótese que la sentencia ha de ser firme y los salarios han de haberse satisfecho.

37. El nuevo tope temporal será de aplicación a los expedientes de reclamación al Estado de salarios de tramitación en los que no haya recaído sentencia firme de despido al día 15 de julio de 2012 (cf. la Disposición Transitoria Séptima del RDL 20/2012).

38. Para la STSJ de Madrid de 23 noviembre 2012, la reforma resulta «nebulosa y enigmática», en tanto un análisis más exhaustivo revela que también el reconocimiento o «calificación» empresarial de improcedencia activa la responsabilidad directa del FOGASA; para la sentencia ello es preocupante, distorsionador e injusto, en tanto supone una vía de financiación pública de una decisión no fiscalizada por los Tribunales.

39. SSTS 18 diciembre 1991 (RJ 1991, 9084) (Ponente, Sr. Álvarez Cruz); 17 enero 2000 (RJ 2000, rec. 574/1999); 17 marzo 2003 (RJ 2003, 3649); 23 abril 2004 (RJ 2004, 3699); 14 julio 2010 (RJ 2010, 7108)(Ponente, Sr. Gilolmo López). La doctrina se considera «ya unificada y fijada» por los Autos 8 noviembre 1996 (RJ 1996, 8413) y 14 abril 1999 (RJ 1999, rec. 936/1998), por lo que carece de contenido casacional el recurso que ignora tal criterio.

40. STS 23 noviembre 2005 (RJ 2006, 1206; Sala general) (Ponente, Sr. Fuentes López).

41. STS 22 enero 2008 (RJ 2008, 2077) (Ponente, Sr. López García de la Serrana).

42. STS 18 noviembre 2005 (RJ 2006, 1251) (Ponente, Sr. Fuentes López)

43. STS 4 junio 1999 (RJ 1999, rec. 976/98)(Ponente, Sr. Martínez Garrido).

44. Por ejemplo, véase STJS de Extremadura de 31 mayo 2012.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

ARBONÉS LAPENA, H.I.: «Acumulación de acción por despido y reclamación de cantidad», *Aranzadi Social* núm. 10/2013, BIB 2013\317.

BLASCO PELLICER, A., CAMPS RUIZ, L.M., GOERLICH PESET, J.M., ROQUETA BUJ, R. y SALA FRANCO, T.: *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*, Tirant lo Blanch, 2012.

DESDENTADO BONETE, A.: «Los despidos económicos tras la reforma de la Ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales (1)», *Actualidad laboral* núm. 17-18, 2012.

FALGUERA BARÓ, M.A.: *La causalidad y su prueba en los despidos económicos, técnicos, organizativos y productivos tras la reforma laboral*, Bomarzo, 2013.

GARCÍA MIGUELES, M.P.: «Controvertida interpretación de los Tribunales sobre el reconocimiento o no de los salarios de tramitación por despidos improcedentes producidos con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma laboral (Real Decreto-Ley 3/2012). SJS núm. 2 León 20 febrero 2012 (AS\2012\215)», *Aranzadi Social* núm. 3/2012 paraf. 22/2012, BIB\2012\1009.

GARCÍA MURCIA, J. y MONTOYA MELGAR, A.: *Comentario a la Reforma laboral de 2012*, Civitas, 2012.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «La nueva regulación sustantiva y procesal de la extinción del contrato de trabajo en el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: puntos críticos», *Actualidad laboral*, núm. 9, 2012.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R.: «¿El juez al enjuiciar un despido producido con anterioridad a la entrada en vigor del RDL 3/2012 y calificarlo de improcedente, debe condenar al pago de los salarios de tramitación si la opción fuese la indemnización?: primeros ecos jurisprudenciales de la reforma laboral 2012», *Justicia laboral* núm. 50, 2012.

GONZÁLEZ ELEJABARRIETA, B.: «El despido declarado improcedente con posterioridad a la reforma: efectos», *Aranzadi Social* núm. 3/2012 paraf. 23/2012, BIB 2012\1010.

GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «La reforma laboral de 2012 y su impacto en los despidos individuales y otras formas de extinción del contrato de trabajo», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social* núm. 115, 2012.

LAHERA FORTEZA, J. (Coord.): «Reforma laboral 2012: preguntas y respuestas», Bomarzo, 2012.

LÓPEZ BALAGUER, M.: «La nueva indemnización por despido improcedente: aplicación y forma de cálculo. Auto JS Pamplona 22 marzo 2012 (AS 2012, 866)», *Aranzadi Social* núm. 4/2012, BIB 2012\1197.

MARTÍN JIMÉNEZ, R. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: *Claves de la Reforma Laboral de 2012* (2ª Edición), Aranzadi, 2012.

MERCADER UGUINA, JESÚS R. y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, 2012.

MIRÓ MORROS, D.: «La problemática del devengo de los salarios de tramitación cuando el despido ha tenido lugar antes de la entrada en vigor de la reforma laboral», *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 842/2012, BIB 2012\902.

ORTEGA PRIETO, E y ORTEGA FIGUEIRAL, E.: *La Reforma Laboral 2012*

ROJAS ARAGÓN, F.J. y CEGARRA CERVANTES, F.J.: «Problemas en la aplicación de la reforma laboral de 2012 a los procesos sobre despido surgidos con anterioridad a su entrada en vigor», Aranzadi Social núm. 5/2012 paraf. 37/2012. BIB 2012\2766.

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: «Indemnización por despido improcedente. La nueva indemnización por despido tras el RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE de 11 de febrero de 2012)», *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 154, 2012.

SEMPERE NAVARRO A.V.*: Reforma Laboral 2012*, Aranzadi 2012.

-«La eliminación de salarios de tramitación y su ajuste constitucional (2002 y 2012), *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2012.

Fecha recepción: 31/03/2013
Fecha aceptación: 30/04/2013

THE PARADOX OF COLLECTIVE DISMISSALS AFTER THE ABOLITION OF ADMINISTRATIVE APPROVAL

RESUMEN

La eliminación de la autorización administrativa en el despido colectivo ha pretendido alterar los presupuestos clásicos de los procesos de restructuración empresarial. El objetivo era superar los efectos negativos que generaba la autorización, en particular la prolongación en el tiempo de los expedientes de regulación de empleo y el incremento de las indemnizaciones por despido. La experiencia que ofrece casi un año de aplicación de la reforma pone de manifiesto, sin embargo, ciertas debilidades del nuevo proceso de despido colectivo. La insuficiencia en la regulación de la causa, los problemas relacionados con el periodo de consultas y con la adopción de acuerdos o, en fin, las paradojas derivadas de los costes asociados a la extinción de los contratos de trabajo, son algunas de las circunstancias que permiten poner en cuestión el éxito de la reforma y obligan a seguir reflexionando sobre el despido colectivo.

PALABRAS CLAVE

Despido colectivo, autorización administrativa, costes del despido, periodo de consultas, restructuración de empresas

ABSTRACT

The striking of the administrative approval in the scope of collective dismissals has been made in order to alter the traditional procedures of restructuring companies. The objective was to overcome the negative effects that the administrative approval used to produce, specifically the increase in periods for collective dismissals as well as the increase in severance compensations. However, based on the experience that it almost lasts a year since the Labour Reform was passed, the following weaknesses in the new collective dismissal procedure can be pointed out: the deficiency of legislation when focusing in the causes, problems that came up in relation to the consultation period and agreement signatures, as well as the paradox derived from the costs related to termination of contracts. The mentioned problems are some of the circumstances that lead us to maintain a reasonable doubt of the Labour Reform´s advantages and obliges us to keep thinking carefully about the collective dismissal and its different effects.

KEYWORDS

Collective dismissal, administrative approval, dismissal costs, consultation period, restructuring companies

LAS PARADOJAS DEL DESPIDO COLECTIVO TRAS LA SUPRESIÓN DE LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Ana de la Puebla Pinilla
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid

Sumario: 1. La función de la autorización administrativa en los orígenes del despido por «crisis del trabajo». 2. Justificación, funciones y disfunciones de la pervivencia de la autorización administrativa. 3. Reforma del despido colectivo: la desaparición de la autorización administrativa; A) Mantenimiento de la autorización administrativa en los despidos por fuerza mayor; B) El papel residual de la autoridad laboral en el procedimiento de despido colectivo. 4. El procedimiento de despido colectivo tras la reforma. A) Inicio del procedimiento de despido colectivo: exigencias documentales como garantía del adecuado desarrollo del periodo de consultas; B) Problemas en torno a la adecuada constitución del órgano de negociación y la adopción de acuerdos; C) Un problema clásico: a vueltas con el contenido del deber de negociar de buena fe. 5. El deseo y la realidad: simplificación y abaratamiento del despido colectivo frente a incertidumbres e incremento del coste. A) Las debilidades del nuevo procedimiento de despido colectivo: incertidumbres sobre el adecuado desarrollo del periodo de consultas e insuficiencias en la regulación de la causa; B) De nuevo, la prolongación en el tiempo de los procesos de despido colectivo y, además, judicialización de las decisiones extintivas; C) Sobre la pretendida reducción de costes del despido colectivo; D) A modo de conclusión. Nota bibliográfica.

1. LA FUNCIÓN DE LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA EN LOS ORÍGENES DEL DESPIDO POR «CRISIS DEL TRABAJO»

La exigencia de autorización administrativa ha acompañado durante mucho tiempo los procesos de reestructuración empresarial en nuestro país. No solo a las decisiones extintivas o suspensivas. También las decisiones de modificación sustancial de las condiciones de trabajo o de movilidad geográfica estaban sometidas a la previa autorización de la Administración, aunque esta exigencia desaparece, para las decisiones modificativas y de movilidad, con la reforma llevada a cabo por la Ley 11/1994, de 19 de mayo.

La sujeción de los despidos por causas vinculadas con la «crisis del trabajo» a una previa intervención y autorización administrativa tiene sus orígenes en la Ley de 25 de junio de 1935 y en el Decreto 29 de noviembre de 1935. El art. 12 de la Ley autorizaba al Ministerio de Trabajo para que en los casos de despido parcial de obreros por falta de trabajo pudiera establecer, oído el jurado mixto correspondiente, en lugar de los despidos, la aplicación de turnos de trabajo o la reducción de los días semanales de labor. Esta previsión

llevó al establecimiento de un auténtico procedimiento administrativo para el control previo de las decisiones de despido, que era compatible con el mantenimiento del control posterior de la decisión empresarial por los jurados mixtos en su función jurisdiccional. De esta forma se iniciaba el control administrativo de los despidos económicos. Se trataba inicialmente de un control limitado porque la norma lo autorizaba de forma coyuntural en el contexto de unas «medidas transitorias para remediar el paro obrero», por la propia restricción de su objeto (control de las alternativas, pero no de la existencia de la causa) y por su ámbito, limitado solo a los despidos colectivos (DESDENTADO, 1998).

Durante la dictadura franquista, el control administrativo se estabiliza y generaliza, reflejando el carácter central de la intervención estatal y el predominio de la protección externa de la conservación del contrato. La Ley de Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944 establecía que la extinción del contrato de trabajo por cesación de la industria, comercio o profesión tenía que vincularse a la existencia de crisis laboral o económica, que debía ser autorizada por la autoridad administrativa. Se produjo así una generalización de la intervención administrativa. La autorización era necesaria tanto para los despidos colectivos como para los individuales, afectaba a los ceses parciales y totales, y no quedaba limitada a las crisis laborales o económicas, sino que se exigía también para las extinciones derivadas de fuerza mayor propia (art. 76.6.ª LCT/1944) y de la extinción de la personalidad contratante (art. 76.4.ª LCT/1944). La autorización administrativa se convirtió pues en un elemento esencial y estable en el marco de un sistema abiertamente intervencionista y que contemplaba los despidos económicos como un problema de orden público.

Este sistema se ha mantenido, en su esencia, resistente a los cambios políticos y económicos transcurridos desde entonces (DESDENTADO, 1998). Las reformas introducidas en el sistema de relaciones laborales, y en particular en la regulación del despido no han afectado sustancialmente a la exigencia de autorización administrativa, por más que los sucesivos cambios normativos hayan ido perfilando y limitando la intervención administrativa y reservando la exigencia de autorización para las decisiones de restructuración empresarial. El RDL 17/1977 introdujo el despido por necesidad de amortizar individualmente un puesto de trabajo, dotando a esta causa de identidad propia al margen de los despidos económicos y eliminando la exigencia de autorización administrativa. La Ley 8/1980 rectificó el paso porque, aunque mantuvo la decisión extintiva empresarial por amortización del puesto de trabajo fuera del alcance de la autorización administrativa, lo reservó solo para empresas de menos de cincuenta trabajadores. La posterior Ley 11/1994 incorporó la distinción entre despidos económicos plurales y colectivos que ha perdurado hasta la actualidad, eliminando la autorización administrativa para los despidos que no superen determinados umbrales numéricos en función de la plantilla de la empresa.

Este esquema que pivota en torno a la autorización administrativa no resultó alterado tampoco como consecuencia de la necesaria trasposición de la Directiva comunitaria en la materia (Directiva 75/126/CEE, de 17 de febrero, modificada por la Directiva 92/56/CEE, de 24 de junio, codificadas posteriormente en la Directiva 98/59/CEE, de 20 de julio). Y ello a pesar de que la norma comunitaria no exige autorización para los despidos por causas económicas y atribuye a la autoridad laboral únicamente la función de colaborar en el proceso y participar activamente en la búsqueda de soluciones a los problemas planteados por los despidos.

La normativa comunitaria otorga un papel fundamental a la intervención de los representantes de los trabajadores y les reconoce derechos de información y consulta en los procesos de despido colectivo que se formalizan a través de un periodo de información y consultas que ha de desarrollarse en tiempo hábil con la finalidad de llegar a un acuerdo. Estas exigencias se cumplían adecuadamente por la regulación del despido colectivo recogida en nuestra nor-

mativa en el que la solicitud a la autoridad laboral debía ir acompañada necesariamente de un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores dirigido también a la obtención de un acuerdo (BLASCO, 2009).

2. JUSTIFICACIÓN, FUNCIONES Y DISFUNCIONES DE LA PERVIVENCIA DE LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA

El mantenimiento de la autorización administrativa, que ha pervivido hasta la aprobación del RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, se ha justificado alegando que, desde la perspectiva del trabajador individual, refuerza la garantía del principio de estabilidad en el empleo (VALDÉS, 1994), a la vez que, por otra parte, implica que el legislador concede a este tipo de extinciones una proyección pública puesto que afectan a intereses muy dispares y, por ello, la intervención de la administración en su papel de autorizante de aquéllas permite servir como instrumento de tutela y garantía de los derechos de los trabajadores, de la competitividad empresarial y de los intereses generales (CASAS, 1996).

Sin embargo, lo cierto es que la autorización administrativa resulta extraña como fórmula de resolución de un conflicto que afecta esencialmente a empresario y trabajador. Bajo la forma de autorización administrativa se oculta algo que no corresponde a este concepto. En la técnica autorizatoria pura solo hay una relación bilateral entre la Administración y quien solicita la autorización. Solo en los casos en que la autorización puede afectar a un tercero «al hilo del ejercicio de una actividad de limitación justificada por la salvaguarda de un interés público, se produce como efecto la resolución de una controversia entre particulares» (DESDENTADO DAROCA, 1996). Pero en estos casos la justificación de la intervención de la administración debe residir en la existencia de un interés público independiente de las partes, que deba ser tutelado por la Administración. En el caso de los despidos colectivos no hay un interés público de esas características que exija la intervención administrativa. La tutela del interés del trabajador en la conservación de su puesto de trabajo corresponde al orden social de la jurisdicción y la del interés general en la conservación del empleo y su no destrucción injustificada al propio legislador.

Desde un punto de vista práctico, la regulación del despido económico ofrecía graves disfunciones que lo hacían ineficiente e inoperativo para gestionar las crisis en la empresa. Esta ineficacia era el resultado de la suma de varios factores. Por una parte, las dificultades para establecer la separación clara entre despidos objetivos por causas empresariales y los despidos colectivos —con los riesgos que derivan de los errores en el procedimiento extintivo seguido—; por otra, por la incertidumbre que deriva del alto grado de indeterminación de los conceptos legales que definen las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Junto a ello, la propia exigencia de autorización administrativa, específica para los despidos colectivos y seña de identidad de los mismos desde su inicial configuración, determinaba a su vez distorsiones y desajustes en términos de tiempo y de costes económicos.

La autorización administrativa de los despidos colectivos tiene un coste en términos de tiempo que resulta incompatible con la celeridad con que deben resolverse los despidos colectivos. La decisión sobre la autorización iba precedida de un procedimiento que comprendía un periodo de consultas —de quince a treinta días—, con trámites de subsanación, informe y resolución y con la posibilidad de suspender las actuaciones para tramitar un proceso laboral de impugnación dentro del expediente. El procedimiento se doblaba con un recurso de alzada que podía durar cuatro meses.

Pero el coste temporal se multiplicaba cuando, terminada la vía administrativa, la decisión administrativa se impugnaba ante el or-

den contencioso-administrativo (DESDENTADO/REDONDO, 2010). Hay ejemplos numerosos que acreditan el despropósito que genera esta regulación al resolver sobre decisiones administrativas que habían autorizado el despido siete, ocho e incluso nueve diez años antes del pronunciamiento judicial. Pero, además, la sentencia del contencioso-administrativo no significaba el punto final del conflicto. La revocación de la autorización administrativa generaba habitualmente nuevos procesos ante el orden social, con sus tres niveles de decisión —instancia, suplicación y casación— para dirimir el derecho de los trabajadores a la readmisión, su derecho a la obtención de los salarios de trámite o el destino de las indemnizaciones percibidas en su momento por la extinción del contrato de trabajo (DE LA PUEBLA, 2008).

El sistema previsto legalmente generaba además problemas de coste, ya no solo en términos de tiempo, sino también en términos económicos. La genérica definición de las causas económicas reducía las posibilidades de predicción del empresario sobre el sentido de la resolución administrativa y ello incentivaba la búsqueda de un acuerdo con los representantes de los trabajadores lo que, a la postre, suponía un incremento de las indemnizaciones y del coste total de la reestructuración empresarial (GARCÍA MURCIA, 1996).

Los efectos de esta situación trascienden además a la configuración de la extinción del contrato pues las rigideces del sistema de extinción se han revelado como una de las principales causas de la excesiva dualización del mercado de trabajo y han favorecido que los ajustes en tiempo de crisis se realicen a través de la destrucción del empleo precario (GOERLICH, 2012). La inseguridad sobre el funcionamiento de las causas del despido y la certeza sobre su enorme coste en términos de tiempo y dinero explican el comportamiento habitual de los empresarios que evitaban el sistema institucional de regulación del empleo y optaban por articular el ajuste de plantillas a través de fórmulas no diseñadas para esta finalidad. Los datos acreditan que durante los últimos años, en plena crisis económica y con un proceso acelerado de destrucción de empleo, el ajuste se ha producido al margen de las vías legales previstas para los despidos económicos, básicamente a través de la no renovación de los contratos temporales y del despido *exprés* (DESDENTADO, 2011). No es extraño por ello que se hubieran suscitado críticas al modelo y propuestas de renovación, algunas intermedias, como la eliminación del recurso de alzada (SALA FRANCO/BLASCO, 2009), otras más contundentes, como la eliminación de la autorización administrativa (DESDENTADO, 2010).

3. REFORMA DEL DESPIDO COLECTIVO: LA DESAPARICIÓN DE LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Muchas de estas críticas están, sin duda, en el origen de la reforma tal y como el preámbulo del RDL 3/2012 y de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, se cuidan de señalar apelando especialmente a la necesidad de superar los problemas detectados: «La caracterización del despido colectivo, con un expediente administrativo y posibles impugnaciones administrativas y judiciales, se ha revelado contraria a la celeridad que es especialmente necesaria cuando se trata de acometer reestructuraciones empresariales. De ahí, seguramente, la tendencia a alcanzar acuerdos con los representantes de los trabajadores durante el período de consulta como modo de asegurar la autorización por parte de la autoridad laboral. Sin embargo, ello se ha hecho muchas veces a costa de satisfacer indemnizaciones a los trabajadores despedidos por encima de la legalmente prevista para este despido. Se desnaturaliza así, en buena medida, el período de consultas con los representantes de los trabajadores que, en atención a la normativa comunitaria, deben versar sobre la posibilidad de evitar o reducir los despidos

colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales destinadas, en especial, a la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos».

Partiendo de ese diagnóstico, la reforma, —articulada a través de una nueva redacción del art. 51 ET y completada con la publicación del RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada—, incorpora diversas modificaciones en el despido colectivo. Las dos más relevantes remiten, sin duda, a la nueva delimitación de las causas que lo justifican, y la que ahora más importa, la eliminación de la autorización administrativa que solo subsiste en los casos de despidos, suspensión de contratos o reducción de jornada por fuerza mayor.

A) MANTENIMIENTO DE LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA EN LOS DESPIDOS POR FUERZA MAYOR

En el caso de despidos, suspensiones de contrato o reducciones de jornada por fuerza mayor se mantiene la autorización administrativa. No está clara la razón de esta subsistencia aunque se ha señalado que podría vincularse con el interés por controlar los costes que estas situaciones pueden generar para la Administración cuando el Fondo de Garantía Salarial asume el pago inicial de las indemnizaciones (DESDENTADO, 2012).

La regulación del procedimiento conserva elementos de la regulación precedente, como la previsión de un único procedimiento con independencia del número de trabajadores afectados o la inexistencia de periodo de consultas con los representantes de los trabajadores, pero también incorpora modificaciones en el régimen previo.

Hay una novedad importante en relación con el contenido de la resolución administrativa que resuelve la solicitud de la empresa. El art. 51.7 ET señala que la resolución de la autoridad laboral deberá limitarse, en su caso, a constatar la existencia de fuerza mayor alegada por la empresa. La decisión de extinción, o, en su caso, de suspensión de contratos o de reducción de jornada corresponderá al empresario. El art. 51.7 ET incorpora esta novedad frente a la regulación anterior en la que no se limitaba el alcance de la resolución administrativa. Esta aparentemente mínima modificación podría tener, sin embargo, un significado de más largo alcance. En sintonía con la nueva regulación del despido colectivo, que limita la intervención judicial a la valoración sobre la efectiva concurrencia de las causas alegadas y deja en manos del empresario la decisión sobre las medidas a adoptar, en el caso de fuerza mayor la autoridad laboral se limitará a comprobar la concurrencia de un hecho o circunstancia que merezca tal calificación y el empresario decidirá las medidas a aplicar. Desde esta perspectiva, la resolución administrativa no debería entrar a valorar el alcance de la fuerza mayor y sus efectos sobre las relaciones laborales y mucho menos la adecuación de las posibles medidas que el empresario pretende adoptar, cuyo contenido, además, no parece que deba incluirse en la solicitud de declaración de fuerza mayor a tenor de los arts. 51.7 ET.

En todo caso, conforme dispone expresamente el art. 49.1.h) ET, la fuerza mayor opera como causa de extinción del contrato cuando imposibilita definitivamente la prestación de trabajo, circunstancia que ha de ser debidamente constatada. Ello ha de ser así puesto que la existencia o no de fuerza mayor como causa justificativa del incumplimiento total o parcial de una relación contractual requiere, necesariamente, una relación de causalidad entre la circunstancia constitutiva de la fuerza mayor y el contrato sobre el que proyecta sus efectos. Se confirma así la interpretación que, ya con anterioridad a la reforma, sostenía que «la utilización de la expresión constatar impide, por tanto, cualquier margen de discrecionalidad para la Administración que debe limitarse a efectuar una aplicación correcta de la noción de fuerza mayor» (BLASCO PELLICER, 2009). Será el juez de lo Social, en caso de impugnación del despido ex art. 124 Ley

36/2012, reguladora de la Jurisdicción Social (LJS), el que deberá valorar si la fuerza mayor opera sobre los particulares contratos de trabajo afectados por las medidas extintivas, suspensivas o de reducción de jornada determinando la imposibilidad, temporal o definitiva, de la continuidad de las relaciones laborales.

B) EL PAPEL RESIDUAL DE LA AUTORIDAD LABORAL EN EL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO COLECTIVO

En los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, la supresión de la autorización administrativa supone la desaparición de los expedientes de regulación de empleo entendidos como un procedimiento administrativo especial, regulado legal y reglamentariamente como el cauce formal de una serie de actos cuyo fin era conseguir una resolución administrativa autorizatoria de despidos colectivos y otras medidas de reorganización productiva (BLASCO PELLICER, 2012).

Desaparecida la autorización administrativa, el protagonismo del procedimiento de despido colectivo modifica ahora su centro de gravedad que pasa ahora de la Administración al empresario al convertir su decisión en un acto de gestión solo controlable judicialmente. Tal es la práctica de la mayoría de los países de nuestro entorno en los que la autoridad administrativa se limita, en unos casos, a registrar o tomar nota de esos despidos (Gran Bretaña); en otros puede aplazarlos por breve tiempo, con vistas a la adopción de otras medidas (Alemania), y es frecuente que el control del respeto del procedimiento, asegurando los derechos de consulta, o en el caso de Francia, sin examinar las causas alegadas ni la decisión, ejercer un cierto control de las medidas sociales de acompañamiento sobre las que la Inspección de Trabajo puede constatar insuficiencias. También es usual una labor de mediación administrativa en las negociaciones y conflictos entre las partes a causa de estos despidos, como sucede en Italia (RODRÍGUEZ PIÑERO, 2009).

En el nuevo diseño legal del despido colectivo nos encontramos con un procedimiento que pivota en torno a un obligatorio periodo de consultas a cuya conclusión, sea ésta con acuerdo o no, es la empresa la que toma la decisión que considere oportuna. El anterior procedimiento administrativo, dirigido a la obtención de una autorización administrativa, ha sido sustituido por un procedimiento de negociación de un periodo de consultas entre la empresa y los representantes de los trabajadores en el que la participación de la autoridad laboral se mantiene, pero con un alcance muy diverso. El fin de dicho procedimiento no es ya la obtención de una autorización administrativa sino la de servir de cauce a una decisión unilateral del empresario.

Tal situación reposiciona el papel de la Administración (MERCADER/DE LA PUEBLA, 2013). En el nuevo modelo de despido colectivo, sobre la base de que la misma ya no autoriza la decisión empresarial, su intervención tiene por objeto la plena efectividad del periodo de consultas asegurando que las partes negociadoras tengan toda la información necesaria para desarrollarlo con plenas garantías (art. 51.2 ET). Se trata, como ocurre en muchos países de nuestro entorno de un «control blando» sobre la regularidad de un procedimiento entre privados (ALVAREZ DEL CUBILLO, 2009), que, además, opera en el plano de aproximación de las posiciones puesto que se permite que la misma pueda realizar advertencias y recomendaciones aunque las partes no se encuentran obligadas ni a su aceptación ni tampoco siquiera a su consideración formal. Tal afirmación es acorde con la nueva función de la autoridad laboral, que ya no realiza una función de control administrativo previo de la decisión, sino que se limita a recibir la comunicación, comprobar sus requisitos y velar por la efectividad del periodo de consultas.

Esa función de ordenación del proceso, de asistencia y de control del desarrollo del periodo de consultas que corresponde ahora a la autoridad laboral, asistida por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, se revela con claridad en la ordenación que del periodo de

consultas realiza el art. 51 ET y desarrolla con detalle el Reglamento. Su art. 6.4 dispone que «si la comunicación de iniciación del procedimiento de despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción no reuniese los requisitos exigidos, la autoridad laboral lo advertirá así al empresario, especificando los mismos, y remitiendo copia del escrito a los representantes de los trabajadores y a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social» y el art. 10 advierte que «la autoridad laboral velará por la efectividad del periodo de consultas pudiendo remitir, en su caso, advertencias y recomendaciones a las partes», añadiendo que «La autoridad laboral podrá realizar durante el periodo de consultas, a petición de cualquiera de las partes, o por propia iniciativa, actuaciones de asistencia. En especial, podrá dirigir a las partes propuestas y recomendaciones sobre las medidas sociales de acompañamiento y, en su caso, sobre el contenido e implantación del plan de recolocación externa, teniendo en cuenta la situación económica de la empresa».

Es importante tener presente que estas actuaciones de auxilio administrativo no constituyen verdaderos y propios actos administrativos y no son por tanto directamente impugnables. Ciertamente tales actuaciones carecen del carácter regulador típico que caracteriza los actos administrativos por lo que las mismas equivalen a lo que se han calificado como requerimientos oficiales de hacer cuando existe una obligación legal previa. Nos encontramos ante una actuación administrativa a la que falta uno de los elementos esenciales del acto administrativo en sentido estricto, esto es, su idoneidad para crear, modificar, extinguir o tutelar una situación jurídica individualizada. Tales intervenciones vienen caracterizadas por el hecho de que las mismas no contribuyen a crear situaciones subjetivas de derecho o deber, lo que implica una inmediata consecuencia de orden procedimental: su irrecurribilidad. Ello significa que el incumplimiento formal de las advertencias no tendrá consecuencias relevantes, sin perjuicio de su posible eficacia a efectos de probar la «resistencia» de alguna de las partes a cumplir con las exigencias del periodo de consultas, en un posterior proceso judicial de impugnación del despido colectivo. En lógica coherencia con ello, los arts. 6.4 y 10.1 del Reglamento prevén que las advertencias y recomendaciones dirigidas a las partes «no supondrán, en ningún caso, la paralización ni la suspensión del procedimiento».

Junto a estas funciones de facilitación del desarrollo del periodo de consultas, el art. 51.2 ET dispone que la autoridad laboral podrá realizar durante el periodo de consultas y a petición conjunta de las partes, las actuaciones de mediación que resulten convenientes, añadiendo el art. 10.3 del Reglamento que la realización de estas funciones podrán ser realizadas con la asistencia y el apoyo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Esta posible intervención supone una directa implicación de la autoridad laboral en la búsqueda de soluciones y entronca con las previsiones de la Directiva 1998/58/CE que expresamente atribuye a la autoridad pública competente la función de buscar, durante el periodo de consultas, soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos. Se trata de una posibilidad que, al menos hasta el momento, ha sido escasamente utilizada pero en cuya reactivación se implicando la propia Inspección de Trabajo y de Seguridad Social a través de la expresa y directa oferta de dicha posibilidad a los sujetos implicados en los despidos colectivos.

4. EL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO COLECTIVO TRAS LA REFORMA

Desaparecida la autorización administrativa, el protagonismo del despido colectivo recae en el periodo de consultas, cuyo adecuado y completo desarrollo resulta ineludible para legitimar la decisión empresarial de despido colectivo.

A estos efectos, el art. 51.2 ET traspone al ordenamiento jurídico español la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio, relativa a la aproximación de las legislaciones de

los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, cuya finalidad es asegurar la información, la consulta y la participación de los trabajadores, que deberá desarrollarse mediante la utilización de mecanismos adecuados y teniendo en cuenta las prácticas vigentes en los diferentes Estados miembros, tal y como dispone la exposición de motivos de la Directiva comunitaria.

La Directiva establece reglas del procedimiento de despido colectivo, consistentes en una obligación de consulta a los representantes de los trabajadores (art. 2) y en una obligación de notificación a la autoridad pública competente de los proyectos de despidos colectivos (arts. 3 y 4). Así, de acuerdo con lo dispuesto en su art. 2.1, «cuando el empresario tenga la intención de efectuar despidos colectivos, deberá consultar, en tiempo hábil, a los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo». La Directiva no determina claramente cuál es la naturaleza de la intervención de la representación de los trabajadores sino que, únicamente, de acuerdo con su art. 2.1, se limita a declarar que el empresario «deberá consultar (…) a los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo».

Se trata de un enunciado deliberadamente ambiguo con el que se ha querido establecer una fórmula de intervención intermedia entre una mera recepción por el empleador del parecer de los representantes sobre la conveniencia y consecuencias de los despidos y una auténtica negociación colectiva entre las partes sociales (CRUZ VILLALÓN, 1997), de modo que aunque «la consulta únicamente obliga al empresario a atender las sugerencias de los representantes de los trabajadores sobre los despidos y sus consecuencias, como quiera que la misma se encuentra orientada a la obtención de un acuerdo, ello presupone la necesidad de una discusión mínima entre las partes sociales, esto es, un mínimo intercambio de ofertas y contraofertas» (ROQUETA BUJ, 2000).

Dicho período constituye una manifestación propia de la negociación colectiva, como recuerda la STJCE 27-1-2005, Asunto Junk, ya que si no fuera así, la eficacia de los procedimientos de información y la consulta previstas en dicha Directiva, cuyo objeto es que sea posible, «… por una parte, la formulación de propuestas constructivas, al menos, sobre las posibilidades de evitar o de reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias y, por otra parte, la presentación de eventuales observaciones a la autoridad pública competente», devendría imposible. Así lo ha entendido también la Audiencia Nacional en diversos pronunciamientos (SSAN de 28-5-2012, Proc. 81/2012; y de 28-9-2012, Proc. 152/2012), cuando afirma que el período de consultas «se constituye, de este modo, en una clara manifestación de la negociación colectiva, garantizada por los arts. 28.1 y 37.1 CE, que tiene unas finalidades concretas, tales como examinar la concurrencia de las causas alegadas por la empresa y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias y efectos».

Esa asimilación entre periodo de consultas y negociación entre la empresa y los representantes de los trabajadores explica las exigencias que, en relación con la información y documentación que ha de aportar la empresa, las condiciones materiales y temporales en que ha de desarrollarse el periodo de consultas, la determinación de los sujetos legitimados para participar en las mismas o, finalmente, las condiciones necesarias para alcanzar un acuerdo, impone el art. 51 ET y detalla el Reglamento. Y justifica, a la vez, que la interpretación y el grado de exigencia del cumplimiento de estas condiciones estén directamente condicionadas por la necesidad de garantizar el marco adecuado para una efectiva negociación y la eficacia de los acuerdos que puedan alcanzarse.

A) INICIO DEL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO COLECTIVO: EXIGENCIAS DOCUMENTALES COMO GARANTÍA DEL ADECUADO DESARROLLO DEL PERIODO DE CONSULTAS

El adecuado cumplimiento de los fines que la norma comunitaria y el art. 51 ET atribuye

al periodo de consultas exige, como condición previa ineludible, que el empresario ponga a disposición de los representantes de los trabajadores toda la documentación pertinente para permitir un desarrollo adecuado del periodo de consultas.

La Directiva comunitaria establece, como ya se ha señalado, la obligación del empresario de «consultar, en tiempo hábil, a los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo», teniendo en cuenta que este acuerdo debe versar sobre las «posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante (…) medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o reconversión de los trabajadores despedidos».

La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha entendido que la razón de ser y la eficacia de las consultas con los representantes de los trabajadores requiere que desde el inicio estén decididos los factores que han de tenerse en cuenta en el transcurso de éstas, dado que es imposible llevar a cabo consultas de manera apropiada y de conformidad con sus objetivos sin la determinación de los elementos pertinentes relativos a los despidos colectivos previstos. Dichos objetivos son, a tenor del art. 2, apartado 2, de la Directiva 98/59, evitar las extinciones de contratos de trabajo o reducir su número así como atenuar sus consecuencias, reproduciéndose dichos objetivos en el art. 51.4 ET. Por ello, la Directiva exige que durante el transcurso de las consultas el empresario deberá proporcionar a los representantes de los trabajadores «toda la información pertinente», para que éstos «puedan formular propuestas constructivas» y, especialmente, «comunicarles por escrito» los «motivos del proyecto de despido», el «número y categorías de los trabajadores que vayan a ser despedidos», «número y categorías de los trabajadores empleados habitualmente», periodo en el que vayan a efectuarse los despidos, «criterios para designar a los trabajadores que vayan a ser despedidos» y, en fin, «el método de cálculo de las posibles indemnizaciones por despido».

A estos efectos, recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo vienen subrayando cómo los representantes de los trabajadores tienen derecho a recibir en el período de consultas la información pertinente, entendiéndose como tal la que permita que el período de consultas alcance el fin propuesto y durante el mismo se produzca una negociación efectiva. Como recuerda la STS 26-11-2012 (Rº 236/2011), reiterando lo ya expresado en la anterior STS 30-6-2011 (Rº 173/2010), «ha de afirmarse que en el precepto legal ni se impone un número mínimo de reuniones ni un contenido concreto de las mismas. Habrá de estarse a la efectiva posibilidad de que los representantes legales de los trabajadores sean convocados al efecto, conozcan la intención empresarial y sus razones, y puedan participar en la conformación de la misma, aportando sus propuestas o mostrando su rechazo. En todo caso, la esencia del procedimiento estriba en la persistencia de la buena fe y la inicial intención de lograr un acuerdo». Y, añade que «un proceso realmente negociador exige una dinámica de propuestas y contrapropuestas, con voluntad de diálogo y de llegar a un acuerdo, lo que obliga a la empresa, como beneficiaria de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de sus empleados e iniciadora del proceso, no sólo a exponer la características concretas de las modificaciones que pretende introducir, su necesidad y justificación, sino que también, en el marco de la obligación de negociar de buena fe, debe facilitar de manera efectiva a los representantes legales de los trabajadores la información y documentación necesaria», exigencia que ha sido reiterada, en relación ya con el despido colectivo, por las SSAN de 28-5-2012 (Proc. 81/2012) y de 28-9-2012 (Proc. 152/2012).

En atención a estas exigencias, los arts. 51.2 ET y 3 del Reglamento identifican el contenido mínimo necesario de la comunicación inicial de la empresa y exigen que la misma vaya acompañada de una memoria explicativa y de toda la información necesaria para acreditar las causas motivadoras del despido colectivo en los términos que reglamentariamente se de-

terminen. Se trata de exigencias generales para cualquiera de las situaciones que justifican causalmente un despido colectivo, esto es, ya se trate de razones económicas o técnicas, organizativas o de producción. Al respecto, como contenido necesario de la comunicación inicial del despido, se exige: a) «La especificación de las causas del despido colectivo, conforme a lo establecido en el art. 1» [art. 3.1 a) del Reglamento] que, en este punto, reitera el tenor literal del art. 51.2 ET; b) la precisa determinación del «número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido» [art. 3.1 b) del Reglamento]. No parece, dado que la comunicación con este contenido ha de presentarse el primer día del procedimiento, cuando se inicia el periodo de consultas, que sea imprescindible precisar con total exactitud los trabajadores que van a resultar afectados siendo lo natural que a lo largo del periodo de consultas pueda variar el número y clasificación profesional de los trabajadores afectados; c) el número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año; d) el periodo previsto para la realización de los despidos; y, finalmente, e) los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados. A estas exigencias se añade la necesaria aportación, junto con la comunicación inicial, del plan de recolocación externa que exige el art. 51.10 ET a las empresas en las que se lleve a cabo un despido colectivo que afecte a más de 50 trabajadores y de la solicitud a los representantes legales de los trabajadores del informe a que se refiere el art. 64.5.a) y b) ET. A partir de estas exigencias comunes, los arts. 5 y 6 del Reglamento especifican algunas exigencias documentales específicas en función de la causa justificativa del despido colectivo.

Estas disposiciones relativas a la documentación que el empresario debe dirigir a los representantes de los trabajadores son parte esencial del nuevo procedimiento, en la medida en que la información es presupuesto ineludible para que el periodo de consultas alcance sus fines. No en vano el art. 124. 11 LJS prevé la declaración de nulidad del despido colectivo cuando el empresario no «haya entregado la documentación prevista en el art. 51.2 del Estatuto de los Trabajadores» lo que convierte a esta exigencia del procedimiento en elemento central del mismo.

La verificación de que la empresa ha puesto a disposición de los trabajadores la documentación legalmente exigida y de que la misma ofrece, en cuanto a forma, tiempo y contenido, las condiciones necesarias para asegurar que los representantes de los trabajadores puedan desarrollar adecuadamente su función durante el periodo de consultas, ha constituido uno de los principales objetos de controversia judicial en los primeros pronunciamientos judiciales recaídos en materia de despidos colectivos tras la reforma de su régimen jurídico. En muchos de estos pronunciamientos judiciales se han apreciado defectos u omisiones determinantes de la nulidad del despido colectivo, y se han puesto de manifiesto las dificultades interpretativas que suscitan buena parte de esas exigencias, especialmente a la hora de concretar el detalle o extensión con que han de aportarse los aspectos requeridos.

Cuestiones como la decisión sobre si la exigencia de identificar el número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido incluye la necesidad de identificar nominativamente a los afectados (SAN 21-11-2012, Proc. 167/2012; STSJ Cataluña 23-5-2012, Proc. 107/2012), el análisis de las consecuencias derivadas de la falta de identificación del periodo durante el cual se pondrán en práctica las medidas propuestas (STSJ Madrid 25-6-2012, Proc. 21/2012), la determinación del grado de concreción que la empresa ha de respetar a la hora de identificar los criterios utilizados para seleccionar a los trabajadores (STSJ Madrid 25-6-2012, Proc. 21/2012 y SAN 15-10-2012, Proc. 162/2012) o, en fin, la identificación de la documentación específica que las empresas han de aportar en función de la causa justificativa de los despidos que aleguen (SAN 26-7-2012, Proc. 91/2012; STSJ Madrid 26-5-2012, Proc. 17/2012; STSJ Cataluña, 23-5-2012, Proc. 107/2012), han sido abordadas y resueltas ad casum por la doctrina

judicial, determinando en muchos casos la nulidad del despido colectivo por incumplimiento de las exigencias señaladas.

B) PROBLEMAS EN TORNO A LA ADECUADA CONSTITUCIÓN DEL ÓRGANO DE NEGOCIACIÓN Y LA ADOPCIÓN DE ACUERDOS

La centralidad que en el nuevo modelo de despido colectivo adquiere el periodo de consultas se refleja también en las consecuencias que, sobre la calificación del despido, genera el incumplimiento de las exigencias que al respecto determina el art. 51.2 ET. La elección correcta del ámbito —empresa, centro de trabajo o, incluso, grupo de empresas— en el que ha de desarrollarse la negociación, la adecuada constitución de la comisión negociadora —directamente vinculada con el ámbito de negociación—, o, en fin, las condiciones de adopción de los posibles acuerdos, son elementos determinantes del válido desarrollo del periodo de consultas. La adecuada gestión de estos aspectos genera, sin embargo, numerosas dudas e incertidumbres que ni el art. 51 ET ni el Reglamento resuelven adecuadamente y cuya resolución es imprescindible para eludir los efectos que sobre la calificación del despido colectivo pueden derivar de su incumplimiento (MERCADER/DE LA PUEBLA, 2013).

La determinación del ámbito de afectación del despido colectivo corresponde a la empresa, en cuanto es ésta quien pone en marcha el procedimiento para adoptar la decisión extintiva ante la concurrencia de alguna de las causas legales habilitantes. La empresa es libre para decidir si el despido colectivo afectará únicamente a uno o varios centros de trabajo o si, por el contrario, se proyectará sobre la totalidad de la empresa. No obstante, dicha decisión está condicionada por el ámbito en el que se materializan las causas legalmente exigidas para el despido y, a su vez, condiciona no solo la constitución de la comisión negociadora sino también la adopción de los posibles acuerdos durante el mismo.

El art. 26 del Reglamento atribuye legitimación para intervenir como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas a los representantes legales de los trabajadores y añade que «dicha intervención corresponderá a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal». En caso de ausencia de representantes legales en la empresa, los trabajadores podrán atribuir su representación durante la tramitación del procedimiento a una comisión ad hoc integrada, a elección de los propios trabajadores, bien por trabajadores de la propia empresa elegidos por estos democráticamente, bien por componentes designados por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenece la empresa (art. 26.3 del Reglamento).

La determinación del sujeto con el que la empresa ha de desarrollar el periodo de consultas plantea problemas no solo por la convivencia de representaciones unitarias y sindicales sino también por la posible ausencia de representación unitaria en alguno de los centros de trabajo afectados por el despido colectivo. Para estos últimos casos, el art. 26.2 del Reglamento ofrece una solución cuando señala que: «cuando la empresa tuviera varios centros de trabajo afectados por el procedimiento intervendrá, de manera preferente, el Comité Intercentros o el órgano de naturaleza similar creado mediante la negociación colectiva, si por esta vía tuvieran atribuida esta función». Pero se trata de una solución que, además de plantear problemas aplicativos porque la previsión reglamentaria altera la preferencia legal por la negociación con las representaciones sindicales (SEMPERE NAVARO, 2012), está condicionada por la existencia de tales órganos y por la efectiva atribución de competencia al efecto por la negociación colectiva. En otro caso, subsiste el problema de cómo determinar la comisión con la que ha de desarrollarse el periodo de consultas. En principio, la negociación con representantes de tan solo alguno de los centros afectados por el despido colectivo podría devenir nula al no quedar debidamente con-

formada la comisión negociadora, salvo que se hubiera producido una expresa delegación por parte de los trabajadores de estos centros de trabajo en dicha comisión. Se ha admitido, sin embargo, la validez de una comisión integrada únicamente por representantes unitarios de algunos de los centros de trabajo afectados cuando los trabajadores integrantes de dicha comisión no pusieron en cuestión su representatividad (SAN 21-11-2012, Proc. 167/2012), aunque no está claro si la interpretación sería la misma si quienes impugnan el despido por incumplimiento del periodo de consultas son trabajadores de los centros de trabajo no representados en la comisión. La opción por una comisión híbrida, como solución alternativa para estos casos, integrada por representantes unitarios y por representantes elegidos ad hoc en aquellos centros que carecen de representación unitaria, no está prevista legalmente y entraña evidentes dificultades prácticas.

La preferencia legal por la representación sindical constituye una opción que en buena medida puede solventar los problemas señalados pero que tampoco está exenta de problemas. Cuando las secciones sindicales que negocian lo hacen para una empresa con una pluralidad de centros de trabajo, en algunos de los cuales hay representación unitaria y en otro u otros no, cabe plantearse si posible medir la representatividad en el conjunto y deducir de ahí una legitimación global, para el conjunto de la empresa. Esta solución guarda analogía con la que se aplica en la negociación de sector y facilita la negociación en el nivel empresarial, por lo que parece la más sensata; además, «de la misma manera que si se alcanza la mayoría en el global se representa a todos los centros de trabajo, incluso a aquéllos en los que aisladamente considerados no se ha alcanzado, lo mismo debería entenderse respecto de los centros que carecen de instancias representativas» (NORES TORRES/RODRÍGUEZ PASTOR, 2006).

El art. 27.1 del Reglamento contempla además la posibilidad, no prevista en el art. 51 ET, de que en lugar de optar por una negociación global, referida a la totalidad de los centros de trabajo afectados por la decisión de despido colectivo, se negocie por centros de trabajo. Ello determina la descomposición del procedimiento de despido en tantos periodos de consultas y decisiones extintivas como centros de trabajo existan en la empresa y permite resultados distintos en cada uno de ellos. La posible impugnación de tales decisiones exigiría procedimientos judiciales diferenciados multiplicándose la posibilidad de interpretaciones judiciales distintas respecto de la validez de los diversos periodos de consultas, la legitimidad de cada uno de los acuerdos alcanzados o, lo que plantearía mayores problemas, de la propia concurrencia de las causas. Ello ha determinado que algunos pronunciamientos judiciales hayan rechazado la posibilidad de parcelar la negociación del despido colectivo en tantos procesos de negociación y acuerdos como centros de trabajo afectados existan. La SAN 25-7-2012 (Proc. 109/2012) señaló que «ni la Directiva ni el art. 51ET contemplan la posibilidad de parcelar el proceso de negociación por centros de trabajo, sustanciándose tantas consultas como centros existan, e igual número de posibles acuerdos con contenidos diversos. Presumiendo el sentido común del legislador comunitario y del nacional, cabe interpretar este silencio como la apuesta por un proceso único, con resultado homogéneo para la totalidad de los trabajadores afectados por la decisión extintiva empresarial, y que, por tanto, no quede al albur del específico desarrollo de la negociación y contenido del eventual acuerdo que se consiga según el centro de trabajo de que se trate». Se ha dicho que la negociación por centros choca con lo dispuesto en el art. 124 LJS que solo contempla la impugnación de un único despido colectivo y no prevé fallos diferenciados. Pero no parece imposible aceptar que la empresa inicie diversos procesos de despido en cada uno de sus centros de trabajo, paralela o sucesivamente, cada uno de los cuales se desarrollará autónomamente y será impugnable por separado. Sin perjuicio, por supuesto, de que tal estrategia empresarial persiga precisamente parcelar la negociación con la intención de perjudicar el desarrollo de los periodos de consultas, hurtando a los tra-

bajadores una visión global de la situación que impida a estos efectuar propuestas alternativas y perjudique, con ello, el adecuado desarrollo del periodo de consultas.

Tampoco contemplan, ni la ley ni el Reglamento, el grupo de empresas como ámbito posible de decisión del despido colectivo. Opción que, sin embargo, la doctrina judicial admite sin dudas cuando se trata de un grupo laboral de empresas alegando que «la fragmentación del despido colectivo, dividido artificiosamente en tres partes, pese a que las empresas constituyen un grupo de empresas a efectos laborales, quiebra el principio de buena fe, que les era exigible de conformidad con lo dispuesto en el art. 51-2 ET, puesto que impedía, como reflejan los informes de la Inspección de Trabajo, comprobar cuál era la auténtica realidad empresarial» (SAN 26-7-2012, Proc. 124/2012 y SAN 28-9-2012, Proc. 152/2012). La razón última que lleva a considerar al grupo laboral de empresas como ámbito adecuado y, en su caso, necesario para la tramitación del despido colectivo, remite a la consideración de que estos supuestos patológicos de grupos de empresas entrañan una realidad empresarial única. También en los despidos colectivos es imprescindible identificar al empresario real y, tratándose de un grupo laboral de empresas, sin duda se identifica con éste. De este modo, la noción de grupo trasciende la mera consecuencia vinculada a la imputación de responsabilidades y permite considerar a éste como auténtico y único empresario frente a los derechos de los trabajadores.

La adopción del acuerdo requiere, conforme al art. 28.1 del Reglamento, «la conformidad de la mayoría de los miembros de la comisión negociadora que, en su conjunto, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados». El problema que puede plantearse es si la referida «mayoría» debe calcularse sobre el número de personas que integran la llamada comisión o sobre la representación que ostentan esas personas, y en concreto si se hará sobre un voto personal o sobre un voto ponderado en relación con lo que representan. La jurisprudencia mayoritaria ha entendido, incluso en caso de negociaciones de ámbito empresarial, que el término «representaciones» se encuentra referido a las «partes negociadoras» y no a los «miembros de la comisión negociadora» por cada una de las partes y, por tanto, ha venido resolviendo la cuestión en favor del voto proporcional (STS 3-6-2008, Rº 3490/2006). No obstante, el tenor literal de la norma parece evidente, ésta se refiere a «miembros» y no «representantes». Por ello, y a la luz de la consolidada doctrina jurisprudencial existente, es posible entender, atendiendo al postulado del legislador racional, que éste ha optado de manera premeditada por una respuesta distinta de la contemplada para el supuesto contemplado en el art. 89.3 ET. Cabe por tanto entender, dada la peculiar configuración de esta representación, que la nueva regulación hace primar la «composición efectiva» de la comisión sobre la «electiva», primando el voto por «cabezas» sobre el voto basado en porcentajes representativos. Solución que, por otro lado, puede considerarse razonable si atendemos a la necesidad de que, en algunos casos, se adopte un acuerdo por sujetos que actúan, no se olvide, en sustitución de la ausente representación legal de los trabajadores en la empresa y en defensa unitaria de sus intereses.

Cuando se trata de comisiones negociadoras integradas por representantes de varios centros de trabajo, para atribuir la mayoría a efectos de alcanzar el acuerdo, se aplicará lo que decida la propia comisión negociadora, previéndose que «en el caso de no existir una decisión al respecto, será considerado el porcentaje de representación que tenga, en cada caso, cada uno de sus integrantes» (art. 28.2 del Reglamento). Se trata de una previsión que puede plantear especiales problemas en aquellos casos en los que convivan «representaciones hibridas». En estos casos, el establecimiento de un criterio igualitario de voto para todos los centros con independencia del número de representantes existentes en ellos puede producir efectos perversos. Otorgar el mismo valor representativo a los órganos institucionalizados (delegados de personal y comités de em-

presa) que a las representaciones ad hoc puede dar lugar a un evidente déficit representativo. El hecho de que el voto ponderado sea elegido por la norma como criterio supletorio en ausencia de expresa decisión por la comisión puede plantear problemas de difícil solución. Problemática resulta también la previsión reglamentaria que, en sintonía con la admisión de negociación por centros de trabajo, permite que se alcancen acuerdos en algunos centros de trabajo, cuando hayan votado a favor del mismo la mayoría de los miembros de la comisión negociadora, en tanto que en otros no.

C) UN PROBLEMA CLÁSICO: A VUELTAS CON EL CONTENIDO DEL DEBER DE NEGOCIAR DE BUENA FE

El período de consultas es un verdadero proceso de negociación, guiado por la búsqueda de un acuerdo, con un contenido mínimo obligatorio, en el que ambas partes están obligadas a negociar de buena fe. Así, lo establece el art. 51.2 ET al señalar que, «durante dicho periodo, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo». Por su parte, los artículos 7.1 y 20.1 del Reglamento son también concluyentes: «las partes deberán negociar de buena fe». No obstante, el legislador no determina qué ha de entenderse por tal, por lo que la integración en el sistema de normas del citado principio no deja de crear conflictos hermenéuticos por su contenido general e inconcreto.

La buena fe impregna todo el periodo de consultas de modo que el exacto cumplimiento de las exigencias que las normas imponen para su desarrollo ha de ser valorado a la luz del citado principio. Pero más allá del incumplimiento de una obligación específica, como puede ser la falta de entrega de la documentación pertinente o la omisión de datos esenciales en la comunicación inicial, cuyo alcance y consecuencias están expresamente previstas, el problema se plantea cuando la conducta de las partes, teóricamente respetuosa con las exigencias legales, puede afectar a esa exigencia de buena fe.

Los pronunciamientos dictados tras la entrada en vigor de la reforma laboral en esta materia han defendido que no cabe entender existente una verdadera negociación durante el período de consultas si no se aprecia el juego de propuestas y contrapropuestas, puesto que negociar implica estar dispuesto a ceder. En definitiva, el período de consultas ha de realizarse bajo una verdadera voluntad de diálogo, procurando la consecución del acuerdo respecto de todas y cada una de las circunstancias que afecten a la medida propuesta. De este modo, no puede admitirse que dicho período se limite a una mera comunicación escrita por parte de la empresa, a un mero intercambio de pareceres o a una mera propuesta, sino que la misma debe ir acompañada de una precisa, concreta y amplia documentación que posibilite una negociación real.

Reflexiones especialmente importantes incorpora, en este punto, la STSJ Cataluña 26-6-2012 (Rº 8/2012). La misma subraya que lo que caracteriza la buena fe en la negociación colectiva es la lealtad entre las partes. Es por eso que no se tiene que confundir este principio jurídico, normativizado como elemento ético o moral, con el resultado de la negociación. En estos casos, se dice, lo que «es necesario analizar es si la conducta de una de las partes ha pretendido hacer imposible el pacto; o bien ha existido engaño u ocultación; o no ha existido coherencia en el posicionamiento de una de las partes, con cambios repentinos de sus pretensiones (…), o bien se ha efectuado un uso ilegítimo del marco legal». Todo ello dado que, como afirma la STS 3-2-1998 (Rº 121/1997), «el principio de buena fe en la negociación colectiva, expresamente establecido en el propio art. 89 ET, obliga a las partes a ser consecuentes con sus propias posiciones, y no alterarlas sustancialmente de un día para otro». En la medida que la Ley impone a las partes la obligación de negociar —lo que está claro en el periodo de consultas— las partes tienen que intentar lograr un acuerdo, pero esto no deter-

mina que el fracaso en este hito determine la infracción del principio de buena fe.

En suma, en lo que respecta al alcance del deber empresarial de negociar, y de hacerlo conforme al principio de la buena fe, es claro que ello no se traduce en la obligación de aceptar las reivindicaciones de los representantes de los trabajadores y alcanzar un acuerdo, pero sí en la de mostrar una actitud abierta y dialogante en las reuniones que se celebren, escuchar las propuestas de los representantes del personal, valorarlas y darles contestación, explicar las razones de su rechazo, argumentar las propias, etc.

En cualquier caso, el problema esencial es decidir las posibles consecuencias que sobre la calificación del despido derivan de las conductas que implican una infracción de la buena fe, cuestión que dependerá de en qué medida la conducta o el comportamiento reprobado limita o impide el adecuado desarrollo del periodo de consultas, hasta el punto de tener el mismo como no celebrado.

5. EL DESEO Y LA REALIDAD: SIMPLIFICACIÓN Y ABARATAMIENTO DEL DESPIDO COLECTIVO FRENTE A INCERTIDUMBRES E INCREMENTO DEL COSTE

Se ha dicho y repetido ya que el objetivo de la reforma ha sido el de devolver al que debe ser su cauce natural, el despido colectivo, las extinciones fundadas en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, que en los últimos tiempos habían huido del expediente de regulación de empleo hacia otras fórmulas extintivas más caras pero más seguras. El diseño de un procedimiento que prescinde de la autorización administrativa debería permitir eliminar las patologías del sistema precedente que, como se ha visto, habían derivado en una excesiva prolongación de los procedimientos y en un encarecimiento del coste del despido inasumible para las empresas en situación de crisis. En definitiva, se trataba de diseñar un procedimiento de despido colectivo adecuado y eficiente para afrontar de forma rápida y eficaz la crisis económica en la empresa permitiendo en su caso, a través del ajuste de plantilla necesario, la continuidad de la actividad empresarial.

La experiencia en la aplicación del nuevo modelo legal de despido colectivo es todavía breve pero resulta suficiente para evidenciar ya algunos de los problemas de los que adolece tal diseño que permiten cuestionar el acierto de la opción legal, al menos si se valora desde la perspectiva de los objetivos perseguidos con la reforma. Muchos de los problemas prácticos derivan de la específica configuración del despido colectivo pero otros, como se verá, están vinculados con el marco general regulador de la extinción del contrato de trabajo que también, y no casualmente, ha sido afectado por la reforma de 2012.

A) LAS DEBILIDADES DEL NUEVO PROCEDIMIENTO DE DESPIDO COLECTIVO: INCERTIDUMBRES SOBRE EL ADECUADO DESARROLLO DEL PERIODO DE CONSULTAS E INSUFICIENCIAS EN LA REGULACIÓN DE LA CAUSA

Los pronunciamientos judiciales recaídos en los procesos de despido colectivo tramitados después de la entrada en vigor del RDL 3/2012 han resuelto, en su mayoría, impugnaciones colectivas frente a decisiones extintivas adoptadas por el empresario tras un periodo de consultas finalizado sin acuerdo. El acceso a sentencias que dirimen demandas individuales derivadas de despidos colectivos es todavía escaso, en parte por la previsión legal de suspensión de los procedimientos hasta que se resuelva la demanda colectiva (art. 124. 6 y 124.13 b LJS) y en parte porque tales demandas tienen una tramitación más compleja, primero ante el Juzgado de lo Social y después en recurso de suplicación ante los Tribunales Superiores de Justicia, cuyas sentencias son las que se publi-

citan. Con todo, existen ya pronunciamientos que resuelven este tipo de demandas.

El análisis de estos primeros pronunciamientos revela que los principales problemas de interpretación se han suscitado, en gran medida, en torno al desarrollo del periodo de consultas y al cumplimiento de las obligaciones que al respecto se imponen al empresario. La determinación de si la información suministrada en la comunicación inicial del despido incluye todos los extremos fijados legalmente y lo hace con el detalle y extensión necesarios, si la documentación acreditativa de las causas del despido es suficiente para que los trabajadores adquieran un conocimiento si no pleno sí al menos suficiente de las razones que motivan la decisión extintiva, la valoración de si el comportamiento empresarial a lo largo del periodo de consultas es respetuosa con las exigencias del deber de buena fe o, en fin, si la comisión negociadora se ha constituido adecuadamente, garantizando la adecuada representación de todos los trabajadores potencialmente afectados por el despido y la validez de un eventual acuerdo, ocupan buena parte de los pronunciamientos judiciales. Son cuestiones de importancia no menor pues la apreciación de errores o defectos tiene consecuencias sobre la calificación del despido, determinando su nulidad cuando los incumplimientos apreciados judicialmente constituyan un incumplimiento empresarial de la obligación de entregar la documentación o permitan considerar que vician el periodo de consultas hasta el punto de considerar que éste no se ha realizado.

La aprobación del Reglamento de despidos colectivos puede, no obstante, ayudar a clarificar y resolver muchas de las cuestiones controvertidas, algunas de ellas suscitadas precisamente como consecuencia de las incertidumbres generadas por la peculiar supervivencia del RD 801/2011, aprobado para regular un procedimiento todavía sometido a autorización administrativa. Bien es cierto que el Reglamento vigente no resuelve todos los problemas, incluso puede suscitar algunos nuevos, pero sí aclara cuestiones de difícil solución al amparo exclusivo del art. 51 ET. A ello se añade la importante y rigurosa tarea que están desarrollando los órganos judiciales del orden social que, a través de estos primeros pronunciamientos, están fijando criterios sobre la composición de las comisiones negociadoras e identificando pautas de actuación y comportamiento que aportan certidumbre y seguridad, no solo a la empresa sino también a la representación de los trabajadores, sobre el contenido del periodo de consultas y las condiciones en que éste ha de desarrollarse.

Por otra parte, también ha generado intensa conflictividad la cuestión del alcance del control judicial sobre las causas del despido. No se trata solo de la comprobación de que efectivamente han quedado acreditadas las circunstancias alegadas por la empresa como fundamento de su decisión extintiva sino, además, que tales circunstancias constituyen causa de los despidos producidos. La definición de las causas que legitiman el despido colectivo ha sido un aspecto donde ha incidido de forma decisiva la reforma llevada a cabo por el RDL 3/2012 y por la Ley 3/2012. El art. 51.1 ET se limita ahora a identificar o definir las circunstancias que permiten constatar la existencia de una causa económica, técnica, organizativa o de producción, incorporando algunas precisiones importantes respecto a la delimitación que anteriormente hacía la norma, precisiones que abundan en la tendencia a objetivizar y flexibilizar el presupuesto habilitante del despido colectivo. A ello contribuye la eliminación de las referencias que la regulación anterior hacia a la exigencia de que el despido contribuyera a superar la situación económica negativa de la empresa, exigiendo con ello que el análisis del despido incluyera la valoración sobre la conexión entre la medida extintiva y el objetivo fijado por la norma. El objetivo del legislador es claro y queda expresado con claridad inequívoca en el preámbulo del RDL 3/2012 y de la Ley 3/2012: «el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas». Pero esa declaración, como es lógico, no ha impedido que los órganos judiciales aborden el análisis de la concurrencia de las causas y valoren

la legitimidad del despido colectivo desde la perspectiva de la afectación de los contratos de trabajo por la concurrencia de las mismas.

Las consecuencias prácticas de estos cambios normativos han generado ya un interesante debate doctrinal (DESDENTADO, 2012; MERCADER/DE LA PUEBLA, 2013; FALGUERA BARÓ, 2013); y han determinado pronunciamientos judiciales no siempre uniformes. Desde las sentencias que abiertamente declaran que la nueva regulación ha dejado subsistente únicamente la acreditación de la causa alegada pero suprime lo relativo a la conexión funcional (STSJ Madrid 11-6-2012, Proc. 22/212, STSJ Cantabria 26-9-2012, Proc. 2/2012 o STSJ Galicia 6-7-2012, Proc. 12/2012) hasta aquellos que contundentemente exigen «la obligación empresarial de acreditar la concurrencia de relación de funcionalidad, razonabilidad y proporcionalidad entre la causa económica y productiva y las extinciones contractuales» (SAN 18-12-2012, Proc. 257/2012; SAN 4-2-2012, Proc. 167/2012), la variedad de soluciones e interpretaciones es amplia y pone de relieve que, también en este punto, la claridad y certeza perseguidas por el legislador están bien lejos de conseguirse.

Precisamente las dificultades que plantea la valoración de la concurrencia de las causas justificativas del despido colectivo permiten cuestionar abiertamente alguna de las decisiones adoptadas por el legislador en relación con el proceso de despido colectivo, evidenciando una de las principales debilidades del sistema diseñado.

Me refiero ahora a la eficacia que la ley atribuye al acuerdo que, en su caso, se alcance durante el mismo. Una vez superadas las dificultades que, como se ha visto, implica la válida constitución de la comisión negociadora, cumplidas las obligaciones documentales que impone la norma, respetadas las exigencias de negociación de buena fe, planteadas y debatidas medidas alternativas al despido y conseguido el acuerdo, el valor de éste resulta ciertamente limitado. El acuerdo alcanzado en el periodo de consultas del art. 51 ET no goza de la eficacia que atribuyen los arts. 41.4, 47.1 y 82.3 ET a los acuerdos alcanzados con ocasión de decisiones de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, suspensiones de contrato o reducciones de jornada, y de inaplicación de condiciones laborales previstas en Convenio colectivo. Estos preceptos declaran que «cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas» e impiden la impugnación individual o colectiva fundada en la inexistencia o insuficiencia de las mismas. Pero esto no ocurre en el caso del despido colectivo donde la obtención del acuerdo no impide a ninguno de los sujetos legitimados cuestionar la concurrencia de las causas alegadas ni condiciona el análisis que el órgano judicial pueda hacer sobre la suficiencia o no de las mismas. Y ello no parece que favorezca la aplicación pacífica de la decisión consensuada sobre el despido colectivo.

B) DE NUEVO, LA PROLONGACIÓN EN EL TIEMPO DE LOS PROCESOS DE DESPIDO COLECTIVO Y, ADEMÁS, JUDICIALIZACIÓN DE LAS DECISIONES EXTINTIVAS

Es precisamente la judicialización de los despidos colectivos otro de los efectos manifiestos de la reforma. Y esta judicialización, que deriva directamente de la configuración legal del despido, repercute directamente sobre la celeridad, certeza y seguridad que quería atribuirse a las decisiones de despido colectivo.

La supresión de la autorización administrativa se justifica, entre otras razones, en el preámbulo de la Ley 3/2012 por razones de celeridad. Frente a ese problema de la demora y prolongación ineficientes de los expedientes de regulación de empleo ya había actuado la reforma del 2010, sin prescindir de la autorización administrativa. La Ley 35/2010 limitó la duración del periodo de consultas a un máximo de treinta días que quedaba reducido a quince cuando se trataba de empresas de menos de cincuenta trabajadores. Se ponía fin, con esta medida, a una práctica habitual en los expedientes de regulación de empleo

consistente en la prolongación excesiva del periodo de consultas que resultaba claramente ineficiente cuando la situación de la empresa requería una solución inminente. Esa prolongación de la negociación se explicaba por lo imprevisible de la resolución administrativa —que incitaba a las empresas a buscar acuerdos a cualquier precio— y a la propia actuación de la Administración que, favorable siempre al acuerdo, incentivaba la prolongación de las consultas más allá del límite razonable. La ley 35/2010 fijó un plazo perentorio para que las partes busquen el acuerdo, de modo que alcanzado éste sin acuerdo, la decisión sobre el despido quedaba en manos de la Administración. Con la misma finalidad de abreviar la tramitación del despido colectivo, se redujo también, de quince a siete días, el plazo en el que la autoridad laboral competente había de dictar resolución cuando el periodo de consultas había finalizado con acuerdo. Pero quizás el mayor logro, en beneficio de esa reducción temporal de la aprobación y ejecución del expediente, fue la atribución al orden social de la jurisdicción de la competencia para conocer de la impugnación de las resoluciones administrativas (art. 2n Ley 36/2011), satisfaciendo así una demanda largo tiempo reclamada. El procedimiento diseñado en el art. 151.11 LRJS preveía además que la sentencia que dejase sin efecto una resolución administrativa en virtud de la cual se hubieren producido extinciones de la relación de trabajo declarará el derecho de los trabajadores afectados a reincorporarse en su puesto de trabajo, asegurando así la rápida resolución de los conflictos individuales que pudieran derivarse de la anulación de la resolución administrativa.

La reforma de 2012 ha mantenido el carácter de máximo del plazo de treinta o quince días para desarrollar el periodo de consultas. Desaparecida además la necesidad de autorización administrativa, los únicos plazos a respetar para poner en práctica las extinciones acordadas o decididas son los previstos en el art. 51.4 ET y en el art. 53.1.c) ET. El primero exige que haya transcurrido un mínimo de treinta días entre la fecha de la comunicación del inicio del periodo de consultas a la autoridad laboral y la fecha de efectos del despido, plazo que normalmente se habrá consumido precisamente durante el transcurso del periodo de consultas. El segundo remite a los quince días de preaviso que ha respetar el empresario en su comunicación individual a cada trabajador afectado, en virtud de la remisión que el art. 51.1 ET hace a las formalidades del despido objetivo. Son plazos razonables, que además pueden verse reducidos en caso de que no se agote el periodo de consultas. El problema del tiempo resurge, sin embargo, en caso de impugnación de la decisión extintiva.

La supresión de la autorización administrativa ha determinado también la revisión de la LRJS. De la nueva regulación surgen cuatro tipos de impugnaciones: la colectiva, para la que están legitimados las representaciones legales de los trabajadores —todas ellas y no solo las que hayan participado en el periodo de consultas, si bien en el caso de los representantes sindicales se exige que tengan implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo (art. 124.1 LJS)—; la individual —que pueden utilizar los trabajadores afectados por el despido (art. 124.13 LJS)—; la de la Administración respecto de los acuerdos alcanzados durante el periodo de consultas (art. 148b LJS) y, finalmente, la del propio empresario —que puede utilizarse cuando ni los representantes de los trabajadores ni la Autoridad Laboral ha hecho uso de su derecho de impugnación—.

Esta nueva regulación procesal es compleja y no resuelve el problema de la demora en la definitiva resolución de las impugnaciones de los despidos. El sistema prevé, dejando al margen la impugnación por la Administración, tres vías impugnatorias sucesivas —la colectiva, la del empresario y las individuales—. Las primeras consumen dos niveles de decisión —instancia y recurso extraordinario— y la última, que normalmente empezarán cuando acaben las otras, tres —instancia, suplicación y en su caso casación para la unificación de doctrina. Demasiado tiempo, se ha dicho, para un despido colectivo (DESDENTADO, 2012).

La judicialización de los despidos colectivos es una consecuencia necesaria de la supresión de la autorización administrativa. Desaparecido el control que efectuaba la autoridad laboral, son los órganos judiciales del orden social los que deben garantizar la legalidad de la medida adoptada por el empresario y la adecuada protección de los derechos de los trabajadores. Pero la regulación del despido colectivo y de su impugnación fomentan la impugnación de las decisiones extintivas.

La impugnación del despido es casi segura cuando el periodo de consultas ha acabado sin acuerdo pues precisamente ese resultado derivará de la no aceptación por los trabajadores de alguno de los presupuestos sobre los que se fundamenta la decisión empresarial. En ese caso, los mismos sujetos que han participado en el periodo de consultas pueden impugnar la decisión extintiva. Pero no solo ellos, pues están legitimados también el resto de representantes de los trabajadores en los términos del art. 124.1 LJS. Y a la demanda colectiva le acompañan inexorablemente las correspondientes impugnaciones individuales. La previsión de suspensión de las demandas individuales de despido o la posibilidad de iniciar el proceso individual tras la sentencia colectiva no hacen sino retrasar la resolución definitiva pues los efectos de cosa juzgada que se atribuyen a la sentencia dictada en el proceso colectivo no impiden que, incluso en caso de desestimación de aquélla, después continúen los procesos individuales cuando se hayan alegado o se aleguen motivos de impugnación que afecten a cuestiones no dirimidas en la sentencia colectiva.

Pero tampoco el acuerdo durante el periodo de consultas permite cerrar con carácter definitivo la decisión de despido colectivo. Y este es uno de los aspectos más criticables de la regulación. No se trata, obviamente, de la posibilidad de que los trabajadores individualmente afectados impugnen su despido por razones vinculadas a la lesión de sus derechos fundamentales, la vulneración de derechos de preferencia o cuestiones vinculadas con la fijación de la indemnización. La amplitud con que el art. 124.1 LRJS reconoce la legitimación para impugnar el despido colectivo permite que representantes de los trabajadores que no han participado en el periodo de consultas ni, por tanto, en el acuerdo, impugnen la decisión empresarial alegando cualesquiera de los motivos que determinan la declaración judicial de que el despido es nulo o no ajustado a derecho. No es extraño que los sindicatos minoritarios utilicen esta vía de forma poco selectiva para combatir los acuerdos adoptados en el periodo de consultas por los mayoritarios o que algunos de éstos combata lo pactado por los otros (DESDENTADO, 2012). La necesidad de esta vía no está clara, pues la tutela de los trabajadores, ante un acuerdo eventualmente alcanzado en su perjuicio, siempre puede articularse a través de la impugnación por la autoridad laboral.

Pero quizás más importante que ello es que no se han excluido de los motivos de impugnación los referidos a la concurrencia de las causas justificativas del despido. Como ya se ha señalado anteriormente, en el ámbito del despido colectivo la obtención del acuerdo no impide a ninguno de los sujetos legitimados cuestionar la concurrencia de las causas alegadas ni condiciona el análisis que el órgano judicial pueda hacer sobre la suficiencia o no de las mismas. Se suprime así una regla tradicional que había vinculado la actuación de la administración laboral y el enjuiciamiento de los despidos colectivos por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa (CABEZA PEREIRO, 2012, pág. 290). El efecto es evidente: se debilita el acuerdo alcanzado en periodo de consultas, pues este es vulnerable y susceptible de impugnación por sujetos individuales y colectivos. La seguridad que la empresa obtenía, en el marco del expediente de regulación de empleo, aun siendo relativa era eficaz pues, en la práctica, y salvo casos excepcionales, garantizaba la autorización administrativa y salvaguardaba la validez de los despidos decididos a su amparo. La «desvalorización» del acuerdo durante el periodo de consultas reduce así los incentivos para que la empresa busque una salida consensua-

da con los representantes de los trabajadores. La incertidumbre e inseguridad empresarial sobre el resultado del procedimiento, uno de los principales elementos que determinaba la huida del despido colectivo, no solo subsiste tras la reforma sino que se ha incrementado alcanzando ahora también a los casos en que se ha alcanzado un acuerdo.

C) SOBRE LA PRETENDIDA REDUCCIÓN DE COSTES DEL DESPIDO COLECTIVO

Finalmente, hay otro elemento que distorsiona el sistema de extinciones motivadas por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción y que acaba, sumado a los anteriores factores, por convertirlo en un sistema ineficiente. Este factor remite directamente al coste del despido improcedente.

Una de las medidas más rigurosas que incluye la reforma del 2012 ha sido la reducción de la indemnización por despido improcedente. La indemnización de cuarenta y cinco días por año se ha reducido a tan solo treinta y tres días por año topando además la cuantía final en un máximo de veinticuatro mensualidades. La decisión no supone una novedad absoluta pues la progresiva ampliación del contrato para el fomento de la contratación indefinida ya nos había familiarizado con este módulo, por más que el mismo solo estuviera legalmente previsto para el despido objetivo improcedente. Algo similar ocurre con la eliminación de los salarios de trámite en caso de despido improcedente con opción por el abono de la indemnización, que también ha venido precedida por la posibilidad empresarial de beneficiarse de esta reducción del coste del despido improcedente a través del conocido como despido exprés.

La reducción general de la indemnización por despido improcedente no resulta pues sorpresiva. Pero no por ello deja de ser criticable (FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2012). La rebaja indemnizatoria tiene lugar en el marco del despido ilícito de modo que se reduce la respuesta sancionadora del ordenamiento ante el comportamiento antijurídico del empresario y ello supone, en sí mismo, una anomalía en la lógica del contrato (DESDENTADO, 2012).

Las consecuencias son particularmente graves en el despido colectivo. Y ello porque la diferencia entre la indemnización mínima por despido procedente, que no se ha modificado, y la prevista para el despido improcedente se reduce a tan solo trece días, lo que supone una pérdida de la eficacia punitiva del despido improcedente. Esta reducción tiene, además una consecuencia indirecta: la cantidad de referencia para presionar durante el periodo de consultas por un incremento de las indemnizaciones pactadas es ahora mucho más reducida. Aunque no hay datos estadísticos disponibles, es evidente que la cuantía de las indemnizaciones pactadas en los despidos colectivos se ha reducido sensiblemente, y todo hace pensar que este efecto no es consecuencia de la supresión de la autorización administrativa sino que deriva directamente de la reducción del coste del despido improcedente.

Esta reducción de la indemnización por despido improcedente convive, además, con una regulación que no solo ha mantenido inamovible la cuantía de la indemnización del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción procedente sino que ha incrementado sensiblemente su coste cuando se trata de un despido colectivo.

La cuantía indemnizatoria a abonar por la empresa en caso de despido procedente fundado en las causas mencionadas no se ha modificado, sigue anclado en el módulo de los veinte días por año de servicio con un máximo de doce mensualidades. Pero el coste del despido colectivo no remite únicamente a la cuantía de las indemnizaciones, sino que incluye otras partidas económicas cuya existencia viene determinada desde la propia ley y que contribuyen a encarecer el coste real del despido procedente. Progresivamente, durante los últimos años, se han ido imponiendo una serie de medidas que han de acompañar al despido colectivo y cuyo coste se suma al derivado directamente de las extinciones. El convenio especial en caso de que el despido afecte a tra-

bajadores con cincuenta y cinco o más años de edad, la exigencia de un plan de recolocación externa a través de empresas de recolocación autorizadas cuando el despido afecte a más de cincuenta trabajadores, y la más reciente exigencia de efectuar una aportación económica al Tesoro Público, incorporada por la DA 16 Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, son exigencias que incrementan el coste del despido colectivo, mucho más allá de lo que suponen en sentido estricto las extinciones de contratos.

El art. 51.10 ET impone a las empresas que lleven a cabo un despido colectivo que afecte a más de 50 trabajadores deberá ofrecer a los trabajadores afectados un plan de recolocación externa a través de empresas de recolocación autorizadas. Dicho plan deberá incluir medidas de formación y orientación profesional, atención personalizada a cada trabajador afectado y búsqueda activa de empleo. Según los datos suministrados por ANEPRE, la patronal de las empresas de recolocación, en su página de Internet, los precios para colectivos o grupos industriales están entre los 3.500 y 5.000 euros por cada trabajador, oscilando entre esos topes máximo y mínimo en función «del número de personas afectadas y del tiempo de duración del programa». Si se trata de recolocación individual, los precios oscilan entre los: 12.000 y 24.000 euros por altos directivos; 8.000 y 12.000 en los directivos funcionales; entre 7.000 y 10.000 euros, por recolocar a los mandos intermedios y en el caso de técnicos y administrativos, la tarifa oscila entre 4.500 y 6.500 por persona.

Por su parte, la obligación de hacer una aportación al Tesoro Público, recogida en el art. 51.11 ET y regulada en la DA 16 de la Ley 27/2011 y en el RD 1484/2012, de 29 de octubre, constituye igualmente un importante coste económico. Los motivos para su incorporación remiten al impacto que sobre los propios trabajadores y sobre el mercado de trabajo tiene la expulsión prematura de los trabajadores de más edad. Se trata de un colectivo especialmente afectado por los procesos de destrucción de empleo y con graves dificultades para reincorporarse al trabajo. Su expulsión del mercado laboral genera, además, un elevado coste para el sistema de protección por desempleo, coste que resulta socialmente inasumible cuando las empresas que prescinden de tales trabajadores lo hacen en un contexto de beneficios. La finalidad de la norma se comparte pero ello no impide advertir el importante coste económico que supone, consecuencia que además se ha agravado con el diseño final que se ha dado a esta aportación al Tesoro Público. A ello hay que añadir que, ciertamente, la aportación al Tesoro Público se configura inicialmente en un contexto legal donde la causa se delimitaba de forma más exigente y se dirige exclusivamente a los despidos que afectan en mayor medida, en términos numéricos, a los trabajadores maduros. Pero lo cierto es que tal medida se ha mantenido y endurecido tras la ampliación de la justificación causal del despido y en un contexto en el que las empresas aprovechan la extinción colectiva para rejuvenecer plantillas, de manera que su potencial de aplicación es amplio.

En su versión inicial, recogida en la DA 16 Ley 27/2011, la exigencia de esta aportación se dirigía a grandes empresas (con más de quinientos trabajadores) que acudan a despidos colectivos habiendo tenido beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores, y se limitaba a los despidos que afectaran al menos a cien trabajadores en un periodo de referencia de tres años. La DF 4ª Ley 3/2012 modifica estas condiciones y amplía el ámbito de empresas potencialmente afectadas, al reducir el umbral numérico de trabajadores que ha de tener la empresa de quinientos a cien, incluidas también las que formen parte de grupos de empresas que empleen a ese número de trabajadores, y eliminar la exigencia de que el despido afecte a un número mínimo de trabajadores. Posteriormente, el RDL 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, vuelve a incidir en la regulación de esta medida. Con la finalidad de desincentivar la discriminación

de trabajadores con más edad en el marco de los despidos colectivos, se añade un nuevo requisito de modo que la aportación económica se exige cuando, además de cumplirse las condiciones ya señaladas, el porcentaje de trabajadores despedidos de cincuenta o más años sobre el total de despidos sea superior al porcentaje que los trabajadores de esa edad representan sobre el total de la plantilla de la empresa. Pero, a la vez, se amplía el ámbito de empresas potencialmente afectadas al modificar el requisito de obtención de beneficios permitiendo que también queden incluidas las empresas que obtengan beneficios al menos en dos ejercicios económicos consecutivos dentro de periodo comprendido entre el ejercicio económico anterior al despido colectivo y los cuatro posteriores a dicha fecha.

Esta última previsión tiene una gran importancia pues incide en un aspecto ya presente en la inicial configuración de esta exigencia económica pero que ahora se refuerza. En efecto, la aportación al Tesoro Público no estaba reservada, en la versión inicial de la disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011, exclusivamente a los despidos colectivos fundados en causas técnicas, organizativas o de producción, sino que alcanzaba también a las causas económicas, siempre que éstas remitiesen, desde una situación económica de beneficios, a la disminución persistente del nivel de ingresos o ventas o a la previsión de pérdidas, en los términos de art. 51.1 ET. Ahora, con la versión vigente de la mencionada disposición adicional, la aportación al Tesoro puede también exigirse a empresas que acuden al despido colectivo con una situación económica de pérdidas si en los cuatro ejercicios económicos posteriores al despido se obtuviesen beneficios durante dos ejercicios económicos consecutivos. Esta novedad determina además la imposibilidad para la empresa de cuantificar el coste del despido colectivo, pues parte del mismo, una parte no desdeñable, dependerá de circunstancias no siempre previsibles cuando se ejecuta la decisión extintiva.

El montante de la aportación se calcula tomando en cuenta la cuantía total de las prestaciones y subsidios por desempleo abonadas por el Servicio Público de Empleo Estatal a los trabajadores de cincuenta o más años afectados por el despido colectivo y por extinciones del contrato en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador producidos en los tres años anteriores o en el año posterior al inicio del procedimiento de despido colectivo, añadiendo además la cuantía abonada por el Servicio Público de Empleo Estatal por cotizaciones a la Seguridad Social por las prestaciones por desempleo por los trabajadores señalados, y un canon fijo por cada trabajador de los mencionados que haya agotado la prestación por desempleo de nivel contributivo y que comience a percibir el subsidio de desempleo.

La cantidad total así obtenida se modula sin embargo, aplicando un tipo variable en función de diversos factores: El porcentaje de trabajadores afectados de cincuenta o más años sobre el total de trabajadores que han sido objeto de despido colectivo; los beneficios de la empresa y, finalmente, el número de trabajadores de la empresa. Atendiendo a estos factores, el tipo aplicable puede oscilar entre un 60% (en el caso de que el porcentaje de trabajadores afectados mayores de 50 años sea inferior al 15%, el porcentaje de beneficios sobre ingresos sea inferior al 10% y el número de trabajadores de la empresa o del grupo sea superior a 100 e inferior a 1000) y un 100% (cuando el porcentaje de trabajadores afectados mayores de 50 años sea superior al 35%, el porcentaje de beneficios sobre ingresos sea superior al 10% y el número de trabajadores de la empresa o del grupo sea superior a 2000).

En cualquier caso, el coste de la mencionada aportación por cada trabajador implica una suma considerable. En un supuesto simulado, referido a una empresa con 1.500 trabajadores, con 15 % beneficios y 20% de trabajadores mayores de 50 años afectados, en la que, por tanto, el tipo aplicable sería del 90%, el coste por cada trabajador supera los 90.000 € (tomando como referencia un trabajador con 10 años de antigüedad en la empresa, un salario bruto anual de 40.000€, y un hijo me-

nor de 26 años). En este caso, el coste por las prestaciones de desempleo alcanzaría una cantidad próxima a los 48.000€, incluyendo cuantía de la prestación por desempleo más cotizaciones abonadas por el Servicio público de Empleo Estatal, a los que habría que añadir otros 43.000€ en concepto de subsidio de desempleo, incluyendo también la cotización por jubilación durante ese periodo. La indemnización de ese mismo trabajador ascendería a 22.000 € en caso de despido procedente. A esas cantidades habría que añadir la correspondiente al plan de recolocación que, como se comentó, asciende de media a 4250 €. La indemnización de ese mismo trabajador por despido declarado o reconocido como improcedente apenas supera la cantidad de 46.000€.

La diferencia real entre el coste del despido colectivo procedente y el del despido improcedente es, en muchos casos, mucho menor de la que deriva de la mera comparación entre las cuantías indemnizatorias, en algunos casos podría decirse que incluso inexistente. La paradoja es evidente: el despido económico procedente es ahora más caro en tanto que el despido improcedente resulta, a consecuencia de las reformas en la cuantía indemnizatoria y en el régimen de los salarios de trámite, mucho más barato, tanto en términos absolutos como relativos. Con ello se pone de manifiesto una anomalía del sistema que reacciona, por una vía próxima a la sanción económica, ante despidos colectivos en empresas con beneficios que la propia regulación normativa permite. La finalidad de la aportación económica al Tesoro, ya se ha señalado, se justifica por la finalidad de proteger al colectivo de trabajadores maduros, especialmente sensible en un contexto de reestructuración de plantilla, pero, aunque no se diga expresamente, pretende también evitar la socialización del coste que dichas extinciones producen, asumiendo indirectamente una tutela del interés general que antes correspondía a la autoridad laboral.

D) A MODO DE CONCLUSIÓN

El análisis efectuado confirma las anunciadas deficiencias del sistema del despido colectivo. Con el panorama descrito, son pocos los incentivos que el empresario tiene para acudir al despido colectivo. A las dificultades para acreditar la concurrencia de la causa se añaden las consecuencias, en términos de certidumbre sobre la posible calificación del despido, derivadas de la debilidad del procedimiento diseñado y, finalmente, el elevado coste que el despido procedente supone para las empresas en situación de crisis. En este contexto no es extraño que las empresas sigan huyendo del procedimiento de despido colectivo.

Los datos disponibles sobre el comportamiento extintivo de las empresas durante el último año confirman esta tendencia. Las vías de extinción utilizadas siguen siendo las mismas que las que se utilizaban anteriormente.

Por una parte, el recurso a las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada ha experimentado un notable incremento en el último año. En el año 2008, de un total de 6.249 expedientes de regulación de empleo tramitados, poco más del 52% correspondían a expedientes de suspensión o reducción de jornada. La proporción, respecto de un total de 29.958 procedimientos de medidas colectivas en el periodo de enero a noviembre, se eleva a 85% en 2012. Posiblemente, la preferencia empresarial por esta opción deriva de varias razones. Por una parte, por la mejor acogida que, en general, estas medidas tienen entre los trabajadores, lo que favorece el acuerdo con los representantes durante el periodo de consultas y evita, o al menos retrasa, una conflictividad social que se tiene su reflejo, además, en sede judicial donde son prácticamente inexistentes los procesos de impugnación de este tipo de decisiones empresariales. Por otra, por el favorable tratamiento legal que reciben estás fórmulas, apoyadas y subvencionadas públicamente mediante la reducción de la cotización empresarial (vigente para las suspensiones de contratos y reducciones de jornada que se inicien desde el 1 de enero de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2013, conforme al art. 15 Ley 3/2012) y la previsión de que los trabajadores puedan recuperar al menos parcialmente las prestaciones de desempleo con-

sumidas durante tales situaciones en caso de producirse posteriormente su despido (medida aplicable, conforme al 3 RDL 1/2013, a las suspensiones y reducciones producidas entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2013). Finalmente, la opción por estas medidas permite a las empresas eludir de forma inmediata el elevado coste que en cualquier caso, sea procedente o improcedente, supone el despido por causas económicas. La suspensión de los contratos o la reducción de la jornada de trabajo constituye, sin duda, una opción muy favorable a la conservación del empleo y especialmente útil para afrontar situaciones coyunturales. Pero no está claro que la elección de estas fórmulas responda siempre a una situación de crisis transitoria en la empresa. Parece, más bien, que las empresas recurren a la suspensión/reducción como una medida previa al despido, con el efecto de socializar el riesgo empresarial y como una falsa transición a extinciones posteriores de los contratos de trabajo (J. LAHERA, 2012).

La segunda evidencia remite a la continuidad en la preferencia empresarial por determinadas modalidades de extinción. La extinción de contratos temporales sigue predominando. Pero más llamativo resulta el incremento de las extinciones por causas objetivas (más de 10 puntos porcentuales si se comparan los datos de 2007 y de 2012 (hasta septiembre), apreciándose además una clara subida a partir del año 2009). Las razones también son evidentes: la ampliación de las causas justificativas del despido con la reforma del 2012 facilita el recurso a esta modalidad extintiva, la sencillez y agilidad del procedimiento —que no requiere periodo de consultas ni la intervención de la autoridad laboral— garantiza la inmediatez de la decisión empresarial y la seguridad sobre el coste asociado a la extinción, que además no lleva aparejado otros desembolsos económicos, aporta certeza sobre este extremo a la empresa.

Durante el 2012, con los datos disponibles referidos al periodo enero-noviembre, tan solo un 4,5% de las extinciones de contratos de trabajo se han articulado a través de esta vía frente a un 13,3% despidos objetivos y un 47% de extinciones de contratos temporales. Las empresas, en la medida de lo posible, evitan el despido colectivo y recurren a otras fórmulas extintivas, señaladamente la extinción por causas objetivas, donde la simplicidad del procedimiento y la nueva regulación de la causa sí genera una mayor facilidad y certidumbre sobre los efectos de la extinción y donde, en cualquier caso, el coste en caso de improcedencia resulta previsible y no excesivamente oneroso. No es, desde luego, un resultado satisfactorio. El recurso al despido individual, aunque se indemnice por encima de las previsiones legales para el despido colectivo, hurta a los representantes de los trabajadores su derecho a participar en los procesos de reestructuración de las empresas en defensa del interés colectivo y excluye a los trabajadores afectados de los beneficios asociados al despido colectivo —posibilidad de recurrir a medidas alternativas, inclusión en planes de recolocación o la suscripción por la empresa del convenio especial con la Seguridad Social— incrementados habitualmente a través de las medidas complementarias recogidas en los acuerdos alcanzados durante el periodo de consultas.

El recurso al despido colectivo sigue siendo una opción de uso reducido. Su impacto mediático y social es enorme pero estadísticamente se demuestra que no representan la principal vía de extinción de los contratos de trabajo. Es un comportamiento típico de nuestro sistema de relaciones laborales pero sorprende que la constante se mantenga en el actual contexto de grave crisis económica y tras una reforma de su régimen jurídico que perseguía, como uno de sus objetivos principales, recuperar el despido colectivo como vía natural para la reestructuración de empresas en crisis.

Está claro que la reforma no está consiguiendo los objetivos perseguidos. Si, como entiendo, el despido colectivo debe operar como fórmula para acometer las reestructuraciones empresariales necesarias para asegurar la supervivencia de la empresa o para dar salida a empresas en situación ya irreversible, esto es, cuando concurre una auténtica situación cuya superación justifica el recurso al despido,

el sistema legal y reglamentariamente diseñado resulta excesivamente complejo, plagado de incertidumbres y con un coste económico elevado. En ese contexto, los incentivos para eludir el despido colectivo, favorecidos por la rebaja indemnizatoria en el despido improcedente, son evidentes. Posiblemente, la delimitación tan generosa y objetiva que el legislador ha efectuado de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, sin mayores exigencias finalistas, explica las gravosas condiciones económicas que se imponen a la empresa cuando, en determinadas circunstancias, acude al despido colectivo. En definitiva, parece que la necesidad de repensar el despido económico sigue siendo una cuestión pendiente.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., «Informe sobre la regulación del despido en Europa», *Temas Laborales*, nº 99, 2009.

BLASCO PELLICER, A., *Los expedientes de regulación de empleo,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

– «Nuevas perspectivas en materia de despido colectivo: aspectos procedimentales», en AA.VV. (DIr. J. Thibault), *La reforma laboral de 2012: nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo,* La Ley, Madrid, 2012.

CABEZA PEREIRO, J., «La supresión de la autorización administrativa en los despidos colectivos», en AA.VV. *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma de 2012,* Bomarzo, Albacete, 2012.

CASAS BAAMONDE, M.E., «Causalidad del despido colectivo, autorización administrativa y negociación colectiva», *Relaciones Laborales,* nº 19, 1996.

CRUZ VILLALÓN, J., «La aplicación de la Directiva sobre despidos colectivos», *Temas Laborales*, 1997, nº 44.

DESDENTADO BONETE, A., «El despido objetivo económico entre dos reformas: 1994 y 1997», *Actualidad Laboral,* nº 20, 1998.

– «Introducción a un debate. Los despidos económicos en España: el sistema, su crisis y los límites de la reforma», en AA.VV. (Dir. A. Desdentado) *Despido y crisis económica; Los despidos económicos tras la reforma laboral. Un análisis desde el Derecho y la Economía,* Lex Nova, Valladolid, 2011.

– «Crisis y reforma del despido: puntos críticos seguidos de algunas propuestas», *Actualidad Laboral,* nº 11, 2010.

– «Los despidos económicos tras la reforma de la Ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales», *Actualidad Laboral,* nº 17, 2012.

DESDENTADO BONETE, A. y REDONDO VALDEÓN, M.D., «Problemas de la regulación de empleo en la jurisprudencia social», en AA.VV. *Jurisprudencia y grandes cuestiones laborales,* Francis Lefebvre, 2010.

DESDENTADO DAROCA, E., «La intervención administrativa en los despidos colectivos», *Relaciones Laborales,* 1996, Tomo I.

DE LA PUEBLA PINILLA, A., «Nuevas señas de identidad para el despido colectivo (Un análisis de la reciente doctrina judicial)», *Justicia Laboral,* nº 33, 2008.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., «La reforma del régimen del despido por la vía de la reducción de sus costes», en AA.VV. *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma de 2012,* Bomarzo, Albacete, 2012.

GARCÍA MURCIA, J., «Perspectivas jurídicas de la reforma del mercado de trabajo», en AA.VV. (Dir. J.L. Monereo) *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral,* Universidad de Granada, Granada, 1996.

GOERLICH PESET, J.M., «Contratación laboral, flexibilidad interna y despido: insuficiencias de la regulación y propuestas de reforma», *Papeles de Economía Española,* nº 124, 2010.

– «La extinción del contrato de trabajo en la reforma de 2012: la culminación de una larga evolución», en AA.VV. (Dirs. I. García-Perrote y J.R. Mercader), *La regulación del mercado laboral, Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-Ley 20/2012»,* Lex Nova, Valladolid, 2012.

LAHERA FORTEZA, J. «Nuevas perspectivas en materia de suspensión del contrato de trabajo y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción», en AA.VV. (Dir. J. Thibault Aranda) *La reforma laboral de 2012: Nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo,* La Ley, Madrid, 2012.

MERCADER UGUINA, J.R., DE LA PUEBLA PINILLA, A., *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

NORES TORRES, L.E. Y y RODRÍGUEZ PASTOR, G., «Las partes contratantes del convenio colectivo estatutario», AA.VV. (Dirs. Pérez de los Cobos y Goerlich), *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «Despidos colectivos y autorización administrativa», *Relaciones Laborales*, 2009, I

ROQUETA BUJ, R., «Aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en cuanto a los despidos colectivos. Directiva 98/59/CE, del Consejo, de 20 de julio», *Actualidad Laboral*, 2000, Tomo I.
SALA FRANCO, T. y BLASCO PELLICER, A. «la supresión de la autorización administrativa en los expedientes de regulación de empleo: una vía intermedia», *Actualidad Laboral*, nº 8, 2009.
SEMPERE NAVARRO, A.V., «La reglamentación del Despido Colectivo», *Aranzadi Social*, nº 8, 2012.
VALDÉS DAL-RE, F., «Intervención administrativa y despidos económicos: funciones, disfunciones y tópica», *Relaciones Laborales,* Tomo I, 1994.

Fecha recepción: 06/02/2013
Fecha aceptación: 10/05/2013

THE IMPACT OF THE LABOR MARKET REFORM IN THE PUBLIC WORK

RESUMEN

El análisis del impacto de la Reforma Laboral en el empleo público permite concluir que, con ella, se ha proporcionado al sector público un cúmulo importante de medidas jurídicas para realizar un ajuste de su personal laboral y contribuir con ello a reducir el déficit público, verdadera y casi única preocupación del Gobierno en el corto e, incluso en el medio plazo.

PALABRAS CLAVE

Reforma laboral, empleo público, personal laboral, reestructuración de plantillas, déficit público

ABSTRACT

The evaluation of the impact of Labor Market Reform in the public work, allows us to conclude this has granted to the public sector a list of important legal measures, in order to achieve an adjustment of its employees, and to contribute to cut the public deficit, that has become the true and hardly only concern of the Government, in short and even in long term.

KEYWORDS

Labor market reform, public work, employees, staff restructuring, public deficit

EL IMPACTO DE LA REFORMA LABORAL EN EL EMPLEO PÚBLICO

Tomás Sala Franco
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Unviersitat de València

1.- Para valorar el impacto de la reforma laboral en el empleo público efectuada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral (en adelante, LRL), es preciso describir primero someramente la situación normativa anterior a la Reforma y describir más tarde el contenido de la misma aplicable al empleo público, previa definición de lo que se entienda por empleo público.

2.- No es tarea fácil delimitar lo que deba entenderse por sector público a estos efectos, dado que cada norma reguladora del mismo lo define con un alcance distinto (*«a los efectos de esta ley»*, suelen decir), lo que hace imposible establecer con una seguridad jurídica mínima su alcance objetivo. Ello no obstante, en la medida en que el empleo público viene regulado básicamente por la Ley 7/2001, de 12 de abril, que regula el Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP) a él me referiré.

En efecto, el EBEP tiene por objeto determinar las normas aplicables a los *«empleados públicos»,* incluyendo en este término al personal funcionario y al personal laboral de las distintas Administraciones Públicas (Administración General del Estado, Administraciones Autonómicas y Administración Local), de los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas y de las Universidades (Art. 2 del EBEP).

Ahora bien, comoquiera que la Reforma Laboral de la Ley 3/2012 se refiere exclusivamente al personal laboral, me referiré tan solo al personal laboral de las Administraciones Públicas, excluyendo lógicamente al personal funcionario.

De entrada, cabe señalar que, pese a que el Tribunal Constitucional reconoce que hay en la Constitución una»*opción genérica…en favor de un régimen estatutario para los servidores públicos»,* admitiendo así el consiguiente carácter laboral excepcional del empleo público, son constatables cifras importantes de personal laboral en todas las Administraciones Públicas (alrededor del millón), siendo mayores en las Administraciones Local y Autonómica que en la Administración General del Estado, habiendo aumentado todas ellas en los últimos años. Por ello, la incidencia de la Reforma Laboral en el empleo público, sea cual sea su contenido, resultará de una gran importancia cuantitativa.

3.- La normativa aplicable a la que podríamos denominar *«relación laboral especial de empleo público»* es la siguiente (Art. 7 del EBEP):

a) En primer lugar, las normas del EBEP, tanto las generales referidas a todos los *«empleados públicos»* (personal funcionario y personal laboral) como las específicas referidas exclusivamente al *«personal laboral»*.

b) En segundo lugar, la legislación laboral común, esto es, el Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) y demás normas laborales concordantes.

c) En tercer lugar, los convenios colectivos aplicables.

d) En cuarto lugar, el contrato individual de trabajo.

4.- Así pues, al personal laboral de las Administraciones Públicas le resulta aplicable la legislación laboral común, salvo que hubiese en el EBEB una norma especial aplicable.

En este último sentido, y muy sintéticamente, las especialidades que aparecen en el EBEP y que separan el régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas del vigente para el personal laboral del sector privado son las siguientes:

a) La duración del contrato de trabajo, por cuanto éste podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal en cualquiera de las modalidades previstas en la legislación laboral (Art. 11 del EBEP). Se distinguen así dos contratos indefinidos: el de los *«trabajadores fijos de plantilla» y el de los «trabajadores no fijos de plantilla»,* perdiendo en este último caso, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, su puesto de trabajo cuando éste se cubra por el procedimiento de selección o de promoción correspondiente o cuando sea amortizado sin derecho a indemnización alguna.

b) La aplicación de los *«principios rectores»* en la selección del personal (igualdad, mérito, capacidad, publicidad, trasparencia, imparcialidad, profesionalidad, independencia y discrecionalidad técnica, adecuación entre proceso selectivo y funciones a desempeñar y agilidad, sin perjuicio de la objetividad: Art. 55 del EBEP) y de determinadas reglas referidas a los requisitos generales exigidos para poder participar en procesos selectivos (Art. 56 del EBEP), al acceso a los empleos públicos de las personas con discapacidad (Art. 59 del EBEP), a los órganos de selección (Art. 60 del EBEP), a los extranjeros (Art. 57.5 del EBEP) y a los sistemas de selección del personal laboral fijo (Art. 61.7 del EBEP).

c) En cuanto a la extinción del contrato de trabajo, pese al silencio del EBEP sobre la materia, existen especialidades en la aplicación de la legislación laboral común. Así:

- Con base en los principios constitucionales de igualdad en el acceso a la función pública (Arts. 23.3 y 103 de la CE) y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (Art. 9.3 de la CE), es posible defender que los despidos injustificados no son despidos improcedentes sino despidos nulos (Art. 96.2 del EBEP).
- Y, en relación con la posibilidad de que las Administraciones Públicas puedan realizar despidos individuales/plurales o colectivos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, pese a las dudas que sin duda suscitaba la aplicación de una regulación laboral pensada para garantizar la competitividad empresarial en el mercado, la jurisprudencia consolidada (por todas, SS.TS, en unificación de doctrina, de 4 de julio de 1996, de 17 de julio de 1998 o de 10 de marzo de 1999) y, tras ella, la doctrina judicial de los Tribunales Superiores de Justicia (por todas, SS.TSJ de Cataluña, de 9 de marzo de 2009 o de Galicia, de 13 de marzo de 2009) venían admitiendo los despidos objetivos y los despidos

colectivos del personal laboral de las Administraciones Públicas, si bien adaptando la regulación legal a la peculiar realidad de las Administraciones Públicas, planteando en este sentido problemas tanto las causas como el procedimiento o los efectos de tales despidos.

d) La provisión de los puestos de trabajo y la movilidad del personal laboral (funcional o geográfica) se realiza de conformidad con lo que establezcan los convenios colectivos y, en su defecto, por el sistema de provisión de puestos y movilidad del personal funcionario de carrera (Arts. 81 y 83 del EBEP).

e) La modificación sustancial de las condiciones de trabajo de naturaleza contractual se rige por lo dispuesto en el Art. 41 del ET, si bien con las limitaciones propias del respeto a los principios constitucionales de igualdad de trato (Art. 14 de la CE) y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (Art. 9.3 de la CE).

f) Los *«sistemas de evaluación del desempeño»* del personal laboral serán los mismos que los referidos al personal funcionario (Art. 20 del EBEP).

g) Las retribuciones del personal laboral deberán respetar lo dispuesto en el Art. 21 del EBEP, no pudiendo acordarse incrementos retributivos que globalmente supongan un incremento de la masa salarial superior a los límites fijados anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

h) En cuanto al tiempo de trabajo (régimen de jornada, horas extraordinarias, permisos y vacaciones), habrá que estar a lo establecido en los Arts. 47 a 50 del EBEP y en la legislación laboral (ET y convenio colectivo aplicable) (Art. 51 del EBEP), si bien comoquiera que el EBEP solamente regula los permisos y las vacaciones, en materia de jornada rige la legislación laboral común.

i) En cuanto a las situaciones del personal laboral, regirá lo dispuesto en el ET y en los convenios colectivos aplicables, si bien estos últimos podrán determinar la aplicación de las situaciones administrativas de los funcionarios públicos al personal laboral *«en lo que resulte compatible con el Estatuto de los Trabajadores»* (Art. 92 del EBEP).

j) El régimen disciplinario previsto en los Arts. 93 a 98 del EBEP resulta de aplicación al personal laboral, siendo de aplicación indistinta al personal funcionario y al personal laboral.

k) Finalmente, en cuanto a la negociación colectiva del personal laboral, las peculiaridades vienen referidas a la delimitación de las unidades de negociación, a la legitimación para negociar, al contenido de la negociación, al procedimiento y a la vigencia temporal de los convenios colectivos, rigiendo en todo lo demás el ET.

5.- El impacto de la Reforma Laboral efectuada por la LRL en el régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas se ha producido a través de la aplicación a éstas de las siguientes medidas normativas:

a) En primer lugar, dado que el personal laboral se clasificará de conformidad con la legislación laboral (Art. 77 del EBEP), al prescindirse en materia de clasificación profesional de las categorías profesionales y establecerse que la clasificación profesional solamente podrá hacerse por medio de grupos profesionales (nuevo Art. 22.1 del ET), se le concede a la Administración Pública una mayor flexibilidad en cuanto a la movilidad funcional, si bien esta última se regule normalmente por criterios funcionariales (Arts. 81 y 83 del EBEP).

b) En segundo lugar, las novedades introducidas en el régimen jurídico de la movilidad funcional (nuevo Art. 39 del ET), entre las que destaca la supresión de la exigencia de que la movilidad funcional

descendente fuera del grupo profesional se haga por *«necesidades perentorias e imprevisibles de la actividad productiva»*, de acuerdo con lo dispuesto en los Arts. 81 y 83 del EBEP, no se aplicarán a la Administración Pública, salvo en el caso de que el convenio colectivo aplicable se remita expresamente al Art. 39 del ET que, por haber sido modificado, resultará aplicable en su nueva redacción.

c) En tercer lugar, de la aplicación de las novedades introducidas en materia de movilidad geográfica (en el periodo de consultas, en la definición legal de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción justificativas acercándose a la *«descausalización»* y en el régimen de preferencias para no ser afectados por la movilidad geográfica) cabe decir lo mismo que en el caso anterior: de acuerdo con lo dispuesto en los Arts. 81 y 83 del EBEP, no se aplicarán a la Administración Pública, salvo en el caso de que el convenio colectivo aplicable se remita expresamente al Art. 40 del ET que, por haber sido modificado, resultará aplicable en su nueva redacción.

d) En cuarto lugar, cosa distinta sucede con la nueva regulación de la *«distribución irregular de la jornada a lo largo del año»* (nuevo Art. 34.2 del ET), consistente en establecer que *«mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. En defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo. Dicha distribución deberá respetar en todo caso los períodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la Ley y el trabajador deberá conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquella»*.

En la medida en que la jornada de trabajo no viene regulada por el EBEP, rigiendo la legislación laboral común (Art. 51 del EBEP), esta medida de flexibilidad interna podrá ser utilizada por la Administración Pública respecto de su personal laboral.

e) En quinto lugar, si bien la Administración Pública podrá utilizar como instrumento de flexibilidad interna la institución de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de naturaleza contractual (esto es, de las nacidas del contrato individual de trabajo, de convenios colectivos extraestatutarios o de decisiones unilaterales empresariales de efectos colectivos), beneficiándose de las múltiples novedades efectuadas en este orden por la LRL en el Art. 41 del ET, esta posibilidad viene limitada por el necesario respeto a los principios constitucionales de igualdad de trato y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en la actuación (Arts. 14 y 9.3 de la CE, respectivamente), con lo que reduce ciertamente de manera drástica las posibilidades de aplicación de esta institución.

Las novedades normativas en tema de modificación sustancial de condiciones de trabajo han consistido básicamente en lo siguiente: en la inclusión expresa de la *«cuantía salarial»* entre las materias modificables; en la modificación de la definición legal de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción justificativas de las modificaciones, acercándose, como en el caso de la movilidad geográfica a la *«descausalización»*; en el cambio del criterio legal de distinción entre las modificaciones de carácter colectivo y las modificaciones de carácter individual o plural con base en simples criterios numéricos de los trabajadores afectados; las modificaciones en el periodo de consulta; en la ampliación de los supuestos en los que el trabajador afectado podrá rescindir su contrato con derecho a una indemnización corta; o en la supresión de la

referencia a la *«formación profesional»* en el nuevo Art. 50.1 a) del ET, respecto de las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo como causa de resolución unilateral del contrato por voluntad del trabajador.

f) En sexto lugar, en relación con la importante medida de flexibilidad interna consistente en la suspensión de los contratos o la reducción de la jornada laboral por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, de la que se ha suprimido la necesidad de autorización administrativa, la LRL excluye expresamente al sector público de su aplicación al señalar (nueva Disposición Adicional Vigésima Primera del ET) que *«lo previsto en el Art. 47 de esta Ley no será de aplicación a las Administraciones Públicas y a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos, salvo a aquellas que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado».*

g) En séptimo lugar, en materia de negociación colectiva, el impacto de la Reforma Laboral en la Administración Pública se ha producido fundamentalmente en dos aspectos:

1º) Por un lado, la vigencia ultractiva de los convenios colectivos ha sido limitada a un año desde la denuncia de los mismos, pasando a aplicarse la normativa legal general, dado que en la Administración Pública no se da el supuesto previsto en la ley de la existencia de un *«convenio colectivo de ámbito superior»* aplicable (nuevo Art. 86.23 del ET).

2º) Por otro lado, a partir de la Reforma Laboral, las posibilidades de *«inaplicación»* del convenio colectivo han sido ciertamente facilitadas, en cuanto a las causas justificativas, las materias a inaplicar y el procedimiento de actuación (nuevo Art. 82.3 del ET). Solo que, como veremos más tarde, tales posibilidades se ven empañadas, hasta el punto de no ser necesario acudir a ellas, por otra posibilidad más *«radical»* concedida a la Administración Pública con posterioridad, cual es la de suspender o modificar el convenio colectivo aplicable por alteración sustancial de las circunstancias económicas (Disposición Adicional Segunda del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, en adelante, RDLey 20/2012).

h) En octavo lugar, en relación con los despidos (individuales/plurales o colectivos) por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción de los nuevos Art. 51 y 52 c) del ET, la LRL (y, más tarde, el RD1463/2012, que lo desarrolla) deja clara su aplicación al personal laboral del sector público, de manera que todas las modificaciones efectuadas en la normativa reguladora (la supresión de la autorización administrativa, la flexibilización de las causas justificativas, el procedimiento de consulta, el Plan de Recolocación Externa o las nuevas prioridades de permanencia de determinados trabajadores), serán de aplicación en los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público según el Art. 3.1 de la Ley 3/2012, de 14 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Para los entes, organismos o entidades que forman parte del sector público según el Art. 3.2 de la Ley anterior, la Ley define las causas económicas, de estos despidos de una manera distinta. Señala así que se entenderá que concurren causas económicas cuando se produzca en las mismas una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes. En todo caso, se entenderá que la insuficiencia presupuestaria es persistente si se produ-

ce durante tres trimestres consecutivos respecto del ejercicio anterior.

i) En noveno lugar, las reformas adoptadas en tema de despido, en orden a su abaratamiento —en cuanto a la extinción objetiva por absentismo del trabajador (nuevo Art. 52 b) del ET), a la supresión de los salarios de tramitación en los despidos improcedentes salvo para los representantes del personal (nuevo Art. 56.2 y 4 del ET) y a la reducción de la indemnización por despido (nuevo Art. 56.1 del ET), han concedido a la Administración nuevos instrumentos más flexibles para proceder a la reestructuración de su personal laboral.

j) En décimo lugar, finalmente, la Disposición Adicional Octava de la LRL vino a establecer límites en materia de retribuciones y de indemnizaciones por desistimiento empresarial para los altos cargos del sector público. Así:

1º) La extinción, por desistimiento del empresario, de los contratos de alta dirección en el sector público estatal, autonómico o local, únicamente dará lugar a una indemnización no superior a siete días por año de servicio de la retribución anual en metálico, con un máximo de seis mensualidades, impidiéndose pactar indemnizaciones superiores. Y no se tendrá derecho a indemnización alguna cuando el alto cargo ostente la condición de funcionario de carrera del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades locales, o sea empleado de entidad integrante del sector público estatal, autonómico o local con reserva de puesto de trabajo.

2º) Y las retribuciones de los contratos de alta dirección en el sector público estatal se clasifican, exclusivamente, en básicas y complementarias. Las retribuciones básicas lo serán en función de las características de la entidad e incluyen la retribución mínima obligatoria asignada a cada máximo responsable, directivo o personal contratado, por razón del grupo de clasificación en que resulte catalogada la entidad por parte de quien ejerza el control o supervisión financiera de esta. Las retribuciones complementarias, comprenden un complemento de puesto y un complemento variable. El complemento de puesto retribuirá las características específicas de las funciones o puestos directivos y el complemento variable retribuirá la consecución de unos objetivos previamente establecidos. Estos complementos serán asignados por parte de quien ejerza el control o supervisión financiera de la entidad.

6.- Pero la Reforma laboral en el sector público no acaba con la LRL sino que se prolonga a través del posterior RDLey 20/2012. En él se adoptan una serie de medidas que afectan directamente al personal laboral del sector público:

a) En primer lugar, en materia retributiva, se modifica el Art. 31 del ET y se establece que, durante el año 2012 se suprime la percepción de la paga extraordinaria de Navidad (Art. 6).

b) En segundo lugar, se modifica el Art. 32 del EBEP, relativo exclusivamente a la posibilidad de modificación y suspensión excepcional de los pactos y acuerdos colectivos de los funcionarios públicos por alteración sustancial de las circunstancias económicas, extendiéndolo a los convenios colectivos del personal laboral (Art. 7) y señalando cuando concurren tales circunstancias: *«cuando las Administraciones Públicas deban adoptar medidas o planes de ajuste, de reequilibrio de las cuentas públicas o de carácter económico financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público»* (Disposición Adicional Segunda).

c) En tercer lugar, se modifica el Art. 48 del EBEP, relativo a los permisos de los funcionarios públicos (Art. 8.1), precepto aplicable también al personal laboral de las Administraciones Públicas (ver supra, Art. 51 del EBEP), reduciendo los días de libre disposición, su-

primiendo los días adicionales por antigüedad en los permisos por asuntos particulares, homogeneizando el régimen de los permisos en todas las Administraciones Públicas y suspendiendo los pactos, acuerdos y convenios que contradigan estas disposiciones (Art. 16).

c) En cuarto lugar, se suprime el carácter mínimo del Art. 50 del EBEP, relativo a las vacaciones de los funcionarios públicos (Art.8.2), precepto aplicable también al personal laboral de las Administraciones Públicas (ver supra, Art. 51 del EBEP).

d) En quinto lugar, se reducen los créditos y permisos sindicales pactados en los convenios colectivos a los estrictamente establecidos en el ET (Art. 10).

Por su parte, las fundaciones, sociedades mercantiles y resto de sociedades que conforman el sector público deberán efectuar *«una adecuada gestión, en el marco de la legislación vigente, de las materias relacionadas con la creación, modificación o supresión de órganos de representación, secciones y delegados sindicales, especialmente en lo que afecta a los créditos horarios, cesiones de estos créditos y liberaciones que deriven De la aplicación de normas o pactos que afecten a la obligación o al régimen de asistencia al trabajo»,* debiendo informar al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas u organismo autonómico competente en relación con estas materias (Disposición Final Octava).

e) En sexto lugar, finalmente, se modifica el régimen retributivo durante la situación de incapacidad temporal, estableciéndose los límites a la mejora de las prestaciones de la Seguridad Social (Art. 9).

7.- Una valoración crítica del impacto de la Reforma Laboral en el empleo público pasa naturalmente, primero, por la previa valoración crítica de la Reforma Laboral en sí, para, más tarde, proceder a la valoración específica de su impacto en el empleo público.

La LRL parte de que la Reforma Laboral es absolutamente imprescindible para hacer frente a la grave crisis económica que atraviesa España y, especialmente, para luchar contra las altas tasas de desempleo y temporalidad existentes, producto de la destrucción de empleo producido en los últimos años, creando de este modo la expectativa de que con ella se evitará la destrucción de empleo, se creará empleo y que el empleo creado será empleo estable.

El escepticismo respecto de estos buenos deseos se encuentra ya ampliamente instalado en nuestra sociedad, participando personalmente del mismo. En este sentido, albergo serias dudas de la capacidad de esta Reforma Laboral, o de cualquier otra de la naturaleza que fuese, en orden a modificar la situación del empleo en España, ya que se trata de una crisis que afecta fundamentalmente a la liquidez financiera (de las empresas y trabajadores autónomos productores de bienes y servicios y de los consumidores de los mismos).

Pero, admitiendo un margen, mayor o menor, de utilidad en este sentido, una valoración objetiva de las medidas adoptadas nos conduce igualmente al escepticismo, por cuanto:

a) La intención, explicitada en la propia Exposición de Motivos de la LRL, de tratar de cambiar la mentalidad del empresario medio español que, a diferencia de lo que sucede en otros países de nuestro entorno, recurre a la flexibilidad de entrada y de salida antes que a la flexibilidad interna en las situaciones de crisis para el ajuste de su personal, contribuyendo así al aumento del desempleo, mediante un aumento de la flexibilidad interna (en aspectos tales como la clasificación profesional, la movilidad funcional, la movilidad geográfica, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la inaplicación de los convenios colectivos aplicables o la suspensión contractual y la reducción de la jornada laboral) se *«da la espalda»* evidentemente con las paralelas medidas de flexibilidad externa adoptadas, tanto en la entrada (flexibilidad contractual) como en la salida (abaratamiento y facilitación de los despidos), lo que contribuirá previsiblemente a perpetuar la mentalidad empresarial denunciada.

b) Y la intención, igualmente explicitada en la Exposición de Motivos de la LRL, de luchar abiertamente contra la temporalidad en la contratación, no se compadece con las timidísimas medidas normativas en materia de contratación temporal (el adelannto de la aplicación de la prohibición del encadenamiento de los contratos temporales), a salvo la creación de la nueva figura contractual indefinida del denominado *«contrato de emprendedores»,* sin capacidad —constitucional, moral ni real— para superar el exceso de temporalidad existente.

Por lo que se refiere a la específica valoración crítica del impacto de la Reforma Laboral en el empleo público, no es necesario elucubrar demasiado para concluir que con ella se ha proporcionado al sector público un cúmulo importante de medidas jurídicas para realizar un ajuste de su personal laboral y contribuir con ello a reducir el déficit público, verdadera y casi única preocupación del Gobierno en el corto e, incluso en el medio plazo.

En este sentido, cabría citar, en primer lugar, las medidas de flexibilidad interna referidas a la clasificación profesional, a la movilidad funcional, a la movilidad geográfica, a la modificación sustancial de condiciones contractuales, a la distribución irregular de la jornada laboral en cómputo anual y a la inaplicación del convenio colectivo vigente que, si bien no significan una gran impacto en las eventuales políticas de empleo en el sector público, pueden sin duda coadyuvar a ellas, en el caso de no pretender sin más la reducción del personal.

De mucho mayor impacto son las medidas adoptadas referidas a los despidos, en todas sus manifestaciones y, sobre todo, en relación con los ERES (ver supra), que pueden contribuir, y están contribuyendo decididamente en estos últimos meses, a destruir empleo público ajustando las plantillas del personal laboral del sector público, ajuste seguramente necesario en algunos sectores de actividad (televisiones autonómicas u oficinas de distintas Administraciones Públicas) aunque no en otros (sanidad, educación e investigación o servicios sociales) y, probablemente, inoportuno en cuanto a la cadencia del los ajustes efectuados.

De un calado temporal (se reconoce expresamente en su Exposición de Motivos) son las medidas adoptadas por el RDLey 20/2012 (en el orden retributivo, de las vacaciones y permisos, de los derechos sindicales o de las prestaciones de incapacidad temporal) con la finalidad *«garantizar la estabilidad presupuestaria y el fomento de la competitividad».* Mayor estabilidad cabe auspiciar, sin embargo, a la introducción de las posibilidades de suspensión o modificación del convenio colectivo aplicable *«rebus sic stantibus»*, convirtiéndose así en parte del régimen jurídico de la relación laboral especial del empleado público.

Finalmente, llama en este sentido la atención que en el sector público no sea posible adoptar en situaciones críticas medidas coyunturales, como son la suspensión contractual o la reducción de jornada laboral, viniéndose obligado a adoptar medidas definitivas (el despido), lo que debe explicarse a mi juicio en clave, criticable por cierto, de conceder al sector público, sin otra alternativa (a salvo la reducción salarial), el casi exclusivo instrumento de ajuste del personal consistente en la reducción del personal en la actual coyuntura de crisis.

Fecha recepción: 29/01/2013
Fecha aceptación: 30/04/2013

A NEW LEGAL FRAMEWORK FOR COLLECTIVE BARGAINING

RESUMEN

Tras muchos años sin variaciones, el Título III del Estatuto de los Trabajadores ha sido modificado en tres ocasiones en un año (RDL 7/2011, RDL 3/2012 y Ley 3/2012) configurándose de esta forma un nuevo marco legal para el ejercicio del derecho a la negociación colectiva. En este artículo se analiza el hilo conductor de las tres reformas, así como las líneas básicas de la nueva ordenación legal de los convenios colectivos en relación a los objetivos de la reforma laboral de 2012.

PALABRAS CLAVE

Negociación colectiva, convenios colectivos, flexiseguridad, reforma laboral, empresa

ABSTRACT

After many years without variation, Title III of the Workers' Statute has been amended three times in a year (RDL 7/2011, RDL 3/2012 and Law 3/2012) configuring itself a new legal framework to exercise the right to collective bargaining. This article analyzes the theme of the three reforms and the basic lines of the new legal management of collective agreements in relation to the objectives of the labor reform of 2012.

KEYWORDS

Collective bargaining, collective agreements, flexisecurity, labor reform, Company

UN NUEVO MARCO LEGAL PARA LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Ángel Blasco Pellicer
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat de València

Sumario: 1. Los problemas y disfunciones del modelo clásico de negociación colectiva. 2. La reforma del sistema: una necesidad explicitada por los agentes sociales. 3. Tres reformas en un año. 4. Las soluciones normativas en clave de flexibilidad. A) La estructura de la negociación colectiva. B) El nuevo tratamiento legal de la concurrencia de convenios y la limitada prioridad aplicativa del convenio de empresa. C) El contenido mínimo de los convenios colectivos. D) Los aspectos temporales: vigencia, denuncia y ultraactividad. E) La legitimación para negociar y las nuevas unidades de negociación. F)La inaplicación de condiciones de convenio: el descuelgue. a) El objeto del descuelgue. b) La causalidad: elemento central del descuelgue. c) Los aspectos procedimentales. d) El acuerdo de descuelgue. e) La falta de acuerdo y la potenciación de soluciones arbitrales; en especial, la intervención de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Nota bibliográfica.

1. LOS PROBLEMAS Y DISFUNCIONES DEL MODELO CLÁSICO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

No cabe duda de que el modelo normativo de negociación colectiva que data de 1980, con retoques significativos en 1994, ha resultado bastante positivo, si se analiza desde la perspectiva temporal. Tal balance positivo se fundamenta, en mi opinión, entre otras, en dos razones de peso: la primera, que ha contribuido a la conformación del convenio colectivo como instrumento principal de configuración de las condiciones de trabajo; y, la segunda, que tal asentamiento se ha realizado de forma poco traumática, favoreciendo el diálogo y el consenso como fórmula habitual de negociación.

Sin embargo, esta apreciación positiva no podía esconder que se trataba de una regulación manifiestamente mejorable porque su aplicación estaba provocando graves problemas y algunas disfuncionalidades. Algunas de ellas vinculadas directamente a la regulación legal, y conectadas con la falta de seguridad jurídica que ha venido provocando innecesarios conflictos aplicativos. Otras derivaban indirectamente de la normativa vigente en la medida en que ésta acababa conformando situaciones poco deseables en términos de eficiencia del sistema económico general y de las propias empresas. Y, en fin, otras resultaban ajenas a la regulación normativa y su solución dependía, en buena medida, de las actitudes y decisiones de los agentes sociales protagonistas de la negociación.

Sobre tales cuestiones ha venido incidiendo la doctrina científica y las propias conside-

raciones de los agentes sociales. Un resumen de las mismas podría efectuarse del siguiente modo:

1.- En la actualidad, existe una preponderancia absoluta de la negociación colectiva sectorial de nivel provincial. Al respecto, los datos son reveladores, puesto que, aunque en número de convenios, los provinciales representan alrededor del 20% del total, si se observa el número de empresas y trabajadores incluidos en los ámbitos de este tipo de convenios resulta que afectan al 73% de las empresas y al 53% de los trabajadores. Las razones que explican esta supremacía son, por supuesto, históricas en la medida en que la negociación colectiva actual reproduce, en gran manera, los esquemas que, respecto de las unidades de negociación, diseñaron las antiguas ordenanzas laborales y las normas sobre convenios colectivos del franquismo. También influye la estructura de la economía productiva española basada en el predominio de la pequeña y mediana empresa. E influyen, también, las normas estatutarias clásicas sobre estructura y articulación de convenios.

Las consecuencias de la hegemonía del convenio sectorial provincial son bien conocidas puesto que sus efectos son admitidos por la generalidad de los análisis que las han estudiado. En efecto, en primer lugar, la negociación provincial, al cerrar el espacio negociador a las unidades empresariales, provoca que la capacidad de adaptación de las condiciones laborales a la problemática concreta de cada empresa sea casi nula, introduciendo, de este modo, elevadas dosis de rigidez en el sistema. En segundo lugar, este tipo de convenios tienen un escaso control sobre la política de rentas y su influencia sobre la inflación es claramente perniciosa. En tercer lugar, con carácter general, sus contenidos son pobres y repetitivos, así como excesivamente monetarizados. En cuarto lugar, contribuyen a la petrificación de las unidades de negociación, sin prestar la adecuada atención a los nuevos sectores productivos y a las nuevas formas de gestión productiva.

2.- La preponderancia del convenio colectivo provincial determina, directamente, una relativa importancia del convenio de empresa en nuestro sistema de negociación colectiva. De conformidad con el marco normativo clásico si existiese, con anterioridad temporal, un convenio colectivo sectorial no cabía un convenio de empresa estatutario pues vulneraría las reglas sobre concurrencia de convenios salvo en aquellos sectores en donde existiese una articulación de la negociación efectuada mediante convenio sectorial o acuerdo interprofesional. Ello conducía a que, en la práctica, fuese extraordinariamente difícil abrir unidades de negociación empresariales que pudieran atender necesidades productivas o de mercado presentes en muchas empresas y, consecuentemente, provocaba la imposibilidad de adaptar las reglas que disciplinan las relaciones laborales en tales ámbitos.

3.- Las reglas estatutarias sobre estructura de la negociación colectiva sufrieron una importante modificación con la reforma de 1994. Hasta entonces el texto original del ET permitía que, mediante convenios sectoriales o acuerdos interconfederales, las organizaciones empresariales y sindicales más representativas de ámbito estatal o autonómico pudieran estructurar la negociación colectiva y articular sus contenidos en los diferentes ámbitos de negociación inferiores. Esta posibilidad, escasamente utilizada en aquélla época, fue mediatizada, en la gran reforma laboral del 94, al abrir, con la introducción de un nuevo párrafo al artículo 84 ET, la posibilidad de que todo convenio supraempresarial pudiera disponer de lo previsto en convenios de ámbito superior, salvo en algunas concretas materias. De esta forma, se abría la posibilidad de que las decisiones de estructurar y articular la negociación efectuadas por convenios sectoriales estatales (o autonómicos) quedasen sin efecto por decisiones convenidas en ámbitos inferiores, pero superiores a la empresa. La interpretación que de la norma ha venido haciendo la jurisprudencia consagró esta posibilidad pues cuantas veces se enfrentó al conflicto producido porque un convenio supraempresarial hubiera hecho caso omiso de las reglas de articulación pactadas en convenios superiores,

mantuvo la licitud de tales conductas sobre la base de que el párrafo segundo del artículo 84 ET era un precepto de derecho necesario absoluto que, en todo caso, prevalecía sobre lo dispuesto en el artículo 83.2 ET, consagrando una preferencia aplicativa del convenio inferior posterior, siempre que fuera de ámbito superior a la empresa y en cuanto a las materias que no fueran las que se exponían en el párrafo tercero del artículo 84 ET [SSTS de 22 de septiembre de 1998, (Rec. 263/1997); de 27 de marzo de 2000 (Rec. 2497/1999); 3 de noviembre de 2000 (Rec. 1544/2000); 17 de octubre de 2001 (Rec. 4637/2000); 18 de diciembre de 2002 (Rec. 1154/2001); 27 de marzo de 2003 (Rec. 89/2002); 28 de enero de 2004 (Rec. 100/2002); 1 de junio de 2005 (Rec. 15/2004); 7 de noviembre de 2005 (Rec. 170/2004) y 16 de febrero de 2010 (Rec. 2855/2009)]. Consecuentemente, la modificación introducida en 1994 se convirtió, a la postre, en un verdadero lastre que impedía poder ordenar y articular ámbitos y contenidos de la negociación colectiva.

4.- El contenido tradicional del artículo 86.3 ET determinaba que, denunciado el convenio y finalizada su vigencia, su contenido normativo, salvo acuerdo de las partes, se mantendría en vigor. Se trata de la llamada ultraactividad normativa que permite extender el contenido del convenio más allá del término final, inicialmente pactado. Era ésta una solución polémica pues mientras, para algunos, constituía una auténtica garantía de los derechos de los trabajadores, para otros incidía negativamente en futuras negociaciones, en la medida en que —de hecho— se constituía como el suelo del que tenía que partir la futura negociación, la desincentivaba, la retrasaba innecesariamente y servía de impedimento para readaptar las condiciones anteriores a las nuevas realidades del marco económico en el que se desenvuelve la empresa o sector, impidiendo la posibilidad de pactar condiciones menos favorables que las que se disfrutan por mor de esa prórroga legal del contenido normativo del convenio.

5.- El ET regula el papel de los convenios colectivos en el sistema de fuentes de la relación laboral, así como su eficacia jurídica y personal; sin embargo, obvia regular tales cuestiones respecto de los convenios colectivos extraestatutarios y respecto de los pactos o acuerdos de empresa, que, sin duda, constituyen manifestaciones de la autonomía colectiva y que, en múltiples circunstancias, determinan condiciones de trabajo o derechos y obligaciones de trabajadores y empresarios. Esta anomia legislativa presenta variados problemas aplicativos que, no siempre son resueltos de la misma forma en sede judicial, generando inseguridad jurídica, que se ve acrecentada con la obsoleta y técnicamente inadecuada regla del artículo 3.3 ET sobre aplicabilidad en caso de concurrencia normativa.

6.- Las reglas de legitimación para la negociación previstas en un contexto socioeconómico determinado no resultaban útiles treinta años después, en la medida en que no atendían realidades actuales y unidades de negociación nuevas tales como los grupos de empresas o las denominadas empresas en red surgidas en el marco de procesos de descentralización productiva.

7.- Los mecanismos de flexibilidad interna negociada en la empresa se revelaban extraordinariamente rígidos dado que, por un lado, el sistema no propiciaba la adaptación de las condiciones pactadas en el convenio colectivo a las necesidades concretas de empresas o centros de trabajo; y, por otro, las reglas sobre administración del convenio aparte de rígidas no propiciaban la revisión de aspectos concretos que permitiesen ir adaptando el contenido convencional a las nuevas necesidades que se imponen en el seno de un mercado cada vez más cambiante y volátil.

Denominador común de toda la problemática reseñada es que nuestro sistema de negociación colectiva se ha venido caracterizando por una excesiva rigidez que se manifiestaba en dos planos diferentes: a) en el ámbito macroeconómico el modelo provocaba dificultades graves que impedían ajustar con prontitud las condiciones de trabajo presentes en la empresa

a las circunstancias económicas y productivas derivadas de los ciclos y coyunturas económicas; b) en el ámbito microeconómico, el convenio colectivos —sobre todo el sectorial provincial— actúaba como una norma rígida e inmutable durante su vigencia y más allá durante su ultraactividad, impidiendo su adaptabilidad a las circunstancias concretas de cada empresa y dificultando la aplicación de medidas de flexibilidad interna. Ello ha conducido a que, en épocas de crisis, los ajustes no se hayan producido incidiendo sobre los salarios o la jornada de trabajo, sino a través de la adopción de medidas de flexibilidad externa, más traumáticas, como los despidos produciendo un fuerte impacto sobre el volumen de empleo en un mercado tan sensible a los ciclos económicos como es el español.

Como inmediatamente se comprobará, la resultante de cuanto se lleva reseñado era la convicción casi unánime de la necesidad de reformar el marco legal de la negociación colectiva, en el entendimiento de que la modificación del Título III del Estatuto de los Trabajadores era una de las asignaturas pendientes del sistema español de relaciones laborales.

2. LA REFORMA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: UNA NECESIDAD EXPLICITADA POR LOS AGENTES SOCIALES.

Apenas transcurridos tres años desde la reforma de 1994, los agentes sociales explicitaron por escrito, en el Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva de 1997, su voluntad de reforma del marco estructural de la negociación colectiva apostando por un nuevo sistema que debería contribuir a racionalizar la estructura de la negociación colectiva, evitando la atomización actualmente existente a cuyo efecto consideraron conveniente establecer una adecuada articulación entre los distintos ámbitos negociales, de manera que determinadas materias quedaran reservadas al Convenio Colectivo nacional sectorial, otras pudieran ser desarrolladas en ámbitos inferiores (territorial y de empresa) y, finalmente, otras puedan ser objeto de negociación en estos últimos ámbitos. Y señalando, además, que la racionalización de la estructura de la negociación colectiva mediante la consecución de los objetivos previstos en ese Acuerdo, tendente a procurar el desarrollo de un determinado modelo negocial, y, también, en relación con los contenidos de los Convenios Colectivos, podía exigir las correspondientes modificaciones legislativas. El acuerdo era, ciertamente, ambicioso especialmente en materia de estructura, pero su materialización se dejaba en manos de los propios firmantes y de las organizaciones a ellos vinculadas cuya autonomía se enfatizaba especialmente. Su virtualidad práctica, con algunas excepciones, no fue la esperada, por lo que el sistema, en su conjunto, apenas se modificó.

Probablemente por ello, en el año 2001 hubo serios intentos de reforma de la negociación colectiva que estuvieron precedidos de algunos informes y de negociaciones tripartitas entre Gobierno, Sindicatos y Patronal. Tanto el Informe Bentolilla/Jiménez (FEDEA) como el denominado Informe Durán planteaban reformas drásticas del sistema que, al margen de su mayor o menor conveniencia, resultaba claro que no iban a ser aceptados por los sindicatos y, en algunos aspectos concretos, tampoco por la patronal. Las negociaciones tripartitas abordaron de forma más realista la modificación del sistema y dieron lugar a que el Gobierno presentara, sucesivamente, tres borradores de anteproyecto de reforma que fueron sucesivamente rechazados, por distintas razones, por los interlocutores sociales que, finalmente, solicitaron al ejecutivo que pusiera fin al proceso de discusión, ofreciendo su compromiso de debatir y suscribir de manera bilateral un acuerdo de negociación colectiva para 2002, lo que llevó al Gobierno a aparcar la reforma.

El año 2002 supuso un punto de inflexión, básicamente porque los interlocutores sociales optaron por suscribir un acuerdo interconfederal sobre negociación colectiva, que reite-

raron sucesivamente en los años siguientes. Acuerdos cuyas características básicas descansan sobre las siguientes ideas: a) son pactos que tratan de establecer orientaciones para que se negocie en los distintos ámbitos; b) no abordan la estructura de la negociación colectiva ni la distribución de materias en los distintos ámbitos de negociación; c) señalan que el objetivo principal de la reforma del sistema debe ser propiciar su capacidad de adaptación a las necesidades de las empresas y sectores y la mejora de la productividad; y, d) implícita o explícitamente se lanza la idea de que los protagonistas de la reforma son los sindicatos y las asociaciones empresariales más representativas; por lo que aquélla no debe ser impuesta por el Gobierno ni objeto de un proyecto de ley sin previo consenso de las partes. En ese sentido, en el Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (AENC), suscrito el 9 de febrero de 2010, las Confederaciones Empresariales (CEOE y CEPYME) y Sindicales (CCOO y UGT), se comprometieron, en su Disposición Adicional Única, a negociar bilateralmente una reforma del actual sistema de negociación colectiva.

La insistencia en esta última idea ha sido absolutamente relevante en los últimos tiempos al punto de que acabó por tomar carta de naturaleza en un texto legislativo. En efecto, la Disposición Adicional Vigésima Primera de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, dispuso, en su primer párrafo, que el Gobierno promovería las iniciativas legislativas que correspondiesen para la reforma de la negociación colectiva en los términos que, en ejercicio de la autonomía colectiva, fueran acordados y le fueran requeridos por los interlocutores sociales en el proceso de negociación bipartita que entonces desarrollaban conforme a lo pactado en el Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, 2010, 2011 y 2012. Sin embargo, el párrafo segundo añadió que en defecto de acuerdo en el proceso de negociación bipartita, en un plazo de seis meses a contar desde la entrada en vigor de dicha Ley, el Gobierno, previa consulta con las organizaciones empresariales y sindicales, adoptaría las iniciativas que correspondiesen para abordar, entre otros, la definición de mecanismos de articulación de la negociación colectiva, su papel como procedimiento de fijación de las condiciones laborales y de determinación de las políticas de empleo, su capacidad de adaptación a las necesidades de los trabajadores, las empresas y sectores productivos y la mejora de la productividad, así como todos aquellos elementos e instrumentos que relacionados con los objetivos señalados configuraban sistema de negociación colectiva.

Mientras tanto, en el Acuerdo Social y Económico 2011, las Organizaciones CEOE, CEPYME, CCOO y UGT alcanzaron un acuerdo sobre los criterios básicos que debían informar la reforma de la negociación colectiva, a través del diálogo social bipartito, comprometiéndose al desarrollo de un proceso de negociación, que tomaría en consideración a efectos de su duración, la fecha del 19 de marzo de 2011 contemplada en la Ley 35/2010. La reforma que se propugnaba partía del principio de respeto a la autonomía de los interlocutores sociales para gestionar la negociación colectiva. La autonomía de los representantes de los empresarios y de los trabajadores, a la hora de definir las condiciones de trabajo, es un principio central de la negociación colectiva. Era objetivo de UGT, CCOO, CEOE y CEPYME reforzar esta autonomía en aras a potenciar y mejorar la actividad económica de las empresas, las condiciones de trabajo y el empleo. El diagnóstico de los problemas de la negociación colectiva se centraba en las cuestiones de estructura y de vertebración; de legitimación; de flexibilidad interna; de innovación y adaptación de contenidos; de gestión y de adecuación a las dificultades, entre otros. Para afrontarlos se destacaba que el sistema español de negociación colectiva debía hacer frente a la realidad empresarial y a la de los trabajadores. Para ello habría que racionalizar y vertebrar mejor los convenios colectivos, potenciando asimismo la negociación colectiva en el ámbito de la empresa, lo que permitiría ampliar su eficiencia y destinatarios.

3. TRES REFORMAS EN UN AÑO

Desde el mes de febrero hasta mayo de 2011, CEOE, CEPYME, CC.OO. y UGT desarrollaron un intenso proceso de negociación bipartita para la reforma de la negociación colectiva, Había expectativa de que las negociaciones terminaran en un acuerdo bipartito, algo que finalmente no se produjo. Ante esta situación, el Gobierno consideró que, a la vista de la falta de acuerdo entre los interlocutores sociales, la reforma de la negociación colectiva no podía esperar más tiempo. Una normativa que presentaba disfunciones y que desde hacía años no había sido objeto de modificación, la falta de entendimiento entre los interlocutores sociales y la situación de la economía, del empleo y del desempleo fueron las razones que explican esta decisión. Por ello, en ejercicio de las responsabilidades que le correspondían y de su iniciativa legislativa constitucionalmente reconocida, el Gobierno procedió a la aprobación del RDL 7/2011, de 10 de junio.

Esta reforma de la negociación colectiva pretendió abordar las disfunciones antes apuntadas. Pero quiso hacerlo respetando plenamente los elementos esenciales del sistema de negociación colectiva y, singularmente, respetando la autonomía colectiva. Con esta premisa básica, los objetivos principales de esa reforma de la negociación colectiva, explicitados en el preámbulo de la norma, fueron los siguientes:

Primero: favorecer una mejor ordenación de nuestra negociación colectiva, propiciando a la vez una negociación colectiva más cercana a la empresa y una negociación colectiva sectorial más adaptada a la situación de cada concreto sector de actividad económica.

Segundo: introducir mayores niveles de dinamismo y agilidad en la negociación colectiva, tanto en los procesos de negociación de los convenios colectivos como en sus contenidos, de manera que se aumente su capacidad de adaptabilidad a los cambios en la situación económica y sociolaboral en unos términos que equilibren flexibilidad para las empresas y seguridad para los trabajadores.

Tercero: adaptar el sistema de negociación colectiva a las nuevas o renovadas realidades empresariales que actúan en nuestro mercado de trabajo, incluyendo nuevas reglas de legitimación para la negociación de los convenios colectivos y para favorecer la flexibilidad interna negociada con los representantes de los trabajadores.

Apenas ocho meses después, el nuevo gobierno publicó su reforma laboral que se llevó a cabo, en primer lugar, a través del RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. La reforma parcial del Título III del Estatuto de los Trabajadores que se aborda en el artículo 14 de aquella norma se incluye entre las medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo. Se vuelve a modificar parcialmente el sistema legal de negociación colectiva con el objetivo básico de fortalecer los mecanismos de adaptación de las condiciones de trabajo a las circunstancias concretas que atraviesen las empresas. Para ello se introducen cambios, algunos de los cuales implican modificar lo regulado meses antes, que responden al objetivo de procurar que la negociación colectiva sea un instrumento, y no un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa. Se trata de potenciar al convenio colectivo como instrumento de flexibilidad en el sistema de relaciones laborales que potencie formulas de modificación y adaptación de condiciones de trabajo a las necesidades derivadas de las exigencias organizativas productivas y económicas.

La tramitación parlamentaria del RDL 3/2012 culminó con la aprobación de la Ley 3/2012, de 6 de julio, que, por tercera vez en un año, modifico algunos aspectos del marco jurídico de la negociación colectiva introduciendo una nueva reforma del Título III. Es cierto que esta última reforma se refiere a aspectos bien concretos, y que comparte la filosofía de su precedente inmediato. Pero también es constatable que las tres reformas responden a un mismo proyecto que deriva del mismo diagnóstico que comparten todas. En efecto,

las tres reformas tratan de solucionar los mismos problemas y lo hacen a través de los mismos mecanismos que derivan de la convicción de flexibilizar el sistema legal de negociación colectiva en la línea de potenciación de la flexibilidad interna en la empresa. Sólo difieren en los concretos instrumentos que, en algunos casos, se adoptan para la consecución de los fines compartidos.

4. LAS SOLUCIONES NORMATIVAS EN CLAVE DE FLEXIBILIDAD

A) LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.

El RDL 7/2011, de 10 de junio de reforma de la negociación colectiva, con el decidido propósito de favorecer una mejor ordenación de la negociación colectiva abordó la reforma de los artículos 83.2 y 84 ET. La idea que guió la reforma fue superar las dificultades que la lejana modificación normativa de 1994 había significado en punto a la articulación y ordenación de los ámbitos de aplicación de los convenios colectivos, al admitir la posibilidad de que las decisiones de estructurar y articular la negociación efectuadas por convenios sectoriales estatales (o autonómicos) quedasen sin efecto por decisiones convenidas en ámbitos inferiores, pero superiores a la empresa. Para acabar con esa oportunidad y garantizar el respeto a las estructuras negociadas, se mantiene la clásica regla según la que los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden (artículo 83.1 ET), cuyo juego real está limitado por las posibilidades que determinados instrumentos negociales tienen de ordenar y articular la negociación y, por tanto, de restringir las posibilidades de fijar unidades de negociación. En efecto, el artículo 83.2 ET permite que los acuerdos interprofesionales y los convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal o autonómico puedan establecer cláusulas sobre la estructura de la negociación colectiva y fijar reglas para la resolución de conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito.

Así, las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, de carácter estatal o de Comunidad Autónoma a través de acuerdos interprofesionales podrán establecer las reglas que tengan por conveniente sobre la fijación de unidades de negociación y, especialmente, sobre reparto de materias y establecimiento de reglas de compementariedad entre las distintas unidades de negociación. Estas cláusulas podrán pactarse en convenios o acuerdos colectivos sectoriales, de ámbito estatal o autonómico, por aquellos sindicatos y asociaciones empresariales que cuenten con la legitimación necesaria, de conformidad con lo establecido en el artículo 87 ET.

A diferencia de lo que ocurría con anterioridad, las posibilidades que un convenio inferior tiene para desatender las previsiones sobre estructura y articulación de la negociación colectiva se encuentran limitadas y dependen de las previsiones del propio acuerdo interprofesional o convenio sectorial que ha establecido la estructura. En efecto, los apartados 3 y 4 del artículo 84 ET permiten que un acuerdo o convenio colectivo de Comunidad Autónoma, que haya sido pactado por los sindicatos y asociaciones empresariales que reúnan los requisitos de legitimación de los arts. 87 y 88 del ET y siempre que dicho pacto obtenga el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación (art. 84.3 ET, afecte a lo dispuesto en los de ámbito estatal. Esta posibilidad está limitada de dos maneras: una relativa al contenido, dado que la afectación no puede referirse a alguna de las materias siguientes consideradas «no negociables»: el periodo de prueba, las modalidades de contratación, la clasificación profesional, la jornada máxima anual de trabajo, el régimen disciplinario, las normas mínimas en materia de prevención de riesgos laborales y la movilidad geográfica, salvo que resultare de aplicación un régimen distinto establecido mediante acuerdo o convenio colectivo de ámbito estatal negociado según el art. 83.2 del ET. La segunda

limitación es formal, la posible prioridad aplicativa de los convenios de ámbito autonómico, sólo será posible «salvo pacto en contrario negociado según el art. 83.2 del ET»; esto es, sólo resultará posible si el acuerdo interprofesional o el convenio colectivo sectorial no lo ha prohibido expresamente.

La conclusión puede formularse desde dos perspectivas diferentes que constituyen las caras de una misma moneda. Desde una óptica general, los acuerdos interprofesionales y los convenios sectoriales, estatales o autonómicos, son los únicos que pueden establecer las reglas que tengan por convenientes en orden a la estructuración y articulación de la negociación colectiva en sus respectivos ámbitos, así como delimitar, como veremos, las reglas de resolución de conflictos de concurrencia entre convenios. Son, además, los únicos instrumentos que pueden regular el régimen de inaplicación de sus propias reglas, tanto en lo que se refiere a la propia posibilidad de afectación como a las materias negociables. Desde una óptica particular, cada instrumento concreto, cada convenio concreto, tendrá el ámbito de aplicación que las partes acuerden, pero su contenido, como se comprobará, resultará aplicable en función de lo establecido convencionalmente sobre la estructura de la negociación y sobre las reglas sobre concurrencia de convenios.

Sin embargo, tan amplias posibilidades de articulación han sido matizadas por la nueva redacción del artículo 84 ET relativo a la concurrencia de convenios y por la preferencia aplicativa de los convenios de empresa.

B) EL NUEVO TRATAMIENTO LEGAL DE LA CONCURRENCIA DE CONVENIOS: LA LIMITADA PRIORIDAD APLICATIVA DEL CONVENIO DE EMPRESA

La nueva regulación legal mantiene la regla general, ya clásica en nuestro ordenamiento jurídico, según la que un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto. Propiamente, el principio de no concurrencia no limita la libertad de elección de la unidad de negociación antes expuesta, ya que durante la vigencia de un convenio colectivo podrá negociarse otro de ámbito distinto sin que éste sea nulo, pero si impedirá su aplicación (STS 13 noviembre 2007, Rec. 138/2006). En todo caso, el propio artículo 84.1 ET establece que el principio de no concurrencia no rige en dos supuestos diferentes: a) la existencia de un pacto de estructura negocial suscrito en un acuerdo interprofesional o en un convenio colectivo sectorial, estatal o autonómico, que permita total o parcialmente la concurrencia y b) el juego de la previsión contenida en el artículo 84.2 ET.

La primera excepción resulta lógica y se ha venido admitiendo sin dificultades. Que el acuerdo interprofesional o convenio marco aplicable establezca expresamente la posibilidad de concurrencia, es el resultado del carácter dispositivo del principio de no concurrencia, tal como viene configurado legalmente, al admitirse en el art. 84.1, ET pacto en contrario, negociado conforme a lo dispuesto en el artículo 83.2 ET. Por otro lado, como ya se señaló antes, el art. 83.2 ET prevé que mediante acuerdos interprofesionales o convenios colectivos marco se pueda establecer la estructura de la negociación colectiva, fijando en su caso las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito (aplicación del convenio posterior, aplicación del más específico, aplicación del más favorable, etc.) (STS 17 octubre 2001, Rec. 4637/2000).

La segunda de las excepciones fue introducida por el RDL 7/2011, de 10 de junio, y, trascendentalmente modificada por el más reciente RDL 3/2012. Se refiere a la prioridad aplicativa del Convenio de Empresa. En efecto, el artículo 84.2 ET, en la redacción establecida por el RDL 7/2011, de 10 de junio, estableció que, salvo que un acuerdo o convenio colectivo de ámbito estatal o de Comunidad Autónoma negociado según el art. 83.2 del ET estableciera reglas distintas sobre estructura de la negociación colectiva o concurrencia entre convenios, la regulación de las condicio-

nes establecidas en un convenio de empresa (y también en un convenio de grupo de empresas o de una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas) tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias: a) la cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa; b) el abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos; c) el horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones; d) la adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores; e) la adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por la presente Ley a los convenios de empresa; f) las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal; g) otras materias que los acuerdos y convenios colectivos marco del art. 83.2 del ET pudieran ampliar.

Así configurada la preferencia aplicativa del convenio de empresa, cuyo objetivo es, sin duda, la posibilidad de primar la negociación en el ámbito de la empresa, estaba, al igual que ocurría con la posibilidad de afectación de los convenios autonómicos, doblemente limitada: por un lado, la preferencia aplicativa podía estar prohibida, total o parcialmente, por el acuerdo interprofesional o el convenio sectorial, estatal o autonómico, a que se refieren el artículo 83.2 ET; y, por otro lado, la preferencia aplicativa quedaba limitada a las materias enumeradas en el propio artículo 84.2 ET y a las que pudieran establecerse por los acuerdos y convenios colectivos previstos en el artículo 83.2 ET.

En la medida en que los acuerdos interprofesionales y los convenios sectoriales podían administrar la preferencia aplicativa de los convenios de empresa admitiéndola, restringiéndola o impidiéndola su valor estaba ciertamente disminuido. El valor promocional de la reforma de 2011 era innegable, pero también lo era que su aplicabilidad real, su efectivo juego, se dejaba en manos de los convenios estatales o autonómicos. Para hacer efectiva esa pretendida descentralización en el ámbito de la empresa, la última reforma laboral la ha garantizado facilitando, de manera efectiva, una negociación de las condiciones laborales en el ámbito más cercano y adecuado a las necesidades de las empresas y trabajadores.

Tal finalidad se logró con dos intervenciones técnicas muy simples llevadas a cabo por el RDL 3/2012: la primera suprimiendo la frase inicial del precepto (artículo 84.2 ET) que decía «salvo que un acuerdo o convenio de ámbito estatal o de Comunidad Autónoma negociado según el artículo 83.2 estableciera reglas distintas sobre estructura de la negociación colectiva o concurrencia entre convenios».; y, la segunda, estableciendo en el párrafo final del apartado 2 del artículo 84 ET que «Los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2 no podrán disponer de la prioridad aplicativa prevista en este apartado». De esta forma se impide toda capacidad de incidencia de los acuerdos y convenios sectoriales sobre al prioridad aplicativa, de forma que ésta no podrá ser suprimida o restringida. Se mantiene, en cambio, la limitación de materias en los estrictos términos en que venía formulada, lo que implica que en aquellas materias no incluidas en la relación legal o no previstas por los acuerdos o convenios del artículo 83.2 ET continua rigiendo la prohibición de concurrencia y no resultarán de aplicación las previsiones de un convenio de empresa en tales cuestiones. Para completar la modificación y disipar cualquier tipo de duda, la Ley 3/2012 añadió en el precepto que el convenio de empresa (cuya preferencia aplicativa en los términos examinados había quedado ya consagrada) «podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia del convenio colectivo de ámbito superior»

La configuración normativa de esta preferencia aplicativa del convenio de empresa se configura, además, como materia de orden público, es decir, como derecho necesario absoluto, por lo que su regulación no podrá ser ex-

cluida, ignorada, ni modificada por convenio alguno (SAN de 10 de septiembre de 2012).

Esta limitada preferencia aplicativa del convenio de empresa necesita ser matizada para entenderla en su máxima expresión. Se refiere a los convenios colectivos estatutarios y no a los extraestatutarios o a los pactos o acuerdos de empresa. El artículo 84.2 ET, como excepción al principio de no concurrencia de convenios, se aplica a los convenios colectivos regulados en el Título III del ET. Ello significa que, vigente un convenio anterior, los sujetos legitimados en el ámbito empresarial podrán negociar un convenio de empresa que una vez firmado, depositado y publicado tendrá preferencia aplicativa en las materias relacionadas en el artículo 84. 2 ET. Si la concurrencia se produce con otro instrumento negocial (convenio extraestatutarios o pacto o acuerdo de empresa) habrá que recurrir a otros instrumentos normativos para solucionar la concurrencia: principio de normas más favorable del artículo 3.3 ET si se admite la naturaleza normativa de dichos productos de la negociación colectiva, o, si se mantiene su eficacia contractual, al carácter de la norma convencional (imperativa o dispositiva) en relación a la posterior regulación concurrente.

Obviamente este planteamiento imposibilita el juego del precepto en las empresas o unidades de negociación asimiladas en donde no hayan sujetos legitimados en representación de los trabajadores según el artículo 87 ET. Igualmente, al ser la creación de una nueva unidad de negociación una competencia compartida por los sujetos legitimados (representantes de los trabajadores y empresario) la apertura de dicha nueva unidad sólo será posible por acuerdo de ambas partes. La iniciativa puede ser llevada a cabo por cualquiera, pero sin que pese sobre la otra el deber de negociar (SSTS de 20 octubre 1997, RJ 8083 y de 5 noviembre 2008, Rec. 130/2007).

C) EL CONTENIDO MÍNIMO DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

Culminando una tendencia iniciada en la reforma de 1994, el RDL 7/2011 modificó el artículo 85.3 ET, y amplió sensiblemente el contenido mínimo de los convenios colectivos. En efecto, en la redacción originaria del Estatuto de los Trabajadores el contenido mínimo de los Convenios Colectivos estaba configurado por aquellas cláusulas que trataban de identificar el convenio, mediante la determinación de las partes negociadoras, la delimitación de los ámbitos de aplicación del convenio, el establecimiento del régimen de vigencia y denuncia y la constitución de una Comisión Paritaria. Se trataba por tanto de un contenido esencial que servía a la finalidad de delimitación e identificación del propio convenio y, a tal fin, podía justificar esa exigencia de contenido negocial que la ley imponía a las partes. La ausencia de todo o parte de ese contenido permitía sostener que el convenio en cuestión no podía ser calificado como convenio estatutario.

Sin embargo, tal contenido mínimo se fue ensanchando de suerte que el legislador fue, paulatinamente estableciendo materias que deberían ser objeto de inclusión en todo convenio estatutario. Al punto de que la reforma operada por el RDL 7/2011, estableció un contenido mínimo tan amplio (art. 85.3 ET, en su redacción anterior fruto del mencionado RDL) que se convirtió, *de facto, en inoperante*. Tan amplio contenido, que salvo lo relativo al contenido clásico (partes, ámbitos, denuncias y comisión paritaria) había que entenderlo en clave de recomendación, fue eliminado de raíz con la reforma operada en el artículo 85.3 ET por el RDL 3/2012. Con buen criterio se ha vuelto a la concepción tradicional y se ha reducido el contenido mínimo exigible a las cuestiones que tratan de identificar y singularizar el convenio, a delimitar su vigencia y posibilidades de denuncia y a regular las funciones del órgano de administración del convenio.

De esta forma, en la actualidad el contenido mínimo exigible resulta ser el siguiente: a) Determinación de las partes que los conciertan. b) Ámbito personal, funcional, territorial y temporal. c) Procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir para la no aplicación de las condi-

ciones de trabajo a que se refiere el artículo 82.3, adaptando, en su caso, los procedimientos que se establezcan a este respecto en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico conforme a lo dispuesto en tales artículos. d) Forma y condiciones de denuncia del convenio, así como plazo mínimo para dicha denuncia antes de finalizar su vigencia. e) Designación de una comisión paritaria de la representación de las partes negociadoras para entender de aquellas cuestiones establecidas en la ley y de cuantas otras le sean atribuidas, así como establecimiento de los procedimientos y plazos de actuación de esta comisión, incluido el sometimiento de las discrepancias producidas en su seno a los sistemas no judiciales de solución de conflictos establecidos mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83.

D) LOS ASPECTOS TEMPORALES: VIGENCIA, DENUNCIA Y ULTRAACTIVIDAD

Las cuestiones ligadas a la duración y vigencia del convenio colectivo han sido sucesivamente abordadas por las tres normas reformadoras que nos ocupan. La primera de ellas, el RDL 7/2011, de 10 de junio, lo hizo, en líneas generales, de manera continuista, esto es, manteniendo el régimen tradicional y permitiendo su disposición por los firmantes del convenio, favoreciendo y promocionando, a la vez, soluciones arbitrales. La segunda de las reformas, efectuada por el RDL 3/2012, de 11 de febrero, fue mucho más rupturista aunque sin llegar a grandes extremos, intentando mantener el equilibrio de intereses que subyace, claramente, en la regulación de estas cuestiones. Finalmente, la ley 3/2012 ha completado algunos exigencias técnicas y modificado aspectos concretos de las soluciones introducidas por la norma anterior, sin variar el su sentido y finalidad.

En la actualidad, la situación ha quedado como sigue:

1.- Subsisten las reglas generales clásicas en cuya virtud: a) Las partes fijan libremente la duración del convenio, pudiendo establecer distintos períodos de vigencia para cada materia o grupo homogéneo de materias dentro del mismo convenio. b) Salvo pacto en contrario, los convenios colectivos se prorrogarán de año en año si no mediara denuncia expresa de las partes. Y c) La vigencia de un convenio, una vez denunciado y concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubieren establecido en el propio convenio.

2.- Se añade la previsión de que durante la vigencia del convenio colectivo, los sujetos que reúnan los requisitos de legitimación previstos en los artículos 87 y 88 ET podrán negociar su revisión. Con ello se incorpora a la letra de la ley la interpretación jurisprudencial que ha venido admitiendo la posibilidad de modificar el convenio colectivo durante su vigencia. En efecto, partiendo de que nuestro sistema de negociación colectiva no es un sistema de negociación permanente, sino un sistema basado en la estabilidad y en la conservación en el tiempo de los resultados de la negociación, el Tribunal Supremo entiende que tal efecto se logra con la prohibición de concurrencia y con el hecho de que los convenios obliguen durante todo el tiempo de su vigencia, pero ello no empece que su vigencia como la de toda norma, puede terminar por la vía de la derogación por una norma posterior del mismo rango (SSTS de 30 de junio de 1998, Rec. 2987/97, de 21 de febrero de 2000, rec. 686/99 y de 27 de enero de 2003, rec. 63/02).

Se pretende, de esta forma, convertir la denuncia en algo excepcional, de suerte que se puedan ir sucediendo acuerdos parciales modificativos de convenios, sin necesidad de revisar el conjunto de la norma convencional; se busca dinamizar la negociación colectiva y, a la vez, diluir los desacuerdos globales al permitir negociaciones y acuerdos parciales que van modificando paulatinamente el convenio y que minimizan los desacuerdos.

3.- En defecto de pacto, la norma adopta las siguientes previsiones sobre la situación del convenio, una vez denunciado y perdida su vigencia ordinaria, durante las negociaciones tendentes a suscribir uno nuevo: a) Con carác-

ter general el convenio mantiene su vigencia, si bien las cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia de un convenio, decaerán a partir de su denuncia. b) Las partes podrán adoptar acuerdos parciales para la modificación de alguno o algunos de sus contenidos prorrogados con el fin de adaptarlos a las condiciones en las que, tras la terminación de la vigencia pactada, se desarrolle la actividad en el sector o en la empresa. Estos acuerdos tendrán la vigencia que las partes determinen.

Esta regulación implica la desaparición de la tradicional distinción entre cláusulas obligacionales y normativas en un convenio colectivo: en la redacción anterior, una vez finalizada la duración pactada, tras la denuncia, el convenio mantenía la vigencia del contenido normativo exclusivamente. En la actualidad, la vigencia del convenio resulta total, con la única salvedad de las cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia de un convenio que decaerán a partir de su denuncia.

4.- La norma también se plantea la posibilidad de que las negociaciones no produzcan ningún acuerdo. Ante esa eventualidad se opta decididamente por soluciones arbitrales. En esa línea se ordena a los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83 ET, que establezcan procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes tras el transcurso del procedimiento de negociación sin alcanzarse un acuerdo, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia jurídica que los convenios colectivos y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91 ET. Dichos acuerdos interprofesionales deberán especificar los criterios y procedimientos de desarrollo del arbitraje, expresando en particular para el caso de imposibilidad de acuerdo en el seno de la comisión negociadora el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral por las partes; en defecto de pacto específico sobre el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral, se entenderá que el arbitraje tiene carácter obligatorio.

5.- Por último, se resuelve el problema de la ultraactividad a través de su limitación temporal. Hasta el RDL 3/2012, de 11 de febrero, el fracaso en las negociaciones del convenio implicaba que el convenio anterior mantenía su vigencia con carácter indefinido, ya que en caso de desacuerdo de las partes (tanto para revisar el convenio anterior como para someterse a un convenio de ámbito superior o de ámbito inferior), cuando hubiese transcurrido el plazo máximo de negociación y las partes no se hubiesen sometido a los procedimientos de mediación y arbitraje o no hubiesen solucionado las discrepancias, se mantenía la vigencia del convenio colectivo *sine die*». En el RDL 3/2012 se estableció que transcurridos dos años desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquél perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación. Sin embargo, la Ley 3/2012, fijo el indicado lapso temporal en un año. En la actualidad transcurrido un año desde la denuncia del convenio (o desde la entrada en vigor d ela ley 3/2012, para los convenios ya denunciados en esa fecha) se producirá en los términos expuestos su pérdida de vigencia.

Con esta regulación se pretende incentivar que la renegociación del convenio se adelante al fin de su vigencia sin necesidad de denuncia del conjunto del convenio, como situación que resulta a veces conflictiva y que no facilita un proceso de renegociación sosegado y equilibrado. Pero, además, para cuando ello no resulte posible, se pretende evitar una «petrificación» de las condiciones de trabajo pactadas en convenio y que no se demore en exceso el acuerdo renegociador mediante una limitación temporal de la ultractividad del convenio a un año. Sin embargo, esta limitación es dispositiva de suerte que el pacto en contrario podrá alterarla; por pacto en contrario hay que

entender tanto el propio convenio colectivo que puede establecer su propio régimen de ultraactividad., como el acuerdo logrado durante las negociaciones del nuevo convenio, como el acuerdo producido puntualmente y sobre este aspecto concreto en el momento en que finalice la ultraactividad.

El hecho de que el convenio deje de estar vigente por el transcurso del tiempo implica que será el convenio de ámbito superior que fuera de aplicación el que resultaría vigente a partir de tal momento. Con ello el anterior espacio negociador, la anterior unidad de negociación quedaría extinguida y para su apertura habría que estar a las reglas sobre concurrencia de convenios ya analizadas que resultarían plenamente de aplicación, sin que existiese una especie de reserva de la unidad de negociación a la espera de un acuerdo. Cuestión distinta es que no resultase aplicable ningún convenio. En éste caso, la única solución posible, desde la perspectiva de las relaciones individuales, es la aplicación de la norma legal; lo que no impediría que la empresa siguiera manteniendo las condiciones establecidas en el convenio colectivo ya inaplicable, en todo o en parte, incorporando o no tal decisión al nexo contractual como condición más beneficiosa. Ahora bien, nada impediría que la anterior unidad negocial fuese total o parcialmente ocupada por un nuevo convenio.

La solución dista mucho de satisfacer a todas las partes y, también, de convencer en términos estrictamente técnicos. En este sentido, lo adecuado parece que la ley actúe en defecto de pacto; esto es, que ante la ausencia de acuerdo sobre la ultraactividad exista un régimen legal que la limite en el tiempo, de suerte, que se evite la petrificación de condiciones, sino que, además se propicie una negociación adaptada a las circunstancias cambiantes de cada momento. En definitiva que la negociación sea flexible. Lo que no parece tan claro es que la limitación sea siempre de dos años. Parece un tiempo excesivo si se aplica indiscriminadamente sobre todos los convenios con independencia de su duración inicial, lo que debería propiciar soluciones más flexibles que pudieran combinarse con la duración del convenio y con su ámbito territorial.

E) LA LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR Y LAS NUEVAS UNIDADES DE NEGOCIACIÓN

El RDL 7/2001, de 10 de junio partió de la constatación de que uno de los problemas de nuestro sistema de negociación colectiva estaba relacionado con quienes negocian los convenios colectivos, con las reglas de legitimación. Dichas reglas se habían mantenido sin modificaciones en el tiempo, de manera que realidades presentes en nuestro mercado de trabajo como la aparición de nuevas redes empresariales, las diferentes formas de organización y reestructuración de las empresas o la descentralización productiva no se habían visto acompañadas de reformas que propiciaran el desarrollo de la negociación colectiva en todos esos ámbitos. Por ello aquélla norma redactó de nuevo los artículos 87 y 88 ET, que han quedado inalterados tras la última reforma. El artículo 87 ET se refiere a la legitimación; esto es, a la delimitación de qué sujetos pueden negociar en función de los distintos tipos de convenios. El artículo 88 ET se refiere a la composición, designación y funcionamiento de la Comisión Negociadora del Convenio.

Ambos establecen reglas de orden público, relativas a la legitimación, composición y designación de la Comisión Negociadora; es decir son normas de derecho imperativo o necesario absoluto no modificables por los convenios o pactos, ni siquiera por los denominados pactos de estructura negocial.

Con la reforma se pretendió adaptar el sistema de negociación colectiva a las nuevas o renovadas realidades empresariales que actúan en nuestro mercado de trabajo, incluyendo nuevas reglas de legitimación para la negociación de los convenios colectivos y para favorecer la flexibilidad interna negociada con los representantes de los trabajadores.

La legitimación se abordaba con anterioridad partiendo de la distinción entre convenios de ámbito superior a la empresa y convenios

empresariales o inferiores, con una mención a los denominados convenios franja. Con la reforma, el abanico de posibles tipos de convenios se amplia y la norma hace referencia a los siguientes tipos: a) Convenios sectoriales, que podemos definir como convenios de ámbito territorial que regulan una rama o sector de actividad; b) Convenios de empresa o ámbito inferior (de centro de trabajo); c) Convenios de grupos de empresa o de pluralidad de empresas (novedad de la reforma); y d) Convenios dirigidos a trabajadores con perfil profesional específico (los llamados convenios franja). La regulación de la legitimación en cada tipo de convenio es la siguiente:

1.- Convenios sectoriales. En representación de los trabajadores, la regulación se mantiene en los mismos términos que antes de la reforma, sin que se haya producido modificación alguna. Así, están legitimados para negociar: los sindicatos más representativos a nivel estatal; los sindicatos más representativos de Comunidad Autónoma (siempre que el ámbito del convenio a negociar no supere la Comunidad Autónoma) y los sindicatos simplemente representativos (los que en el ámbito territorial y funcional del convenio hayan obtenido el 10% de los representantes elegidos en las elecciones a Delegados de Personal y Comités de Empresa). En representación de los empresarios, la situación ha variado parcialmente. Están legitimadas las Asociaciones Empresariales que representen al diez por ciento de los empresarios, siempre que éstos den ocupación a igual porcentaje de los trabajadores (igual que antes de la reforma). Y, también, las Asociaciones Empresariales que en el ámbito del convenio den ocupación al quince por cien de los trabajadores, lo que constituye una novedad de la reforma.

Las reglas anteriores se complementan con las siguientes precisiones específicas respecto de convenios sectoriales pues la ley establece dos tipos de previsiones concretas para complementar las reglas de legitimación señaladas: En primer lugar, en aquellos sectores en los que no existan asociaciones empresariales que cuenten con la suficiente representatividad, estarán legitimadas para negociar los correspondientes convenios colectivos de sector las asociaciones empresariales de ámbito estatal que cuenten con el diez por ciento o más de las empresas o trabajadores en el ámbito estatal, así como las asociaciones empresariales de Comunidad Autónoma que cuenten en ésta con un mínimo del quince por ciento de las empresas o trabajadores. En segundo lugar, asimismo estarán legitimados en los convenios de ámbito estatal los sindicatos de Comunidad Autónoma que tengan la consideración de más representativos conforme a lo previsto en el artículo 7.1 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, y las asociaciones empresariales de la Comunidad Autónoma que reúnan los requisitos señalados en la disposición adicional sexta del propio Estatuto de los Trabajadores.

2.- Convenios de Empresa.- La regulación de la legitimación para la negociación de este tipo de convenios apenas si ha variado. En representación de la empresa, obvio es que el único legitimado es el propio empresario. La legitimación de los trabajadores sigue referida en régimen alternativo tanto a los representantes unitarios como a los representantes sindicales. Así están legitimados, el Comité de Empresa o Delegados de Personal, y las secciones sindicales que sumen, en su conjunto, la mayoría de los miembros del comité de empresa. La novedad es que la intervención en la negociación corresponderá a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal.

3.- Convenios de grupos de empresa o de pluralidad de empresas. Se trata de nuevos espacios negociales creados por la reforma de 2011 y que carecían de reglas de legitimación que permitiesen hacer posible su existencia como unidades de negociación con convenios específicos. Por ello se había reclamado doctrinalmente su regulación. Ocurre que la nueva norma no define que hay que entender por grupo de empresas o por pluralidad de empresas. Respecto del grupo, éste es una realidad fáctica poco regulada jurídicamente; en principio se puede convenir en que son empresas

vinculadas entre sí de manera accionarial o por su funcionamiento económico o comercial. Sin embargo, dada la generalidad de la norma, un convenio de grupo de empresas podrá constituirse sin la existencia de esos vínculos entre las empresas; bastando la existencia de intereses comunes entre las empresas del grupo y los trabajadores para que pueda ser posible la creación de ese espacio negocial. En cuanto a la pluralidad de empresas, la norma se refiere a empresas vinculadas entre sí por razones organizativas o productivas, que tienen que estar identificadas nominativamente. El preámbulo del RDL 7/2011, aclara que con ello se está refiriendo a empresas en red surgidas en el marco de procesos de descentralización productiva, sin que ello impida que quepan otras realidades dentro de la denominación legal.

La legitimación en estas nuevas unidades de negociación se resuelve desde la perspectiva de los trabajadores exactamente igual que si se tratase de un convenio colectivo sectorial; mientras que en representación del grupo o del conjunto de empresas, la legitimación se refiere a la representación de las empresas.

4.- Convenios dirigidos a un grupo de trabajadores con perfil profesional específico, caracterizados por pertenecer a un mismo grupo o categoría profesional o función, por poseer una misma titulación profesional o por pertenecer a una misma sección o departamento de la empresa. Sólo se contemplan reglas específicas en el ámbito de la empresa y no en posibles ámbitos supraempresariales. En los convenios franja de empresa, la legitimación se refiere a los trabajadores en los siguientes términos: estarán legitimados para negociar las secciones sindicales que hayan sido designadas mayoritariamente por sus representados a través de votación personal, libre, directa y secreta. Dado que antes decía «será necesario que los trabajadores incluidos en su ámbito hubiesen adoptado un acuerdo expreso», cabe la interpretación de que, ahora, en la designación participan todos los trabajadores. No parece, sin embargo, que ese sea el propósito de la norma.

No se contemplan los convenios franja supraempresariales, por lo que, si se aplican las reglas de legitimación de los sectoriales hay que dar entrada a los sindicatos más representativos; y si no ha habido elecciones pueden quedar fuera los sindicatos que más afiliados tengan.

La formación de cada comisión negociadora descansa sobre dos reglas que se aplican a todo tipo de convenios y con criterios específicos para cada grupo de convenios. Así, las normas de proyección general son las siguientes: a) Todos los que reúnan el requisito de legitimación, tendrá derecho a formar parte de la comisión negociadora; y b) El reparto de miembros con voz y voto en el seno de la comisión negociadora se efectuará en proporción a su representatividad.

En los convenios sectoriales la Comisión quedará válidamente constituida cuando los sindicatos, federaciones o confederaciones representen como mínimo a la mayoría absoluta de los miembros de los comités de empresa y delegados de personal, en su caso; y cuando las asociaciones empresariales representen como mínimo a empresarios que ocupen a la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio. Además hay que tener en cuenta las siguientes previsiones especiales: a) En aquellos sectores en los que no existan órganos de representación de los trabajadores, se entenderá válidamente constituida la comisión negociadora cuando la misma esté integrada por las organizaciones sindicales que ostenten la condición de más representativas en el ámbito estatal o de Comunidad Autónoma. b) En aquellos sectores en los que no existan asociaciones empresariales que cuenten con la suficiente representatividad, se entenderá válidamente constituida la comisión negociadora cuando la misma esté integrada por las organizaciones empresariales estatales o autonómicas referidas en el párrafo segundo del artículo 87.3 c). Y c) En los supuestos a que se refieren los dos párrafos anteriores, el reparto de los miembros de la comisión negociadora se efectuará en proporción a la representatividad que ostenten las organizaciones sindicales o empresariales en el ámbito territorial de la negociación.

En los convenios de empresa no se regula la composición de la comisión negociadora; por tanto, son las partes quienes designan los miembros de la Comisión. La única precisión es que si negocian las secciones sindicales, no sólo deben sumar la mayoría de miembros del Comité, sino que el reparto debe hacerse en atención a la representatividad da cada sección. El problema de la representatividad empresarial y la composición de la comisión negociadora en los convenios de grupo o de empresas vinculadas entre sí por razones organizativas o productivas, que tienen que estar identificadas nominativamente, no se aborda en la ley, probablemente porque se entiende que cada una de las empresas puede decidir si participa o no en la negociación, sin que, sin dicha participación, le pueda afectar el convenio. Por ello la composición de la comisión se deja en la decisión del conjunto de empresas.

F) LA INAPLICACIÓN DEL CONVENIO: EL DESCUELGUE

Una de las novedades más importantes en materia de negociación colectiva que ha introducido el RDL 3/2012, de 10 de febrero es la relativa a la regulación de los supuestos de inaplicación del convenio colectivo, comúnmente denominado descuelgue. Tal novedad gira en torno a su ubicación sistemática y a su contenido. Desde la lejana reforma de 1994, el Estatuto de los Trabajadores establecía dos posibilidades de inaplicación en una empresa de las condiciones establecidas en un convenio colectivo. Por un lado, mediante el sistema de modificación de condiciones sustanciales de trabajo vía artículo 41 ET y, por otro, mediante las posibilidades de descuelgue salarial en los términos del artículo 82.3 ET. Característica común de ambas vías era la necesidad de acuerdo con los representantes de los trabajadores y la imposibilidad de su utilización a falta de acuerdo. La reforma laboral de 2010 trató de flexibilizar ambos mecanismos mediante la fijación legal de las causas y procedimientos del descuelgue, residenciando la decisión en el ámbito de la empresa y dando solución en las empresas sin representantes, permitiendo que la inaplicación pudiera ser acordada por una comisión nombrada *ad hoc*.

El RDL 7/2011, de 10 de junio, estableció dentro del contenido mínimo de cada convenio colectivo la necesidad de que la Comisión Paritaria se le atribuyeran competencias en el conocimiento y resolución de las discrepancias tras la finalización del período de consultas en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo o inaplicación del régimen salarial de los convenios colectivos, de acuerdo con lo establecido en los artículos 41.6 y 82.3 ET. A tales efectos, el convenio debía establecer los procedimientos y plazos de actuación de la comisión paritaria para garantizar la rapidez y efectividad de la misma y la salvaguarda de los derechos afectados. En particular, muy especialmente se encargaba al convenio el establecimiento de procedimientos para solucionar de manera efectiva las discrepancias en el seno de dicha comisión paritaria, incluido su sometimiento a los sistemas no judiciales de solución de conflictos establecidos mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83 ET. Con ello se pretendió hacer más viable la posibilidad del descuelgue.

El RDL 3/2012 consideró que la norma estatal no había garantizado el desbloqueo ante la falta de acuerdo con los representantes de los trabajadores para dejar de aplicar las condiciones previstas en convenio colectivo. Por ello, en orden a facilitar la adaptación de los salarios y otras condiciones de trabajo a la productividad y competitividad empresarial, incorporó una amplia modificación del régimen jurídico del descuelgue para hacerlo más operativo y, sobre todo, para dar salida a las situaciones de falta de acuerdo y de no solución del conflicto por otras vías autónomas, mediante el recurso a un arbitraje canalizado a través de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órganos similares de las Comunidades Autónomas.

a) El objeto del descuelgue

La inaplicación de condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo constituye

un elemento de flexibilidad en las relaciones laborales que pretende ser una alternativa a las medidas de restructuración de plantillas. En esa línea, el artículo 82.3 ET, tras establecer que los convenios colectivos regulados por dicha ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia, añade que, sin perjuicio de lo anterior, cuando concurran causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el artículo 87.1 ET, se podrá proceder, previo desarrollo de un periodo de consultas en los términos del artículo 41.4 ET, a inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa, que afecten a las siguientes materias: a) Jornada de trabajo. b) Horario y la distribución del tiempo de trabajo. c) Régimen de trabajo a turnos. d) Sistema de remuneración y cuantía salarial. e) Sistema de trabajo y rendimiento. f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 ET. Y g) Mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.

Como resulta fácilmente comprobable, la lista es casi idéntica a la que incorpora el artículo 41.1 ET, con una diferencia consistente en que en dicho precepto no se prevé la modificación de las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social que, sin embargo, si pueden ser objeto de inaplicación. Con todo la diferencia más importante es que la lista del artículo 41 ET es una lista abierta, pues la ley considera que las señaladas son «entre otras», lo que no ocurre en el artículo 82.3 ET, razón por la que hay que entender que estamos en presencia de una lista cerrada y que, por tanto, sólo serán admisibles los descuelgues que se refieren a las condiciones de la lista incorporada legalmente y no las que no pertenezcan a la misma.

b) La causalidad: elemento central del descuelgue

Desde siempre el descuelgue ha estado vinculado a necesidades de funcionamiento de las empresas derivadas de su situación económica, en esa línea, se ha constituido como un elemento alternativo a la destrucción de empleo. El RDL 3/2012 ha reforzado, si cabe, el elemento causal, cuya virtualidad desplegará efectos, sobre todo, en el supuesto de inaplicación por vía arbitral. En cambio, cuando el período de consultas finalice con acuerdo, se presumirá que concurren las causas justificativas a que alude el párrafo segundo, y sólo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión. Con todo la ley parte de la noción de que el descuelgue sólo resulta posible en los supuestos de existencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuya definición reproduce, como no podía ser de otra forma, la contenida en el artículo 51.1 ET, sin perjuicio de matices aplicativos que se señalarán.

De esta forma, se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de perdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si se produce durante dos trimestres consecutivos; reduciendo en uno la consideración de persistente que establece el artículo 51.1 ET para los despidos colectivos. Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

Ninguna otra exigencia añadida incorpora la configuración causal del artículo 82.3 ET. No se exige que la concurrencia de las causas deba afectar a su propia viabilidad como empresa o a su capacidad para mantener el volumen de empleo. Tampoco se exige la necesidad de la justificación de la razonabilidad de la medida extintiva para preservar o favorecer la posición competitiva en el mercado, caso de las causas económicas o, en su caso, una mejor repuesta a las exigencias de la demanda en las otras causas. Tales planteamientos estarán presentes en la negociación del acuerdo o podrán ser valorados por las instituciones arbitrales, desde la perspectiva de que el bien jurídico protegido es; claramente, la competitividad empresarial, esto es, la capacidad de la empresa para competir en el mercado en el que desarrolla su actividad; pues sólo las empresas competitivas son capaces de mantener y generar empleo.

c) Los aspectos procedimientales

La norma condiciona la inaplicación en la empresa de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa, al acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el artículo 87.1 ET, previo desarrollo de un periodo de consultas en los términos del artículo 41.4 ET. De esta forma resulta que cualquier decisión deberá ir precedida en las empresas en que existan representantes legales de los trabajadores de un período de consultas con los mismos de duración no superior a quince días. La intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal. Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Dicho acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de representaciones sindicales, si las hubiere, que, en su conjunto, representen a la mayoría de aquéllos.

En las empresas en las que no exista representación legal de los mismos, éstos podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma. Los acuerdos de la comisión requerirán el voto favorable de la mayoría de sus miembros. En el supuesto de que la negociación se realice con la comisión cuyos miembros sean designados por los sindicatos, el empresario podrá atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado, pudiendo ser las mismas más representativas a nivel autonómico, y con independencia de la organización en la que esté integrado tenga carácter intersectorial o sectorial.

d) El acuerdo de descuelgue

Como ya se avanzó, cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas a que alude el párrafo segundo, y sólo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión.

El acuerdo deberá determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa y su duración, que no podrá prologarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa. La norma exige, para evitar un vacío de regulación, que el acuerde de descuelgue especifique no sólo las condiciones que

dejarán de aplicarse sino también, cuál será la ordenación sustitutoria. En todo caso, para la fijación de esa regulación rigen los mismos límites de respeto a las normas imperativas y de derecho necesario que son consustanciales a la negociación colectiva. La vigencia temporal del acuerdo de descuelgue también ha variado con la nueva regulación: antes se limitaba a la vigencia del convenio descolgado, lo que llevaba a pensar que el descuelgue no podía ir más allá de la vigencia ordinaria del convenio o de un período máximo de tres años que establecía la ley. En la actualidad, el período temporal máximo ha desparecido y el artículo 82.3 ET señala expresamente que su duración «no podrá prologarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa». Ello implica que la inaplicación podrá ir más allá de la vigencia inicialmente pactada del convenio, abracando todo el período de ultraactividad, pues su cese se vincula al de la aplicación del propio convenio. Es la entrada en vigor de un nuevo convenio el momento en que deberá cesar, imperativamente, el acuerdo de inaplicabilidad. Ello sin perjuicio de señalar que la duración puede ser fijada libremente por las partes, con el límite temporal reseñado.

Asimismo, el acuerdo deberá ser notificado a la comisión paritaria del convenio colectivo y a la autoridad laboral. Las exigencias relativas a la determinación con exactitud de las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa y a su duración resultan de aplicación también a las soluciones arbitrales que seguidamente se examinan.

e) La falta de acuerdo: la potenciación de las soluciones arbitrales, en especial, la intervención de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

La falta de acuerdo es solucionada por la nueva norma con el recurso a las soluciones arbitrales. Hasta tres mecanismos diferentes se han previsto, al respecto.

En primer lugar, en los casos de desacuerdo durante el periodo de consultas, cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a la Comisión paritaria del convenio que dispondrá de un plazo máximo de siete días para pronunciarse, a contar desde que la discrepancia fuera planteada. La utilización del término «podrá» no determina exactamente que la intervención de la Comisión Paritaria sea opcional o potestativa, dado que si el Convenio Colectivo cuya inaplicación se pretende establece la obligatoriedad de aquella intervención, se convertirá en ineludible.

En segundo lugar, cuando en el seno de la Comisión Paritaria no se alcanzara un acuerdo, las partes podrán recurrir a los procedimientos que deben establecerse en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83 ET, para solventar de manera efectiva las discrepancias surgidas en la negociación de los acuerdos a que se refiere este apartado, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en periodo de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91 ET.

En tercer lugar, para los supuestos en los que el periodo de consultas finalice sin acuerdo y las partes no se hubieran sometido a los procedimientos mencionados, por no resultarles de aplicación, o estos no hubieran solucionado la discrepancia, cualquiera de las partes podrá someter la solución de las discrepancias a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos cuando la inaplicación de las condiciones de trabajo afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma, o a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas en los demás casos. La decisión de estos órganos, que podrá ser adoptada en su propio seno o por un árbitro designado al efecto por ellos mismos, habrá de dictarse en plazo no superior a veinticinco días a contar desde la fecha del sometimiento del conflicto ante dichos órganos. Tal decisión tendrá la eficacia

de los acuerdos alcanzados en periodo de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91 ET. Se trata, por tanto, de un arbitraje obligatorio a petición de una de las partes pero, causal, residual y de último grado.

Esta intervención arbitral plantea el problema de su constitucionalidad. Parte de la doctrina ha mostrado sus dudas sobre la constitucionalidad del precepto por su posible afectación a la fuerza vinculante de los convenios que proclama el artículo 37 CE. Otra parte defiende sin ambages la constitucionalidad de la solución. A mi modo de ver el arbitraje que diseña el nuevo artículo 82.3 ET no puede se tildado de inconstitucionalidad por las siguientes razones:

-Si lo que está en juego es la fuerza vinculante de los Convenios, convendrá recordar que el Tribunal Constitucional parece haber consagrado de forma definitiva la tesis según la que fuerza vinculante equivale a eficacia normativa del Convenio al señalar explícitamente en algunas sentencias que «el mandato que el artículo 37.1 de la Constitución formula a la ley de garantizar la fuerza vinculante de los convenios colectivos no significa que esa fuerza venga atribuida ex lege. Antes al contrario, la misma emana de la Constitución, que garantiza el carácter vinculante de los convenios. La garantía constitucional de la fuerza vinculante implica en su versión primera y esencial, la atribución a los convenios colectivos de una eficacia jurídica en virtud de la cual el contenido normativo de aquéllos se impone a las relaciones individuales de trabajo incluidas en sus ámbitos de aplicación de manera automática, sin precisar el complemento de voluntades individuales» (STC 58/1985, de 30 de Abril). Igualmente, el alto Tribunal ha señalado que cualquier regulación legal no puede quebrar el significado de la autonomía colectiva que permite «la negociación equilibrada de las condiciones de trabajo que persiguen los convenios colectivos y que se traduce en la fuerza vinculante de los mismos y en el carácter normativo de lo pactado en ellos» (STC 105/92 de 1 de Julio). Destacando también que «los Convenios Colectivos, expresión del derecho a la negociación colectiva reconocido a los representantes de los trabajadores y los empresarios en el artículo 37.1 CE, constituyen fuentes de regulación de las condiciones de trabajo que tienen reconocida, desde dicho precepto constitucional, una fuerza vinculante que conduce a reconocerles el tratamiento de auténticas normas jurídicas» (STC 151/1994 de 23 de Mayo). Desde tal perspectiva y teniendo en cuenta la subordinación del convenio a la ley, no parece que ésta ataque la fuerza vinculante del convenio, al regular un procedimiento en virtud del cual, ante un conflicto en el que una de las partes busca la inaplicación parcial del convenio, impone la obligatoriedad de una solución arbitral de último grado en la que la solución del conflicto pasa por la acreditación de la existencia de causas tasadas legalmente que justifiquen la inaplicación parcial de un convenio colectivo.

-No es cierto que la STC 11/81 haya señalado que un arbitraje obligatorio es contrario ala Constitución. Antes bien al contrario, la citada sentencia estableció que «no por ser obligatorio deja de ser verdadero arbitraje siempre que se garanticen las condiciones de imparcialidad del árbitro y es medio idóneo de solución posible en tan excepcionales casos», rechazando la declaración de inconstitucionalidad de la posibilidad que el artículo 10 RDL 17/77 confiere al Gobierno de establecer arbitrajes obligatorios. Por lo que respecta a la declaración de inconstitucionalidad de los laudos de obligado cumplimiento descansó en una doble consideración: el carácter administrativo de la intervención y la inexistencia de un fundamento suficiente para justificar la merma de la libertad negocial. En el primer sentido, la STC 11/1981 descartó que estuviéramos ante un «genuino arbitraje, porque en modo alguno lo es el que reúne al mismo tiempo las características de ser público y de ser obligatorio»; se trataba más bien de «la sumisión a una decisión de un órgano administrativo». En el segundo, y sobre todo, el TC admitió que la libertad negocial admite restricciones «siempre que la limitación de la libertad individual que

supongan se encuentre justificada». Esta justificación podría «hallarse en el daño que el puro juego de las voluntades particulares y las situaciones que de él deriven, puede irrogar a los intereses generales, como ocurre, por ejemplo, cuando la duración de un conflicto entraña las consecuencias que justifican la obligatoriedad del arbitraje previsto en el art. 10 de este mismo Decreto-Ley, tal como hemos interpretado este precepto anteriormente». En este terreno, la obligatoriedad del arbitraje en las consultas puede resultar ajustada a la Constitución, señala GOERLICH, dado que fundamentado en un interés legítimo —la preservación de la empresa en el mercado—, no parece que el sacrificio que se exige a la libertad negocial de los sujetos que participan en las consultas resulte desproporcionado: a estos efectos, creo muy relevante el lugar en el que se produce la intervención arbitral —la comisión consultiva nacional, órgano de naturaleza tripartita—, su carácter subsidiario a otros sistemas de solucionar los conflictos y las garantías con las que se desarrolla —sujeción a los requisitos causales y demás límites del art. 82.3 ET, con eventual control jurisdiccional de la decisión—.

-La STC 92/1992, por su parte, señaló que «El art. 37.1 C.E. reconoce el derecho a la negociación colectiva y garantiza la eficacia vinculante del convenio colectivo, encomendado al legislador de manera imperativa garantizarla, de modo que la facultad normativa de las partes sociales encuentra su reconocimiento jurídico en la propia Constitución (STC 58/1985, fundamento jurídico 3.). Y, aunque esa facultad negociadora debe entenderse sometida lógicamente a la Constitución y a la regulación que el Estado establezca (STC 210/1990), dada la subordinación jerárquica del convenio colectivo respecto a la legislación (art. 3.1 L.E.T.), lo que implica que el convenio colectivo ha de adecuarse a lo establecido a las normas de superior rango jerárquico (SSTC 58/1985, 177/1988 y 171/1989), la sujeción del convenio colectivo al poder normativo del Estado, constitucionalmente legítima, no implica ni permite la existencia de decisiones administrativas que autoricen la dispensa o inaplicación singular de disposiciones contenidas en convenios colectivos, lo que no sólo sería desconocer la eficacia vinculante del convenio colectivo, sino incluso los principios garantizados en el art. 9.3 C.E.». Sobre esta base, GOERLICH ha señalado que la cuestión es dilucidar si la comisión consultiva es un órgano administrativo sin más o, por el contrario, su carácter tripartito permite salvar este escollo. En todo caso, la intervención arbitral que se prevé únicamente permite una inaplicación causal y temporalmente limitada del convenio colectivo: de este modo, aunque implique un sacrificio de la eficacia del convenio, puede entenderse justificada de forma suficiente en la libertad de empresa.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

BLASCO PELLICER, A. «El nuevo reglamento de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos», *Relaciones Laborales*, nº 1/2013.

CASAS-RODRÍGUEZ PIÑERO, «Las reformas de la reforma laboral de 2012» *Relaciones Laborales*, nº 18/2012.

CASTRO ARGÜELLAS, M.A. «Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo» en MONTOYA-GARCÍA MURCÍA *Comentario a la reforma laboral de 2012, Cívitas, Madrid, 2012.*

CRUZ VILLALÓN, J. «Texto y contexto de la negociación colectiva en 2011» en GARCÍA PERROTE-MERCADER *La reforma de la negociación colectiva. Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio*, Lex Nova, Valladolid, 2011.

CRUZ VILLALÓN, J. «Procedimiento de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012» en GARCÍA PERROTE-MERCADER *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 372012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral,* Lex Nova, Valladolid, 2012.

CRUZ VILLALÓN, J. «El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo» *Revista de Derecho Social*, nº 57-2012.

ESCUDERO, R. (Coord), *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Cinca, Madrid, 2012.

GOERLICH PESET, J.M. *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia 2013.
LLANO SÁNCHEZ, M. «la negociación colectiva» en MONTOYA-GARCÍA MURCÍA *Comentario a la reforma laboral de 2012,* Cívitas, Madrid, 2012.
MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A. «Reforma del régimen de inaplicación de condiciones previstas en convenio colectivo» en THIBAULT, X. (dir) *La reforma laboral de 2012: nuevas perspectivas para el derecho del trabajo*, La ley, Madrid, 2012.
MERCADER UGUINA, J. «La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012: la empresa como nuevo centro de gravedad» en GARCÍA PERROTE-MERCADER *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 372012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral,* Lex Nova, Valladolid, 2012.
MERCADER UGUINA, J «La empresa como nuevo centro de gravedad de la estructura de la negociación colectiva: la reforma de la ley 3/2012» en GARCÍA PERROTE-MERCADER *La regulación del mercado laboral. Un análisis de la ley 3/2012 y de los aspectos laborales del RDL 20/2012,* Lex Nova, Valladolid, 2012.
PÉREZ DE LOS COBOS-THIBAULT «La reforma de la negociación colectiva» *Relaciones Laborales* T-II, 2010.
SALA, T. «La reforma de la negociación colectiva» en AA.VV. *La reforma laboral en el RDL 3/2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

Fecha recepción: 20/01/2013
Fecha aceptación: 30/04/2013

ESTUDIOS

Referentes culturales y filosóficos de la justicia restaurativa
Emilia Bea
Libertad de expresión y crítica política a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
María Luisa Cuerda Arnau
Los elementos subjetivos del tipo de acción. (Un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción)
Carlos Martínez-Buján Pérez
Ferrajoli y después. Una reflexión sobre los fundamentos de la teoría del derecho
Tomás S. Vives Antón

PIVOTAL FIGURES IN THE PHILOSOPHICAL CULTURE OF RESTORATIVE JUSTICE

RESUMEN

En el marco de la filosofía de la paz y teniendo en cuenta que todo enfoque sobre la justicia restaurativa ha de caracterizarse por su interdisciplinariedad, nos aproximamos a este modelo desde una óptica filosófico-jurídica. A lo largo del trabajo se analizan los orígenes de la justicia restaurativa, que nos sitúan en un horizonte transcultural, y se reflexiona sobre algunas perspectivas filosóficas que sintonizan con el pulso de este nuevo paradigma y pueden contribuir a su fundamentación. Las aportaciones de filósofos contemporáneos, como Martin Buber, Jean Lacroix, Martha Nussbaum o Paul Ricoeur, entre otros, son tomadas en consideración a la hora de tratar de dotar de bases firmes a las prácticas y programas restaurativos.

PALABRAS CLAVE

Justicia restaurativa, filosofía de la paz, perspectiva diatópica y dialógica, arrepentimiento, reparación, reconciliación

ABSTRACT

In the light of a philosophy of peace and given that any approach to restorative justice has to be interdisciplinary, the author's standpoint is grounded in philosophy of law. The essay reconstructs the origins of restorative justice, which is transcultural, and focuses on some philosophical perspectives that can contribute to its foundation. Contemporary philosophers' perspectives, such as those of Martin Buber, Jean Lacroix, Martha Nussbaum or Paul Ricoeur, are to be considered when it comes to giving firm bases to restorative practices and programmes.

KEYWORDS

Restorative justice, philosophy of peace, diatopic and dialogic perspective, repentance, reparation, reconciliation

REFERENTES CULTURALES Y FILOSÓFICOS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA*

Emilia Bea Pérez
Filosofía del Derecho
Universidad de Valencia

Sumario: 1. La justicia restaurativa en el marco de la filosofía de la paz. 2. Elementos en la génesis del modelo. 3. Perspectivas filosóficas contemporáneas. Nota bibliográfica.

1. LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL MARCO DE LA FILOSOFÍA DE LA PAZ

Las Naciones Unidas caracterizan la justicia restaurativa como «una respuesta evolucionada al crimen que respeta la dignidad y equidad de cada persona, construye comprensión y promueve armonía social a través de la sanación de las víctimas, infractores y comunidad»[1]. De acuerdo con esta caracterización, la justicia restaurativa puede definirse como «la filosofía y el método de resolver los conflictos que atienden prioritariamente a la protección de la víctima y al restablecimiento de la paz social, mediante el diálogo comunitario y el encuentro personal entre los directamente afectados, con el objeto de satisfacer de modo efectivo las necesidades puestas de manifiesto por los mismos, devolviéndoles una parte significativa de la disponibilidad sobre el proceso y sus eventuales soluciones, procurando la responsabilidad del infractor y la reparación de las heridas personales y sociales provocadas por el delito»[2]. Se enuncia así un ambicioso programa de reflexión y acción que en principio no puede dejar a nadie indiferente, ya que interpela a la conciencia humana, además de convocar, como materia de estudio y de trabajo, a muy diferentes disciplinas y profesiones. Por ello, creemos que, si bien en nuestro caso trataremos de aproximarnos al tema desde una perspectiva filosófico-jurídica, todo enfoque sobre la justicia restaurativa ha de ser en alguna medida interdisciplinar. Interdisciplinariedad que se hace evidente al comprobar que tanto en el plano teórico como en el práctico las cuestiones relacionadas con la justicia restaurativa preocupan por igual a juristas, filó-

* Trabajo realizado en el marco del proyecto Derechos Humanos, sostenibilidad y paz GVPROMETEO2010-098

sofos, sociólogos, criminólogos, psicólogos y trabajadores sociales, entre otros[3].

Y, precisamente, el carácter interdisciplinar de esta materia, que concita a profesionales y estudiosos de tantos ámbitos, obliga a perfilar las tareas de cada área de conocimiento a la hora de contribuir al proyecto común. En este sentido, el punto de partida del presente trabajo consiste en interrogarse sobre cómo debe afrontar la filosofía del derecho —dentro del tronco común de la filosofía práctica y, por ello, de la mano de la filosofía moral y de la filosofía política— los retos que plantea este tema. Se tratará, por consiguiente, de una perspectiva complementaria pero necesariamente distinta a la de, por ejemplo, el penalista o a la que proporciona la experiencia del día a día en el ámbito penitenciario o con las víctimas. Sería interesante llegar a elaborar una especie de cartografía, o un mapa temático, de las cuestiones que a la filosofía del derecho le competen en este terreno. De forma panorámica, podemos pensar en la comparación del modelo restaurativo con otras teorías de la justicia, en sus implicaciones a la hora de concebir los derechos humanos, en su relación con los problemas que aborda la antropología jurídica, como la alteridad y la temporalidad, o con aquellos aspectos que atañen también a la sociología del derecho, como las funciones del derecho, la distinción entre fuerza y violencia, la formación de los operadores jurídicos, la participación de las partes en el conflicto o la redefinición del vínculo social y la división entre lo público y lo privado. Sin entrar a fondo en estas cuestiones, aludiremos a algunas de ellas al hilo, en primer lugar, de nuestro recorrido por los orígenes de la justicia restaurativa y, en segundo lugar, al aproximarnos a una serie de propuestas filosóficas que creemos sintonizan de algún modo con el pulso de este nuevo paradigma normativo y pueden contribuir a su fundamentación.

Las coordenadas en las que nos moveremos suponen entender la justicia restaurativa como una filosofía integral y situarla en el marco de la filosofía de la paz. Nuestra idea es que, aunque evidentemente el principal campo en que se despliega la justicia restaurativa es el penal y el penitenciario, no puede reducirse a éste, y menos aún a la mediación, siendo más bien la mediación penal y penitenciaria la que debe vincularse a la cultura del diálogo y de la paz para no perder su inspiración ni alejarse de sus raíces. En este horizonte, la filosofía del derecho debe intentar dotar de bases firmes y de criterios racionales a las prácticas y programas restaurativos. El objetivo es llegar a articular un modelo consistente pero cercano a la experiencia, contrastado con los hechos y arraigado en los contextos vitales en que se mueven seres de carne y hueso. De ahí la importancia de contrastar continuamente la teoría con la experiencia de quienes trabajan o participan en las prácticas, los encuentros y los programas restaurativos. Este contacto con la vida, y la correlativa consideración de la justicia restaurativa como una filosofía integral, conlleva la comparecencia del modelo ante la opinión pública más allá de cualquier intento de abstracción conceptual. Desde este prisma, nos encontramos ante exigencias que mueven a la toma de conciencia y a la participación activa de todos los ciudadanos pues, en el fondo, apelan a un cambio de mentalidad y a una renovación profunda de las actitudes personales y de los valores sociales. Se requiere, por tanto, una elaboración conjunta de principios y estrategias movida por la voluntad de sumar, de crear sinergias y de ponerse en camino, aun a sabiendas de los muchos obstáculos de orden teórico y práctico que irán saliendo al paso e irán midiendo el alcance real de las aspiraciones, inquietudes y esperanzas implícitas en esta visión del mundo, cuyo norte puede intuirse en su vocación reparadora y reconciliadora pero cuyos contornos son todavía excesivamente borrosos. De hecho, la justicia restaurativa, aunque sus orígenes se remonten muy lejos en el tiempo y en el espacio, es una idea bastante nueva, una propuesta en construcción, que todavía está buscando las fórmulas para definirse de forma precisa y para tener un adecuado reflejo normativo e institucional. Además, no es en absoluto una panacea, ya que, como toda gran oportunidad, tiene muchos riesgos y posibilidades. Y justamente por ello, creemos que

hay que reafirmar los vínculos que ligan a la justicia restaurativa con el planteamiento más radical de la llamada cultura o filosofía de la paz. Sin una visión integral, que mire de frente la cuestión del mal y las raíces de la violencia, la justicia restaurativa no podrá ir mucho más allá de una proclamación de buenas intenciones[4].

Normalmente la justicia restaurativa se incluye en el amplio movimiento de resolución pacífica de conflictos iniciado en los años setenta del pasado siglo, especialmente en el sistema anglosajón y que se desarrolla sobre todo en el sector privado a través de la conciliación, el arbitraje, la mediación laboral, familiar. Pero aquí en seguida aparece otro de los peligros latentes en la justicia restaurativa: su identificación superficial con una justicia negocial, basada en el simple acuerdo de intereses entre las partes, y la privatización excesiva del tratamiento de los conflictos sociales. En el terreno penal y penitenciario esta dinámica conduciría a una quiebra de garantías para la víctima, para el infractor y para la sociedad, es decir, resultaría perjudicial para los tres ejes en torno a los que se articulan los ideales del modelo. No hay nada que pueda desvirtuar más el carácter eminentemente público y garantista del sistema penal que su deriva hacia una lógica mercantilista en la que primen los criterios de eficiencia y se instituya la desigualdad de trato por razones económicas.

Estamos ante un movimiento plural conformado por corrientes diversas que ya empiezan a ponerse de manifiesto en la orientación de las legislaciones de distintos países. Esta pluralidad y flexibilidad será positiva mientras no suponga dar cabida a alteraciones sustanciales o perversiones de los principios y presupuestos del paradigma restaurativo. Hay al menos dos grandes tendencias a tener en cuenta: la que insiste, o incluso llega a diluirse, en el elemento de la reparación, y la que da prioridad a la idea de reconciliación viendo la reparación como un momento necesario dentro de un proceso más amplio. De forma muy esquemática, podríamos decir que la concepción de la justicia restaurativa que mejor se corresponde con la filosofía o la cultura de la paz es la que entiende la reparación como un paso para lograr la reconciliación. No se trata solo de restablecer sino de crear, es decir, no se mira solo al pasado para reparar en lo posible el mal causado, sino que se abren vías y alternativas de futuro. En esta línea, la justicia restaurativa iría íntimamente ligada al fomento de la comunicación y de la participación, mientras que la reparación del daño, sobre todo si se entiende en términos predominantemente pecuniarios, puede ser decidida y gestionada por los profesionales, abogados, compañías de seguros, sin que se produzca ningún tipo de relación interpersonal o comunitaria. Desde la óptica de la justicia restaurativa, reparar no tiene un significado meramente material o económico sino que aspira a la restauración de los lazos quebrados entre los sujetos y con la comunidad. El objetivo prioritario es sanar el tejido social y recuperar a las personas para la vida comunitaria. Por ello, se insiste en la exigencia de reparación emocional, psicológica y simbólica de la víctima y en que se abra el espacio de un proceso de responsabilización y concienciación por parte del infractor, lo que no implica necesariamente la negación del castigo, aunque sí que pueda suponer su atenuación. La cultura de la paz y las virtudes para la paz han de ser los criterios guía del modelo, su impulso ético y espiritual irrenunciable. Xabier Etxeberreria nos dice que las principales virtudes que dan consistencia a la paz son la justicia, el respeto, la compasión, la fortaleza, la valentía, la mansedumbre, la perseverancia y la prudencia[5]. Toda una serie de actitudes que no suelen estar presentes en un acuerdo de conformidad o de reparación si el acuerdo no implica al menos algún gesto de acercamiento, de preocupación por el otro, de responsabilización, de autocrítica y de cambio de actitud.

Cada teoría de la justicia pivota alrededor de algún elemento, que es el criterio axiológico o la finalidad principal a la que tiende ese modelo normativo, pero sin que ello implique necesariamente la negación de otros valores. Desde la óptica filosófico-jurídica, y centrándose en los derechos de la víctima, María Eu-

genia Rodríguez Palop señala que «el derecho a la justicia se traduce en la reivindicación simultánea de la justicia retributiva, correctiva, distributiva y reconstructiva»: la justicia retributiva se basa en el castigo a los culpables, buscando reforzar el orden jurídico; con la justicia correctiva se busca la compensación a las víctimas; la justicia distributiva facilita la adjudicación de recursos, evitando la injusticia estructural mediante la articulación de la asistencia que las víctimas necesitan, y, finalmente, la justicia reconstructiva se orienta a la búsqueda de la paz, a la pacificación social[6]. También Gustavo Zagrebelsky compara la justicia distributiva y la justicia retributiva, señalando que «a estas dos concepciones clásicas de la justicia se les debe añadir la reconciliativa o reconstitutiva (*restorative justice*)»[7]. Volveremos sobre su aportación, pero ahora nos interesa destacar que desde su punto de vista, «para conseguir claridad sobre todas estas perspectivas de la justicia es preciso moverse entre alternativas éticas complejas y ejercer la difícil virtud de la prudencia», siendo conscientes de que «la única certeza es que no encontraremos plenamente realizada la justicia en el mundo». Podríamos decir —añade a continuación— que «la justicia es un andar buscando en las vicisitudes concretas de la vida y no el encontrar un concepto, una idea abstracta» pues, en definitiva, «justo es quien busca la justicia»[8]. Como dice en otro momento: «no es en una aséptica 'posición original' y sobre la fría mesa de la anatomía de los conceptos donde la justicia muestra su verdadero rostro, (desfigurado), sino en las desgracias sociales y desde allí grita al cielo y a los hombres»[9].

Los defensores de la justicia restaurativa tienen una especial sensibilidad ante este clamor por la justicia, en la medida en que, como vemos en el título del libro de Nils Christie *Los límites del dolor*[10], el primer objetivo es disminuir el sufrimiento humano en cualquier conflicto. Esta preocupación por evitar el dolor y el sufrimiento que todo proceso penal y todo castigo implica es el que llevó a este autor a mantener al principio una postura abolicionista, en la que la justicia restaurativa se presentaba como alternativa irreconciliable con el sistema penal. Sin embargo, hoy en día la justicia restaurativa es un planteamiento que se confronta con la justicia retributiva pero que no suele oponerse frontalmente a ella. El propio Nils Christie ha llegado a admitir que no debe entenderse como alternativa «al» derecho penal sino «en» el derecho penal, es decir, como una forma de cuestionar sus deficiencias o reorientarlo, no de negarlo o abolirlo, y además con una intención transformadora de mayor alcance pues no solo se cuestiona el sistema penal sino el propio sistema social[11].

2. ELEMENTOS EN LA GÉNESIS DEL MODELO

Los parámetros para esta crítica de profundo calado, que atañe de forma radical a los fundamentos de nuestra vida en sociedad, vienen de lejos. Entramos así brevemente en los orígenes de este modelo, es decir, en los referentes culturales de la justicia restaurativa, que nos sitúan en un universo transcultural. Este aspecto debe ser subrayado, ya que, mientras otras teorías de la justicia y otras formas de explicar el vínculo social —tanto las clásicas como las modernas de cuño individualista y contractualista o de cuño utilitarista— responden a categorías de pensamiento occidentales, las fuentes de la justicia restaurativa son plurales, apelando a lo que podríamos llamar un fondo común de humanidad, es decir, a la existencia de intuiciones comunes presentes en las diferentes culturas y tradiciones, que pueden alumbrar una idea de universalidad contextualizada. Atendiendo a las raíces de este movimiento, habría que abordar la justicia restaurativa desde una perspectiva dialogal, que podría servirse de las herramientas de la *hermenéutica diatópica* de Raimon Pannikar[12], tal como ha sido aplicada por algunos autores a la relación entre derechos humanos y diálogo intercultural[13]. Este es otro campo en el que la filosofía del derecho tiene mucho que aportar a la discusión sobre el modelo restaurativo pues debe dilucidar en qué medida este modelo exi-

ge asumir una visión relacional e intersubjetiva de los derechos, es decir, una concepción más permeable al lenguaje de los deberes y de la responsabilidad, que es el lenguaje prevalente en las culturas no occidentales; un lenguaje que incorpora nuevas palabras y nociones, o palabras olvidadas, al vocabulario de la dignidad humana[14].

Con Gustavo Zagrebelsky, aludiremos a dos nociones que están en la base de la justicia restaurativa y que son un buen indicativo de la exigencia de esta visión diatópica y transcultural: la noción judía de *rib* y la noción africana de *ubuntu*. Junto a ellas, podríamos referirnos a otras realidades de la cosmovisión de diversos pueblos indígenas de América y de Nueva Zelanda, en especial del pueblo maorí[15], ya que rastreando en todas estas tradiciones encontraremos los orígenes más remotos del modelo restaurador[16]. Se trata de procedimientos arcaicos pero todavía vigentes y que pretenden ser perpetuados y revitalizados gracias al movimiento actual de reivindicación de la diversidad cultural y de las políticas de reconocimiento de la identidad. Un buen indicio de esta tendencia podemos encontrarlo en el *Manual de derecho indígena desde la experiencia de reconciliación y justicia tseltalt*[17], en que, partiendo de un conocimiento directo de la situación, aparece una explicación pormenorizada del sistema jurídico y de los procesos que se llevan a cabo en la actualidad, herederos en este caso de la cultura maya, pero cercanos en muchos aspectos a los de otras comunidades indígenas. Volviendo a las nociones que destaca Zagrebelsky, «en el antiguo derecho judío existían dos procedimientos para reparar las ofensas»: el *mispat* o juicio, análogo al proceso judicial actual, y el *rib* «cuyo objetivo no es el castigo del culpable sino la solución de la controversia a través del reconocimiento de la ofensa cometida, el perdón y por tanto la reconciliación y la paz». Lo que se intenta potenciar a través del *rib* es «la humanidad del adversario» y su finalidad es ante todo «el restablecimiento de una comunidad, fracturada o violada por la ofensa cometida y sufrida. La imagen apropiada —nos dice Zagrebelsky— no es la del *ojo por ojo* sino la del *nudo que debe ser nuevamente anudado*»[18]. De la mano del jurista italiano, «el segundo ejemplo de justicia restauradora nos lo proporciona la Comisión para la verdad y la reconciliación de Sudáfrica», cuyo trabajo, según su presidente Desmond Tutu, «tiene su fundamento moral en la apelación al espíritu africano tradicional del *ubuntu*»[19]. Esta palabra africana «bantú» es difícil de traducir a una lengua occidental, pero podríamos decir que significa «humanidad», entendiendo por humanidad lo que nos liga inextricablemente con los otros. Así, «tener *ubuntu*» implica comportarse de forma humana con los demás; un mínimo necesario a toda humanidad de lo humano que no sería ni un principio abstracto ni un buen sentimiento sino más bien una práctica e incluso una conducta práctica: «Una persona que tiene *ubuntu* —afirma Desmond Tutu— es abierta y disponible, valora a los otros y no se siente amenazada si son competentes y eficaces, en la medida en que posee una confianza que se nutre del sentimiento de pertenencia a un conjunto, y se siente degradada cuando los otros son degradados, humillados, torturados, oprimidos o ninguneados. La armonía, la convivencia, el sentido de la comunidad son bienes preciosos»[20]. Un agravio es un daño «que afectó profundamente al ser del otro y que, desde una perspectiva filosófica bantú, afectó también al culpable por romper la armonía de la fuerza vital. No es una justicia punitiva, sino una justicia restaurativa en la cual convergen tanto actos concretos compensatorios, como actitudes interiores catárticamente reparativas y globalmente restaurativas»[21]. El espíritu de la justicia africana se dirige «a la reconciliación, a la recíproca aceptación, al reconocimiento de la humanidad de la persona, para hacerla resurgir cuando ha sido humillada por el crimen, no solamente el sufrido sino también el cometido»[22].

En esta línea, otros relevantes juristas actuales, como Antoine Garapon y Pierre Truche, o filósofos contemporáneos de la talla de Jacques Derrida y Paul Ricoeur[23], han prestado atención a la singularidad y significación de la Comisión sudáfricana en la búsqueda de

un nuevo ideal de justicia. Philippe-Joseph Salazar señala que Sudáfrica «se dotó en cierto modo de dos textos fundadores»: «La nación se constituye, por un lado a partir de la elaboración de la Constitución y por otro, a partir de la narración de los crímenes y sufrimientos»[24]. La amnistía que se concedió a aquellos perpetradores que se presentaron voluntariamente para confesar su implicación en hechos que constituyen violaciones graves de los derechos humanos (y que podrían haber quedado ocultos para siempre), «llenó al mundo de estupor, después de un proceso público, narrativo, reconciliador»[25]. «La excepción sudafricana de reconciliación obedece a una repetición del intercambio confiado de la palabra dada: contra la palabra dada del relato criminal, de cuyos hechos el criminal da cuenta y rinde cuentas (doble sentido de *account*) está la palabra dada de la amnistía; contra el relato de la víctima (*storytelling*) está la promesa de reparación y el potencial de sanación (que afecta también a los perpetradores). Unos y otros se dan un voto de confianza, y es precisamente eso, lo que permite proceder a los actos de reconocimiento»[26]. Reconocimiento que tiene dos momentos de verbalización: el momento que Salazar denomina «política del crimen», regulado por la ley de amnistía en que la confesión pública debe cumplir una serie de condiciones, y el «momento ético» —«incluso antipolítico»— que es el del arrepentimiento y la petición del perdón[27], que «desencadena lo indecible»[28]. En todo caso hay que subrayar que «la Comisión no repite el gesto judicial por excelencia, que coloca al criminal en primer plano, ausenciando a la víctima (…) Por el contrario, la Comisión coloca a la víctima en el centro, dándole el sitio que el *apartheid* negaba a todos los que tenía sometidos: el primer lugar»[29]. En conclusión: «El objeto de la Comisión no es únicamente la administración de la amnistía, sino el descubrimiento de un pasado común. La Comisión está 'en busca de la verdad' (*truth-seeking*)»[30]. Tal vez por ello Zagrebelsky afirma con contundencia que «En Sudáfrica verdad, justicia y paz, las tres cosas que rigen el mundo, han sido posibles gracias al espíritu de perdón»[31].

Estas palabras, en el marco de un fructífero diálogo con Carlo María Martini, tienen su eco en las reflexiones del cardenal, dispersas a lo largo de su ingente obra, sobre las raíces profundas de los valores restaurativos en la Escritura. En *Sulla giustizia*, Martini escribe que «la tradición bíblica pone al descubierto que la personalización del acto de reparación puede servir como instrumento para revisar y poner al día un sistema judicial capaz de restablecer el equilibrio de las relaciones, roto por la delincuencia (…) así como para restaurar un clima que, con frecuencia, se queda solo en un ámbito puramente vindicativo, contribuyendo de modo más eficaz a la prevención de sucesivos delitos y a la armonía social»[32]. En un breve artículo reciente, siguiendo la línea de su libro *Non è giustizia*, propone «superar la ciega confianza en la pena retributiva, mecánica» y que «a la base de un nuevo modo de concebir la pena y su ejecución debe ponerse la reconciliación como punto de partida y objetivo final del tratamiento reeducativo»[33]. Aunque no podamos entrar ahora a fondo en estas raíces bíblicas de la justicia restaurativa[34], no queremos dejar de aludir al menos a la singular aportación del espíritu franciscano a los ya mencionados valores y virtudes para la paz y a la cultura de la no-violencia[35]. Este espíritu ha inspirado los trabajos de muchos grupos pacifistas, dentro y fuera de la Iglesia, y de organizaciones católicas como la Comunidad de San Egidio o, dentro del protestantismo, a los cuáqueros y a los menonitas.

La importancia de estos últimos suele ser destacada en los estudios sobre el tema, ya que en estas comunidades se iniciaron en los años setenta los encuentros restaurativos, gracias en gran parte al impulso de Howard Zehr, profesor de la Universidad Menonita de Harrisonburg en Virginia. Para él la justicia restaurativa es una mezcla de los mejores enfoques tradicionales y de la sensibilidad de los modernos derechos humanos. Dice que la mayoría de las culturas tienen probablemente las dos tradiciones, la restaurativa y la retributiva, y que su sueño sería un sistema que combinara las dos, aprovechando los puntos fuertes de

cada una. Los valores centrales de la tradición restaurativa serían, como venimos viendo, el *encuentro,* que si se dan las condiciones indispensables ha de ser personal y directo entre la víctima, el autor del delito y otras personas que puedan servir de apoyo a las partes; la *reparación*, que puede ser económica, simbólica, a través del trabajo en beneficio de la víctima o de la comunidad o incluso una satisfacción moral; la *participación o inclusión* de todas las partes en las diferentes fases del proceso restaurativo de forma voluntaria y lo más cooperativa posible, y la *reintegración* tanto de la víctima como del infractor en la comunidad. Según Zehr, «la justicia restauradora se construye a partir de tres elementos o pilares: los *daños* y sus correspondientes *necesidades* (en primer lugar de las víctimas, pero también de las comunidades y de los agresores); las *obligaciones* que han resultado de este daño (las de los culpables pero también de las comunidades) y el *compromiso* de aquellos que tienen un interés legítimo en el hecho delictivo y en su resolución (víctimas, culpables y miembros de la comunidad)». Así, «La justicia restauradora implica, como mínimo, que respondamos a los daños y las necesidades de las víctimas, que los culpables rindan cuentas para reparar estos daños y que las víctimas, los culpables y los miembros de la comunidad se impliquen en el proceso»[36]. La clave está en ver que el delito perjudica a las personas y las relaciones y que la justicia necesita la mayor subsanación del daño posible. La justicia restaurativa reúne una serie de herramientas, que facilitan la reintegración de la víctima y del infractor en la sociedad de la que se separaron por el delito, propiciando que no se queden encasillados en el papel de ofensor o víctima y paralizados de cara al futuro. Debemos destacar este aspecto: el fin principal es la restauración del vínculo social tanto del infractor como de la víctima, es decir, restablecer la relación con su comunidad. Su base es, por tanto, la preocupación conjunta por el delincuente, la víctima y la sociedad, los tres focos de atención de la justicia restaurativa. El objetivo es ante todo lograr el equilibrio entre las necesidades de los tres, pues, en definitiva, se trata de promover comprensión y armonía social a través de la «sanación» (como propugna la ONU) de la víctima, del infractor y de alguna forma de la comunidad en general.

Las principales prácticas y programas restaurativos guiados por estos valores son las conferencias víctima-agresor, las conferencias de grupo familiar y los círculos comunitarios. Se observa en este sentido desde los años setenta a la actualidad una cierta evolución hacia una mayor participación de la comunidad en los procesos y un mayor papel del mediador o facilitador, que debe ser formado en los principios que inspiran la justicia restaurativa y estar seriamente comprometido con ellos sin caer en los riesgos de una excesiva profesionalización. La participación de los ciudadanos no puede estar limitada a depositar un voto y a la institución del jurado, por eso se ha dicho que esta figura puede suplir algunos déficits democráticos. Lo esencial a este respecto es que las partes puedan depositar su confianza en una persona independiente, a la que reconozcan autoridad, y que sea capaz de realizar un acompañamiento, de ayudar a discernir, creer en las capacidades inexploradas de los seres humanos y hacer aflorar lo mejor de cada uno.

Esta formación sería indispensable en el caso de la violencia contra las mujeres, que es un terreno minado para este tipo de planteamientos pero en el que comienza a haber una viva discusión entre autoras feministas, aunque en nuestro contexto sea un campo expresamente vedado para la mediación a tenor de Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género[37]. Las mencionadas cualidades del facilitador resultan igualmente decisivas en el tratamiento de los menores —el único ámbito en el que nuestro ordenamiento jurídico da cobertura expresa a la mediación penal[38]— y, en general, ante la violencia juvenil[39]. Sin duda, este el punto fuerte de la justicia restaurativa, donde es más necesaria, puede tener mejores resultados y desplegar todo su abanico de oportunidades. Howard Zehr insiste en que en la práctica el sistema de justicia juvenil de Nueva Zelanda es el que más se acerca al modelo ideal.

De hecho, en el nacimiento de la justicia restaurativa influyó notablemente la constatación del fracaso de la reinserción social, que extiende sus peores efectos sobre los jóvenes delincuentes a los que el ingreso temprano en la cárcel tantas veces condena a la drogadicción, a la reincidencia y a la anomia. Aquí la cuestión de la prevención especial resulta decisiva y creemos que la justicia restaurativa ofrece elementos muy positivos a la hora de lograr la resocialización del infractor. Claus Roxin, coautor del Proyecto Alternativo alemán de reparación de 1992, ha analizado esta cuestión llegando a la conclusión de que «la obligación de reparar el daño causado y de esforzarse por una reconciliación con la víctima» puede influir de manera mucho más positiva que el ingreso en un establecimiento penitenciario o que una pena de multa en «la actitud social del autor». «Pues si el autor se tiene que ocupar personalmente del daño producido —tanto si éste afecta a valores materiales o si consiste en una lesión corporal— se verá obligado a enfrentarse interiormente con su comportamiento, lo que puede contribuir a una modificación de su deficiente orientación social» y a «llevar en el futuro una vida conforme a la legalidad»[40]. El penalista alemán muestra también su convicción sobre la compatibilidad de la reparación y de la reconciliación con los otros fines de la pena, el de la justa retribución o compensación de la culpabilidad y el preventivo general[41], y subraya que esta forma de sanción descansa en el «principio de subsidiariedad», o de intervención mínima del derecho penal, según el cual, la pena, por ser la medida más severa, solo debe aplicarse cuando el mismo resultado no pueda alcanzarse con otros medios menos gravosos. «Por consiguiente —continúa diciendo Roxin— la pena debe retroceder en la medida en que la reparación y los esfuerzos de reconciliación sean suficientes para la compensación de lo injusto sobrevenido y para la satisfacción de las necesidades de prevención especial y general del Derecho penal»[42]. Pero advierte sobre la importancia del proceso contradictorio tradicional: «siempre que el acusado afirme su inocencia, que discuta determinados puntos de la acusación, o que no muestre interés en la reparación y en el acuerdo de compensación autor-víctima, deben seguir manteniéndose todos sus derechos a un procedimiento contradictorio, y, especialmente, todos sus derechos de defensa»[43]. Debemos insistir en la exigencia de estar en alerta ante los peligros de una justicia penal negociada o privatizada que finalmente podría estar, más que al servicio de las necesidades de la víctima, del infractor y de la comunidad, al servicio de los intereses de los operadores jurídicos y supeditada al mero ahorro de pruebas costosas, dejándolo todo en manos de los profesionales. Se perdería así el nervio de la justicia restaurativa que es justamente fomentar la participación de los implicados y de la sociedad y compensar la irresponsabilidad y la despersonalización del sistema.

Para acabar este recorrido por los orígenes de la justicia restaurativa y entrar en los referentes filosóficos, hay que destacar que lo más genuino de este modelo es la revalorización de la posición de la víctima en los conflictos sociales y de su papel activo a la hora de afrontarlos o resolverlos[44]. La victimología es una disciplina relativamente reciente y también la conciencia de que el papel de la víctima no puede ser neutralizado y menos aún instrumentalizado. Hay que tener mucho cuidado con su utilización para justificar políticas criminales punitivistas o con el hostigamiento de la sed de venganza por parte de los medios de comunicación. Se debe evitar la victimización secundaria o la revictimización[45] y todo el sufrimiento añadido que puede proceder tanto del olvido del dolor de las víctimas como de la mercantilización, banalización o proyección sobre los otros de ese dolor. Además, se ha de tener en cuenta las dificultades que presenta el tratamiento de aquellos victimarios que a su vez son víctimas, por ejemplo un terrorista que haya sido torturado. Como muestra el profesor Alberto Alonso, a estos efectos «resulta esencial la determinación de cómo puede justificarse, desde parámetros acordes con los principios y fundamentos de nuestro derecho penal, es decir, con los límites que imponen las premisas político constitucionales, las medidas

de apoyo a las víctimas del delito, entendidas éstas en un sentido amplio que abarcaría las vertientes penal, procesal y asistencial». Solo así será posible llegar a deslegitimar aquellas tesis en que «la figura de la víctima se entiende como sinónimo de derecho penal privado, atávico y antigarantista[46].

La cuestión no puede abordarse interrogándose sobre si la prioridad del derecho penal debe ser la preocupación por el delincuente, por la víctima o por los intereses generales, ya que los tres planos «han de armonizarse y concebirse en términos complementarios»[47]. El gran interés de la justicia restaurativa proviene precisamente del hecho de tomar en consideración los derechos y necesidades de todos, del infractor, de la víctima y de la sociedad o el Estado, entendiendo los derechos, como antes hemos apuntado, en un sentido relacional, intersubjetivo e interdependiente, lo cual en absoluto significa que este tratamiento sea simétrico o equidistante. La relación de la víctima con el infractor y la sociedad es asimétrica desde su origen porque es el agresor el que ha causado el daño, ha roto las relaciones con el otro y con la comunidad y es, por tanto, el que más ha de moverse de su posición, debiendo responsabilizarse del daño cometido, tomar conciencia de la repercusión de sus acciones, reparar a la víctima y reconocer al otro como alguien merecedor de un respeto que él no le ha otorgado. El agresor no está en situación de exigirle nada a la víctima pero sí que puede exigir respeto a sus derechos y garantías por parte del sistema. El derecho penal sirve para evitar la impunidad pero también los castigos injustos y la venganza privada. En este sentido, se ha dicho, gráficamente[48], que uno de sus logros es desposeer a la víctima de la espada, pero que su error ha sido desposeerla al mismo tiempo de la palabra[49]. Hay que recuperar, con las debidas precauciones aunque de forma decidida, la participación y el protagonismo de las víctimas como agentes sociales activos. La novedad de la justicia restaurativa reside sobre todo en esta dimensión, pues las víctimas han sido las más olvidadas en el derecho penal y procesal moderno, dentro de un fenómeno mucho más amplio y profundo de olvido de sus derechos y de su papel en el pensamiento moderno en general.

La conciencia del «crimen contra la humanidad», como conciencia compartida de que no se puede caer más bajo en el abismo del mal, conlleva un cambio de paradigma que afecta a todas las áreas del pensamiento humano, a la filosofía, la teología, las ciencias sociales. El nuevo imperativo categórico enunciado por Theodor Adorno: «el de orientar el pensamiento y la acción de modo que Auschwitz no se repita, que no vuelva a ocurrir nada semejante» exige mirar la historia desde el punto de vista de los vencidos y de los oprimidos —de las víctimas— y, a partir de ahí, intentar responder, hacerse cargo, de la injusticia pendiente. Responsabilidad, memoria, justicia y verdad son términos que ya no pueden declinarse por separado. La filosofía del derecho y la filosofía política deberán estar bien atentas a este nuevo imperativo que se coloca en el núcleo de la filosofía práctica haciendo tambalear sus propios cimientos. No en vano, Hannah Arendt anuncia que «el problema del mal será la cuestión fundamental de la vida intelectual de la posguerra en Europa»[50].

En efecto, tras la segunda guerra mundial, y en gran parte gracias al pensamiento judío que transmite estas categorías «de generación en generación», las grandes palabras, las grandes cuestiones del ser humano, como el mal, el arrepentimiento o la memoria, van entrando en un escenario del que habían sido retiradas. El riesgo es que la fuerza perturbadora y creativa de estas palabras sea fagocitada por el mercado banalizando su significado al servicio de las estrategias del poder. Tal vez en este sentido, Richard Bernstein nos pone en guardia ante un posible «abuso del mal»[51] o René Girard se muestra vigilante ante lo que él define como «un gran estreno antropológico» en el que «todos somos tanto actores como testigos»[52]: nunca una sociedad se ha preocupado tanto por las víctimas. El carácter radical de la violencia y del mal, destacados por estos pensadores, implica la imposibilidad de sanar las relaciones humanas sólo con la moral, o con

la psicología, o con el derecho… Desde este punto de vista, hace falta una especie de resistencia heroica para luchar contra el mimetismo conflictivo de la división, la rivalidad y la estigmatización del otro; para llegar algún día a no necesitar definirnos a nosotros mismos contra nadie.

3. PERSPECTIVAS FILOSÓFICAS CONTEMPORÁNEAS

La preocupación por las víctimas y por la memoria nos introduce en los referentes filosóficos de la justicia restaurativa o, como hemos dicho al principio, en algunas perspectivas filosóficas que parecen coincidir con la inspiración de este paradigma y pueden aportarle criterios de fundamentación. En términos muy generales se ha establecido una cierta relación entre este modelo y los llamados giros lingüístico y dialógico de autores como Wittgenstein, Apel o Habermas, dada su innegable influencia a la hora de revalorizar la comunicación intersubjetiva, e incluso un cierto vínculo con todas aquellas posturas, como la de John Rawls, que nos ayudan a ver el derecho más ligado a la cooperación que a la fuerza. Los objetivos y métodos de la justicia restaurativa convergen con las contribuciones que han introducido en el discurso normativo referentes éticos centrados en la idea de diálogo; un diálogo que afecta a la propia constitución del sujeto, suponiendo el paso del mundo del «yo pienso» al del «nosotros hablamos»[53].

En los límites del presente trabajo solo podemos ver unas pinceladas de este magnífico mural del pensamiento contemporáneo, así que aludiremos a algunos aspectos y pensadores que nos parecen significativos pero que sin duda cabría complementar con las ideas de otros autores, ya que son muchos los textos filosóficos de las últimas décadas que podrían ser leídos en esta clave. Desde nuestro punto de vista, el pensamiento de Martin Buber —uno de los principales referentes del pensamiento dialógico— puede proporcionar una base firme a la comunicación interpersonal que la justicia restaurativa exige y a la visión del ser humano que subyace en ella: una antropología que concibe a la persona como un ser en relación que no ve en los otros un límite sino una posibilidad de realización. Este filósofo judío decía que «toda vida verdadera es encuentro»[54]. En la misma línea, Edith Stein escribía: «El individuo humano aislado es una abstracción. Su existencia es existencia en un mundo, su vida es vida en común. Y estas no son relaciones externas que se añadan a un ser, que ya existe en sí mismo y por sí mismo, sino que su inclusión en un todo mayor pertenece a la estructura misma del hombre»[55]. El hecho fundamental de la existencia humana es la alteridad que lleva a la comunidad; el yo que se abre al tú y el tú que se abre al nosotros. La esfera del *entre*, el instante en que el yo y el tú se encuentran, es el punto desde el que podemos avanzar hacia una comprensión nueva de la persona y de la comunidad, que son dos dimensiones inescindibles. Al afirmar o reconocer al otro como interlocutor, «lo confirmo en su propio ser»; «evidentemente ello no significa de ningún modo una aprobación, pero allí donde estoy incluso contra Otro, ya lo acepto como compañero de un auténtico diálogo, le digo Si en cuanto persona»[56]. El lenguaje, la palabra, conduce al hombre hasta la profundidad del encuentro. «Lo interhumano abre lo que antes estaba clausurado»[57]. Entonces puede surgir el milagro de la empatía, a la que Buber prefiere denominar *presentificación*, que acontece raramente «allá donde yo y el otro estamos abarcados por una misma situación vital» en la que puedo llegar a «tener experiencia de la experiencia que le corresponde como tal». El crecimiento interior «no se plenifica, como se cree hoy, desde la relación del hombre consigo mismo, sino desde el entre-uno-y-otro»[58]. Donde hay diálogo verdadero no puede darse voluntad de dominio ni instrumentalización. «La realidad del «principio dialógico» se torna comprensible cuando el hombre participa en ella entrando en esa relación de manera significativa»[59]. Buber no presenta una teoría sino «un camino que es un indicador para quien quiera adentrarse en la aventura de lo desconocido a partir de la relación»[60].

Esta visión relacional de la vida humana también está en el norte del modelo transformativo de la justicia de Robert Baruch Bush y Joseph Folger, que se presenta como un auténtico cambio de paradigma capaz de superar una concepción individualista del ser humano para llegar a una concepción intersubjetiva y comunitaria. Siguiendo el título de una de las obras más conocidas de estos autores, *La promesa de mediación*[61], frente a una práctica de la mediación que no suele desarrollar todo su potencial transformador, el reto, el compromiso, es llegar a cambiar la vida de la gente, impulsar su crecimiento moral. No podemos conformarnos con un mero acuerdo que satisfaga a las partes y ni siquiera basta con que se reduzca su sufrimiento; se requiere un cambio sustancial que haga que «las personas no solo estén mejor sino que sean mejores, más humanas, compasivas y tolerantes»[62]. La mediación alcanza el éxito cuando consigue que las personas desarrollen plenamente dos capacidades: revalorización y reconocimiento. Por revalorización hay que entender el fortalecimiento, el *empowerment*, la confianza en el valor de uno mismo, en la capacidad para afrontar los problemas de la vida. Este es el primer paso en el proceso restaurativo y resulta esencial para la asunción de las propias responsabilidades[63]. El paso siguiente y definitivo es el reconocimiento del otro como sujeto, la aceptación y empatía respecto a la situación del otro y a sus problemas. A tal efecto, se requieren habilidades comunicativas y un diálogo sincero y abierto.

La mirada atenta del otro, que te ve como persona a pesar de todo, despierta la conciencia de la propia dignidad y se proyecta en un espejo abriendo el espacio a la posibilidad de considerar las cosas desde el punto de vista del interlocutor. En esta línea, la obra de Hannah Arendt puede ayudarnos a comprender cómo un ser aislado, que no es reconocido por los demás, ajeno a una experiencia moral compartida, sin ser un psicópata, sino una persona «aterradoramente normal», puede ser incapaz de juzgar, de distinguir el bien y el mal, y de pensar desde la perspectiva del otro, pudiendo llegar a ser responsable de grandes crímenes sin ningún sentimiento de culpa. Y de ahí la vocación comunitaria, relacional, de la facultad de juzgar y de pensar. También la noción de *natalidad* puede aportarnos algún aspecto valioso en este tema pues, en última instancia, la justicia restaurativa parte de esa confianza, expresada en *La condición humana*, de que «el hecho de que el hombre sea capaz de acción significa que cabe esperar de él lo inesperado, que es capaz de realizar lo que es infinitamente improbable»[64].

Una idea de la dignidad humana incondicional, pero que se hace consciente de sí misma y se actualiza dentro de una experiencia moral intersubjetiva, supone que la propia revalorización implica reconocimiento de la situación del otro y asumir la responsabilidad por las propias acciones y por sus consecuencias. Como venimos viendo, la justicia restaurativa se basa en la conciencia del daño causado y en el compromiso firme para tratar de repararlo, aunque su manifestación más profunda sea siempre irreparable. Si debemos ser conscientes de que nosotros valemos más que nuestros actos, y que esta es la raíz de nuestra fuerza transformadora, también debemos serlo del inmenso mal que somos capaces de causar. La mejor forma de aproximarse a ese mal y, por tanto, de sacarlo de nosotros mismos asumiéndolo, no proyectándolo sobre el otro, es a través del contacto con las víctimas. Reconocer al otro como víctima mancillada en su dignidad humana por uno mismo es el paso esencial, aunque también el más doloroso y, por tanto, del que tratamos de huir buscando todo tipo de subterfugios que nos llevan incluso a detestar o despreciar a aquel al que hemos dañado. Si se produce «lo inesperado, lo infinitamente improbable» y entramos en esta dinámica del reconocimiento del otro como víctima nuestra, iniciamos la vía de la reparación, que ha de pasar por el arrepentimiento que nos reconstruye como sujetos morales.

La cuestión del arrepentimiento es especialmente importante y difícil: importante, porque arrepentirse de la violencia ejercida es un deber moral[65] —Levinas decía que la justificación del dolor del prójimo es el origen de

toda inmoralidad[66]— y difícil, porque, por el hecho de ser un deber moral, es un acto íntimo en el que el derecho no puede inmiscuirse. El filósofo y jurista Jean Lacroix, en su libro *Filosofía de la culpabilidad*[67] insiste en que la justicia no debe fundarse en la confesión sino en las pruebas y que «intentar obtener, por el medio que sea, la confesión es pretender penetrar en la mayor intimidad de la persona y al mismo tiempo destrozarla o violarla»[68]. La garantía de los derechos fundamentales «exige que el criminal sea tratado como un ser humano, libre y responsable», lo que implica que no pueda ser forzado a confesar su culpabilidad pero, al mismo tiempo, exige que «se desplieguen ante él las mejores condiciones posibles en orden a que pueda recobrar plenamente el sentido de su responsabilidad»[69]. En estas condiciones, la confesión, que es de naturaleza personal y ética, puede ser asumida por el delincuente, de un modo libre, cara a la sociedad. Lacroix recuerda cómo para Bergson «el criminal cuyo crimen se ignora permanece desconocido para los demás» y en cierto sentido «para sí mismo»[70]. Así puede experimentar el deseo de confesar públicamente su crimen y sentir ese reconocimiento por el otro como una condición del propio reconocimiento. La verdadera culpabilidad, nos dice Lacroix, aquella que comunica con todos los otros para transformar todo, para que el mundo no sea exactamente aquello que es, «es ciertamente el vínculo humano más profundo, la fuente de toda auténtica sociabilidad»[71]. La finalidad «no es sentirse culpable sino hacerse responsable»[72].

En estas coordenadas, y aunque su concepción de la culpabilidad penal y su idea del castigo no case en términos generales con el pulso de la justicia restaurativa, Jean Lacroix nos proporciona reflexiones sobre el arrepentimiento que pueden darnos pistas sobre aquello que debería potenciarse en la persona, para que se desarrolle plenamente como tal, pero que según él en ningún caso puede imponerse, sino como mucho favorecerse en vías a la resocialización. Es muy interesante su caracterización del «auténtico arrepentimiento» en contraposición al simple remordimiento. Este, el remordimiento, es una especie de culpabilidad mórbida, desesperada, que solo mira al pasado, que produce una angustia insuperable, que no abre ninguna posibilidad a la esperanza y, por tanto, es profundamente frustrante y paralizante; no hay otra expiación posible que el dolor o el castigo como mostró Nietzsche y todos los que en su estela reducen la culpa a esta dimensión. Vista así, nos dice Kierkegaard, «la falta posee sobre el ojo el mismo poder de fascinación que posee la mirada de la serpiente»[73]. Lo erróneo, el gran error que seguimos arrastrando y que nos hace presas de una superficial «buena conciencia», es precisamente identificar toda culpabilidad con el remordimiento, desconociendo la verdadera naturaleza del arrepentimiento. El arrepentimiento modifica el sentido del pasado, libera de su determinismo. En la estela de Max Scheler, el arrepentimiento está ligado a la idea de creación, al renacimiento, a la fuerza generadora, a la producción de un nuevo yo —«un nuevo corazón»—, a recobrar la libertad de hacer el bien, a una posible elevación del nivel de nuestro existir espiritual[74]. El arrepentimiento, lejos de paralizarnos en una angustia malsana, es una actitud abierta al futuro que implica ser responsables de nosotros mismos y hacernos cargo del dolor del otro y, en definitiva, comprometernos a cambiar. «El arrepentimiento no solo repara el pasado sino que también lo transforma»[75].

Un planteamiento que tiene en cuenta esta idea de la culpabilidad y del arrepentimiento abierto al futuro —pero que se distanciaría notablemente del de Jean Lacroix por dar significación jurídica a aspectos emocionales que el pensador francés considera ajenos y necesariamente ocultos para el derecho— es el defendido por el sociólogo australiano John Braithwaite[76], en una línea bastante próxima a la de Martha Nussbaum, quien, como sabemos, ha abordado el papel de las emociones en el derecho. Desde este punto de vista, el paradigma restaurador debe dar acogida a «aspectos *culturales*, *personales* o *emocionales* propios de los individuos participantes en el proceso, ya sean la víctima, el agresor o los representantes

de la comunidad, que normalmente permanecen por completo ajenos al interés y al desarrollo del juicio penal ordinario, aséptico y formal, y fuera de toda consideración intelectual por parte de los órganos encargados de decidir dicho proceso»[77]. Braithwaite se centra en el análisis de la operatividad del sentimiento de vergüenza —como sentimiento antitético al de arrogancia— en los procesos restaurativos partiendo de una distinción interesante, aunque quizá no muy precisa, entre la «vergüenza estigmatizadora o desintegradora», que mediante la humillación provoca la marginación del infractor, y la «vergüenza *restauradora*» o «reintegradora» (reintegrative shaming**),** basada en el respeto y tendente al restablecimiento de las relaciones comunitarias afectadas por el delito a través de la compresión emocional del daño causado y la consiguiente responsabilización del sujeto. Según el autor, el encuentro alcanza sus objetivos cuando, gracias al diálogo, el agresor se avergüenza de sus actos, reconoce el dolor causado a la víctima y llega a experimentar empatía hacia su sufrimiento e incluso compasión. La vergüenza puede convertirse así, a su juicio, en una solución constructiva que apunte hacia la reconciliación. Entre los principios últimos a que aspira esta teoría podemos destacar el respeto de los derechos humanos, la restauración de la dignidad humana, la toma de conciencia del sentido del deber como ciudadanos, la resolución consensuada de los conflictos sociales y la sanación de la vida social afectada por la criminalidad.

Esta forma de plantear las cosas, que ha tenido una amplia y merecida contestación ante el riesgo de ser utilizada para justificar «el renacimiento de los castigos avergonzantes»[78], es seguida y matizada por Martha Nussbaum. La autora afirma que la propuesta de John Braithwaite le resulta muy atractiva y que concuerda básicamente con ella[79], pues, frente a la opinión de muchos otros críticos, considera que deja suficientemente claro que la humillación y la estigmatización son siempre inaceptables y que el ambiente en que ha de desarrollarse el diálogo reintegrador entre las víctimas y los delincuentes ha de ser de mutuo respeto por la humanidad de todas las personas. El único problema de esta postura, según Nussbaum, es que «no establece una clara distinción entre la vergüenza y la culpa»[80]. Braithwaite «insiste en que los malhechores no deben ser humillados y que tenemos que separar el acto de la persona», pero, en realidad, «todo esto es característico de la culpa, no de la vergüenza. De modo similar, las nociones de perdón y de expiación corresponden al mundo de la culpa más que al de la vergüenza»[81]. A juicio de la filósofa norteamericana, el propio autor reconoce esto cuando en escritos recientes usa el término «vergüenza-culpa» en lugar de la simple vergüenza.

Martha Nussbaum propone un solo marco en el que la vergüenza puede ser moralmente valiosa y cumplir un rol constructivo —en este sentido utiliza el término de *vergüenza constructiva*— es decir, una única instancia en la que la culpa es una respuesta insuficiente y la vergüenza es apropiada. A este respecto, acude a la postura de Barbara Ehrenreich, quien ve en la pobreza de la clase trabajadora de los Estados Unidos una instancia legítima de incitación pública a la vergüenza. Desde esta perspectiva, mientras que la ley no puede humillar nunca a ciudadanos individuales, aun cuando se tratara de individuos extremadamente poderosos y narcisistas, sí puede llegar a pensarse, aunque sea un aspecto difícil de incorporar a un sistema jurídico, en castigos basados en la vergüenza para organizaciones poderosas o corporaciones que cometan delitos expresivos del tipo de arrogancia que va ligada al «amor al lujo, al resentimiento contra los impuestos redistributivos o a la creencia de que los pobres causan su propia pobreza»[82]. Al margen de esta cuestión, Nussbaum concluye sus referencias a la teoría de Braithwaite reiterando que se sitúa en la dirección correcta para promover sanciones no carcelarias, pues «no importa qué castigo escojamos, debemos poner la atención en el futuro, en la reforma y en la reintegración», y «el servicio comunitario suele ser un valioso aporte en este esfuerzo», porque «ofrece la posibilidad a la gente de hacer algo bueno y de establecer una nueva relación buena con la

comunidad, lo que fortalece una visión del yo como bueno y constructivo, en vez de malo y antisocial»[83].

La revalorización de uno mismo, la asunción de responsabilidades, el reconocimiento del otro, y, por tanto, la reacción frente al desprecio, la indiferencia y la humillación, son claves en la justicia restaurativa, y tal vez el meollo de la cuestión está en tomar conciencia compartida de nuestra común vulnerabilidad y de la necesidad que todos tenemos de experimentar algún grado de atención. Como decía Paul Ricoeur, la responsabilidad nace de la apelación que nos llega de lo frágil —en gran parte causado por los envites de la violencia del obrar humano— y que «nos requiere y nos ordena acudir en su ayuda»[84].

Y nada mejor para acabar estas páginas que citar las palabras de Ricoeur, cuya contribución resulta muy valiosa a la hora de afrontar la justicia restaurativa desde una perspectiva filosófica. Tanto sus consideraciones en torno al trabajo de la Comisión Verdad y Reconciliación de Sudáfrica, a la que antes nos hemos referido, como, de forma más amplia, toda su reflexión sobre la justicia, la culpa y el mal, permiten ser leídas desde este prisma[85], que nos lleva a enmarcar su pensamiento en una ética de la comunicación en la que es posible, como él mismo dice, «el intercambio de las memorias» entre la víctima y el culpable abriendo el camino de una memoria reconciliada, capaz de obrar el milagro del «reconocimiento»[86]. En este sentido, y aunque son muchos los autores que actualmente promueven esta última noción —Axel Honneth, Charles Taylor y tantos otros— la postura del filósofo francés es la que conecta más directamente con una justicia «reconstructiva», que llega más lejos que la justicia distributiva y correctiva y que permite pensar en el castigo más allá de la idea de retribución. En frase célebre del autor: el condenado «debería poder declarar que la sentencia que le quita la razón no es un acto de violencia sino de reconocimiento»[87].

La preocupación de Ricoeur surge al comprobar que tras el pronunciamiento de la sentencia se «inicia otra historia para el culpable condenado, la historia de la sanción, justificada en cuanto sufrimiento legalmente infligido, punto ciego de todo el sistema judicial que se convierte en sistema penal». De este modo, *le droit de punir* es el tormento de la filosofía moral y «el escándalo de la pena brilla como un sol negro en el continente fragmentado de la pregunta: ¿por qué castigar?»[88]. El homenaje que, a juicio de Kant, ofrece el castigo a la libertad del ser humano puede ser visto como un homenaje inhumano a la humanidad. Para denunciar esta posible inhumanidad de la pena hemos de ampliar nuestro campo de atención y no limitarnos a ver el delito como atentado a la ley, teniendo en cuenta también las otras dos partes que entran en juego a la hora de castigar: la víctima y el acusado, que son seres «de carne y hueso», una categoría (poco kantiana) que, como hemos dicho al principio, debe estar siempre presente a la hora de tratar cualquier tema relacionado con el sistema penal y penitenciario y con la justicia en general. Se trata de pensar y practicar una justicia «no violenta», centrada en el restablecimiento del vínculo social y en la recuperación de la capacidad de iniciativa de todos los interlocutores[89]. El delito ha roto la confianza mutua y los lazos comunitarios. El objetivo es restaurar, reincorporar y reconstruir, siguiendo el impulso del dinamismo relacional.

NOTAS

1. La UNODC de Naciones Unidas (Office on Drugs and Crime) publicó el *Handbook on Restorative Justice Programmes* (Viena 2006), en que desarrolla los postulados de los *Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters* aprobados por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en el año 2002.

2. RÍOS, J. C., PASCUAL, E., SEGOVIA, J. L., ETXEBERRIA, X., BIBIANO, X.A. y LOZANO, F., *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*,

Madrid, Colexm, 2012, 3ª ed, págs. 29 y 30. De la ingente bibliografía en los últimos años, seguimos fundamentalmente a estos autores, que basan el estudio riguroso del tema en su participación directa en encuentros restaurativos e incluso, algunos de ellos, en la convivencia con presos y otras personas en situación de vulnerabilidad y exclusión social. Entre la literatura reciente, recomendamos también el libro coordinado por TAMARIT, Josep, *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones,* Granada, Comares, 2012.

3. Esta pluralidad de ópticas puede contribuir a evitar la lucha por la hegemonía del saber en el campo penal y punitivo, que, siguiendo la crítica de Foucault, puede convertirse en un mero intento de monopolizar el ejercicio del poder y del control social.

4. Según Antoine GARAPON, partiendo de la interpretación que Ricoeur hace de Aristóteles, se puede pensar en una especie de «ética de la cólera», basada en una «cólera justa». Esta emoción puede operar legítimamente en un «proceso reconstructivo» cuestionando una interpretación superficial de la no-violencia implícita en la justicia restaurativa, «La justice reconstructive: un nouveau sens de la peine?», ponencia presentada en el Seminario «L'énigme de la punition» el 10 de abril de 2004, edición digital <http://olivierabel.fr/supplement/l-enigme-de-la-punition.html> (pág. 14) (consultado 25/02/2013)

5. ETXEBERRIA, Xabier, *Virtudes para la paz*, Bakeaz (Colección Escuela de Paz, 24), Bilbao, 2011.

6. RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia, «Justicia Retributiva y Justicia Restaurativa (Reconstructiva). Los derechos de las víctimas en los procesos de reconstrucción», *Justicia para la convivencia. Los puentes de Deusto*, Publicaciones de la Universidad de Deusto (Deusto Digital), Bilbao, 2012, pág. 41.

7. ZAGREBELSKY, Gustavo y MARTINI, Carlo Maria, *La exigencia de justicia*, Madrid, Trotta, 2006, págs. 35-36.

8. *Op. cit.,* 43-44.

9. *Op. cit*., pág. 23

10. CHRISTIE, Nils, *Los límites del dolor*, México, Fondo de Cultura Económica, 1984.

11. Para caracterizar los distintos enfoques puede utilizarse la herramienta de la «Ventana de la disciplina social», que mide según dos criterios: el control sobre las conductas y el apoyo que se da a las personas. El enfoque punitivo «retributivo» intenta conseguir un control alto con un apoyo bajo, mientras que el enfoque restaurativo trata de producir un control alto con un apoyo alto, por tanto, no debe confundirse con los enfoques «permisivo» o «negligente».

12. PANIKKAR, Raimon., *La intuición cosmoteándrica*: *Las tres dimensiones de la realidad*, Madrid, Trotta, 1999.

13. Véanse MONZON, August., «Derechos humanos y diálogo intercultural» en BALLESTEROS, Jesús., (ed), *Derechos Humanos. Concepto, fundamentos, sujetos*, Madrid, Tecnos, 1992, págs. 116-133; SANTOS, B. de Sousa, «Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos» en *El Otro Derecho*, núm 28, 2002, págs. 59-83, y RONDEAU, Daniel., «La relation des droits aux devoirs: Approche interculturelle» en *Aspects*, núm. 1, 2008, págs. 141-166.

14. Véase BEA, Emilia, «Derechos y deberes. El horizonte de la responsabilidad», *Derechos y Libertades,* núm. 29, 2013.

15. En los años setenta un grupo de trabajadores sociales maoríes crearon el programa Te Whanau Awhina ***para tratar la delincuencia juvenil. Este programa, adscrito recientemente a los tribunales penales de Nueva Zelanda, recibe su nombre de la palabra*** whanau ***que*** *significa* ***«familia», en sentido amplio****,* y awhina que significa ***«cuidar»***. Según Howard Zehr, muchas culturas tienen una palabra que representa la centralidad de las relaciones, y, en concreto, para la cultura maorí es el *whakapapa*, mientras para el navajo es *hozho* y para muchos africanos es el término *ubuntu* de la lengua bantú. También subraya el parentesco con el concepto de *shalom* de las escrituras hebreas como visión de la vida en el sentido de armonía hacia el otro, con el creador y con el entorno, «aunque el sentido específico de estas palabras varía, todas comunican un mensaje parecido: todas las cosas están conectadas con el resto a través de una red de relaciones», *Justícia restauradora. Principis i pràctiques*, Barcelona, Icaria, 2011, págs. 29-30.

16. August MONZON señala que en los pueblos primitivos o «arcaicos» ocupan un lugar central las categorías de sanación y restauración referidas a las relaciones intergrupales que han sido rotas o dañadas, partiendo de un arraigo profundo tanto en la comunidad humana como en la naturaleza. Y esto ocurre tanto en comunidades indígenas del Norte o del Sur del continente americano, como entre los aborígenes de Oceanía e incluso en las culturas tribales africanas y

en las culturas populares de Asia. También en la génesis de la cultura occidental podemos comprobar cómo el derecho romano en sus orígenes —el derecho romano «arcaico»— responde a esta misma mentalidad, pues *ius* significaba primitivamente «fórmula sagrada» aplicada para *sanar* las disfunciones del *cuerpo* social. La comprensión «terapéutica» o «restaurativa» del derecho es también evidente tanto en la antigua lengua etrusca como en griego por el uso de la palabra *medos* en el sentido de cuidado o conservación del orden. «Del perdó a la reconciliació. Consideracions interculturals», *Qüestions de Vida Cristiana*, núm. 245, 2013.

17. GRILLENZONI, Elena, CUBELLS, Lola y GARCÍA, Marisela (coord.) *Manual de derecho indígena desde la experiencia de reconciliación y justicia tseltalt*, Centro de Derechos Indígenas A.C. México, 2012.

18. ZAGREBELSKY, Gustavo y MARTINI, Carlo Maria, cit., pág. 37.

19. *Op. cit*, págs. 40-41.

20. CASSIN, Barbara, CAYLA, Olivier, SALAZAR, Philippe Joseph, *Vérité, réconciliation, réparation*, Le Genre Humain, núm. 43, París, Seuil, 2004, pág. 9. Véase TUTU, Desmond, *Il n'y a pas d'avenir sans pardon*, Paris, Albin Michel, 1999, pág. 38.

21. KAKOZI KASHINDI, Jean-Bosco, «*Ubuntu* como modelo de justicia restaurativa. Un aporte africano al debate sobre la igualdad y la dignidad humana» http://ceaa.colmex.mx/aladaa/memoria_xiii_congreso_internacional/images/kakozi.pdf (consultado 3/01/2013)

22. ZAGREBELSKY, Gustavo y MARTINI, Carlo Maria, cit., pág. 41.

23. Véanse los capítulos de estos cuatro autores en *Vérité, Réconciliation, Réparation*, cit.

24. SALAZAR, Philippe-Joseph, «Relato, reconciliación, reconocimiento, a propósito de los *perpetradores* y de la amnistía de Sudáfrica», *Historia, Antropología y Fuentes Orales*, nº 42, págs. 37-53, 2009 (pág. 39)

25. *Op. cit.,* pág. 41.

26. *Op. cit.,* pág. 49-50.

27. *Op. cit.,* pág. 51. En este sentido, Barbara CASSIN afirma que «hay que distinguir muy claramente entre el reconocimiento de un hecho —*full disclosure*— y la contrición. El reconocimiento del hecho es por sí mismo un signo de pertenencia a la comunidad política, mientras que el arrepentimiento y el perdón revelan una esfera diferente, ética o/y religiosa», «Politiques de la mémoire. Des traitements de la haine», *Multitudes,* 9, 2001, págs. 177-196, edición digital <http://multitudes.samizdat.net/Politiques-de-la-memoire> (consultado 25/02/2013). Antoine GARAPON señala que «como el don ceremonial, la confesión se ofrece a la víctima pero puede ser rechazada. He aquí otra diferencia entre la amnistía de derecho (incluso si, como en el caso de la Comisión sudafricana, se coloca bajo determinadas condiciones) y el perdón que es de otra naturaleza y que remite al sujeto a su absoluta libertad. El reconocimiento procede de un intercambio particular entre un don (la confesión de su crimen) y un posible contra-don (el perdón)», «La justice comme reconnaissance», *Vérité, réconciliation, réparation*, cit, pág. 192.

28. SALAZAR, Philippe-Joseph, «Relato, reconciliación, reconocimiento, a propósito de los *perpetradores* y de la amnistía de Sudáfrica», cit, pág. 51. El autor señala que este momento, según Derrida, se impone a la víctima una segunda carga. Sobre este tema véase, DERRIDA, Jacques, *Foi et savoir suivi de Le siècle et le pardon*, París, Le Seuil, 2000. A juicio de Derrida, lo que da su justificación última y su legitimidad declarada a la Comisión es la declaración del *apartheid* como «crimen contra la humanidad» por la comunidad internacional; categoría que sigue estando en el horizonte de toda la geopolítica del perdón.

29. SALAZAR, Philippe-Joseph, «Relato, reconciliación, reconocimiento, a propósito de los *perpetradores* y de la amnistía de Sudáfrica», cit, pág. 43

30. *Op. cit.,* pág. 44

31. ZAGREBELSKY, Gustavo y MARTINI, Carlo Maria, cit., pág. 43

32. MARTINI Carlo Maria, *Sulla giustizia,* Milano, Mondadori, 1999, pág. 51

33. MARTINI Carlo Maria, «Non è giustizia. La colpa, il carcere, la parola di Dio», edición digital <http://www.ism-regalita.it/Testi/cortile_storia/Martini-Colpa-carcere Parola-di-Dio.pdf>

34. Según recuerda August MONZON, en la primera reflexión cristiana postbíblica, que llevan a cabo los Padres de la Iglesia durante los siglos II-VIII, la visión restaurativa de la justicia se expresa particularmente en la atribución a Dios y a Jesús del título de «médico» («de las almas y de los cuerpos») en concurrencia con la de «juez» («de vivos y muertos»). Pero mientras que en el Oriente cristiano ambos títulos se entrecruzan en complementariedad dialéctica, las Iglesias de Occidente priman la imagen de juez, oscureciendo la dimensión reconciliatoria o restauradora.

35. En conexión directa con el tema que nos ocupa, podemos citar, entre otros muchos materiales pedagógicos de educación para la paz, el Cuaderno *No-violencia franciscana. Historias, reflexiones, principios, prácticas e insumisos* (publicado por el Servicio para la no-violencia Pace e Bene, México, 2003) en que se analizan pasajes de la vida de san Francisco de Asís, en concreto el del lobo de Gubbio y el de los tres ladrones de Monte Casele, en relación con la no violencia activa, la mediación y la justicia restaurativa.

36. ZEHR, Howard, *Justícia restauradora. Principis i practiques*, cit., págs. 34-35.

37. Art. 44. 5 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre. Véase ESQUINAS, Patricia, *La mediación penal en la violencia de género*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, LARRAURI, Elena, «Justicia restauradora y violencia doméstica» en VV.AA., *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena*, Universidad del País Vasco, 2009, págs. 125-144 y VILLACAMPA, Carolina, «Justicia restaurativa aplicada a supuestos de violencia de género», *Revista penal,* núm. 30, 2012, págs. 177-216.

38. La justicia restaurativa es especialmente necesaria en el caso de los menores, pues resulta vital que puedan tomar conciencia de las consecuencias de sus acciones, recuperar la capacidad de iniciativa en la vida social y restablecer las relaciones interpersonales. La Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, supone un paso adelante en este sentido (art. 19).

39. Véase MAAT, Bruno Van der, «Reflexiones desde una Justicia Juvenil Restaurativa frente a las Incoherencias de los Sistemas de Justicia», *Revista Electrónica del Centro de Estudios de Derecho Penitenciario/USMP*, nº 1, 2011.

40. ROXIN, Claus, «Pena y reparación», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LII, 1999, pág. 10.

41. *Op. cit,* págs. 9-13.

42. *Op. cit,* pág. 13

43. *Op. cit*, pág. 15.

44. Winfried HASSEMER afirma que «la idea tradicional del ser humano en el Derecho penal sitúa a la víctima, salvo casos marginales, en un rol pasivo, sin vincularle consecuencia alguna. Coloca a la víctima —y al autor— en el proceso penal bajo la dirección del Tribunal sin esperar ninguna intervención (aunque la admita dentro de unos límites)», «Consideraciones sobre la víctima del delito», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 43, Fasc/Mes 1, 1990, pág. 258. Pero a renglón seguido advierte también de «los riesgos de la irrupción de la víctima en el Derecho procesal», pág. 256.

45. La víctima debe ser atendida en el difícil camino para llegar a afrontar y superar el trauma del delito. Un proceso complejo que tiene diferentes fases: incorporación del delito a la propia trayectoria personal; transformación de la humillación —que en algunos casos se convierte incluso en autoculpabilidad o vergüenza— en conciencia de las propias capacidades; expresión pública de las necesidades y reivindicaciones y, en el mejor caso, obtención de reconocimiento y compromiso de reparación. En este largo itinerario, las víctimas reclaman información sobre el curso que está siguiendo su caso y suelen desear una participación activa en él. Las víctimas sienten una gran insatisfacción cuando son excluidas de su propio conflicto y no son escuchadas. De hecho, obtener el reconocimiento por parte de los otros, sentirse valoradas y percibir cierta restauración emocional puede resultar más satisfactorio para ellas que cualquier reparación económica o el castigo del responsable de la acción delictiva. Véase «¿Hasta qué punto cabe pensar victimológicamente el sistema penal?», en TAMARIT SUMALLA, J.M.(coord.), *Estudios de Victimología. Actas del primer congreso español de victimología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

46. ALONSO, Alberto, «El fundamento del Derecho penal y la víctima del delito: una perspectiva integradora» en VV.AA., *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón),* Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pág. 124. El autor ha tratado más ampliamente el tema en su libro *Víctima y sistema penal: las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

47. *Op. cit.*

48. RÍOS, J. C., PASCUAL, E., SEGOVIA, J. L., ETXEBERRIA, X., BIBIANO, X.A. y LOZANO, F., *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, cit., pág. 61.

49. Véase el contenido de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

50. ARENDT, Hannah, *Ensayos de comprensión 1930-1954*, Madrid, Caparrós, 2005, págs. 167-168.

51. BERNSTEIN, Richard. *El abuso del mal. La corrupción de la política y de la religión desde el 11/9*, Madrid, Katz, 2006. Su libro anterior *El mal radical. Una indagación filosófica*, Buenos Aires, Lilmod, 2005, es una excelente reflexión sobre el mal que es ya un clásico en el tema.

52. GIRARD, René, *Veo a Satán caer como el relámpago*, Barcelona, Anagrama, 2002, pág. 209.

53. SEGOVIA, José Luis, y RÍOS, Julián, «Diálogo, justicia restaurativa y mediación», *Documentación Social. Revista de estudios sociales y de sociología aplicada,* núm. 148, enero-marzo 2008, pág. 80. En este sentido, el propio Desmond Tutu afirma que el término *ubuntu* «es bastante diferente del 'pienso, luego existo', pues significa más bien 'soy humano porque formo parte, participo, comparto'», *Il n'y a pas d'avenir sans pardon*, cit., pág. 38.

54. BUBER, Martin, *Yo y Tú*, Madrid, Caparrós, 2ª ed. 1995, pág. 13.

55. STEIN, Edith, *La estructura de la persona humana,* Madrid, BAC, 2002.

56. DÍAZ, Carlos, *El humanismo hebreo de Martin Buber*, Madrid, Fundación Emmanuel Mounier, 2004, pág. 123.

57. *Op. cit.,* pág. 124.

58. *Op. cit.,* pág. 126

59. JARQUÍN, Miguel, *La comunicación: revelación de una existencia*, Madrid, Fundación Emmanuel Mounier, 2003, pág. 99.

60. *Op. cit.,* pág. 115.

61. *La promesa de Mediación. Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros*, Buenos Aires, Granica, 2006.

62. *Op. cit.,* pág. 60.

63. David M. WEXLER, desde el enfoque de la «justicia terapéutica», señala que la forma en que el imputado es tratado en el proceso judicial puede influir decisivamente a la hora de superar las distorsiones cognitivas de la negación y minimización del daño y asumir la responsabilidad. También los programas de rehabilitación deben ayudar al infractor a detenerse a pensar en las consecuencias de sus acciones, a anticipar situaciones de alto riesgo y a tratar de evitarlas en el futuro. Véase WEXLER, David y WINICK, Bruce J., *Law in a Therapeutic Key: Developments in Therapeutic Jurisprudence*, Carolina Academic Press, 1996.

64. ARENDT, Hannah, *La condición humana,* Barcelona, Paidós,1993, pág. 200.

65. ETXEBERRIA, Xabier, «Arrepentimiento y paz», *El Correo,* 30 de enero de 2002, edición digital http://www.bakeaz.org/es/articulos/mostrar/159-arrepentimiento- (consultado 5/03/2013)

66. LEVINAS, Emmanuel, *Entre Nosotros; ensayos para pensar en otro*, Valencia, Pre-textos, 1993.

67. LACROIX, Jean, *Filosofía de la culpabilidad*, Barcelona, Herder, 1980.

68. *Op. cit.,* pág. 147.

69. *Op. cit.,* págs. 173-174. Reyes Mate retomará esta idea: «La víctima acepta romper la distancia infinita que le separa del criminal, pero al precio de que éste renuncie a la lógica de la violencia y que milite, por tanto, en la causa de la paz y de la justicia. Ese es el trueque de la culpabilidad por la responsabilidad», *Justicia de las víctimas. Terrorismo, memoria, reconciliación,* Barcelona, Anthropos, 2008, pág. 80.

70. LACROIX, Jean, *Filosofía de la culpabilidad*, *cit.,* pág. 86.

71. *Op. cit.,* pág. 85.

72. *Op. cit.,* pág. 81.

73. *Op. cit.,* pág. 68.

74. SCHELER, Max, *Arrepentimiento y nuevo nacimiento,* Madrid, Encuentro, 2007, pág. 31.

75. LACROIX, Jean, *Filosofía de la culpabilidad*, cit., pág. 70.

76. BRAITHWAITE, John, *Crime, Shame and Reintegration,* Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

77. Véase ESQUINAS, Patricia, «La mediación entre la víctima y el agresor como forma alternativa de resolución del conflicto en el sistema judicial penal de adultos: ¿una posibilidad también viable en España?», *Revista penal,* núm. 18, 2006, pág. 84.

78. Véase PÉREZ TRIVIÑO, José Luis, «El renacimiento de los castigos avergonzantes», *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, nº 15, 2001, págs. 193-207.

79. Tras afirmar que «todo esto es muy atractivo y tiendo a acordar con sus propuestas», en nota a pie de página señala: «Braithwaite mismo cree que la principal área de desacuerdo entre nosotros está relacionada con la retribución: él está completamente en contra, mientras yo la apoyo entendida de un modo limitado, kantiano. Como afirmo más adelante, no estoy segura de que exista una gran diferencia entre el tipo de retribucionismo que promuevo y el tipo de confrontación entre la víctima y el agresor que él propicia», NUSSBAUM, Martha C. *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley*, Buenos Aires, Katz, 2006, pág. 281.

80. *Op. cit.,* pág. 280.

81. *Op. cit.,* pág. 281.

82. NUSSBAUM, Martha C. *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley*, cit., pág. 249.

83. *Op. cit.,* pág. 286.

84. RICOEUR, Paul, «Poder, fragilidad y responsabilidad», *Cuaderno Gris*, núm 2, 1997, págs. 75-77 (pág. 76)

85. Sobre todo en aquellos trabajos en que habla del derecho penal y de la función de la pena, como los tiulados: «Le pardon peut-il guerir?», *Esprit*, nº 210, mars 1995, págs. 77-82, «Avant la justice non violente, la justice violente» en *Vérité, réconciliation, réparation*, cit, págs. 159-171 y «Le droit de punir» ponencia presentada en el Seminario «L'énigme de la punition» el 10 de abril de 2004, edición digital <http://olivierabel.fr/supplement/l-enigme-de-la-punition.html> (consultado 25/02/2013)

86. Ricoeur afirma que se pueden contar de otra forma las historias del pasado, contarlas desde el punto de vista del otro, tanto mi amigo como mi adversario. Hay que poner en cuestión la creencia arraigada de que solo el futuro es indeterminado y abierto mientras el pasado es determinado y cerrado. Los hechos pasados no se pueden rehacer, pero «el *sentido* de lo ocurrido, tanto de lo que nosotros hemos hecho como de lo que hemos sufrido, no está fijado de una vez por todas»; «lo que puede ser cambiado del pasado es su carga moral, su peso de deuda por el que pesa a la vez sobre el porvenir y sobre el presente. De este modo, el trabajo del recuerdo nos pone en la vía del perdón en la medida en que abre la perspectiva de una liberación de la deuda por la conversión del sentido del pasado». Partiendo de Freud, según Ricoeur, el perdón debe colocarse en el punto de convergencia entre el trabajo del recuerdo y el trabajo del duelo: «el perdón es lo contrario del olvido de huida; solo se puede perdonar lo que no ha sido olvidado», «Le pardon peut-il guerir?», *Esprit*, mars 1995, págs. 80-81.

87. RICOEUR, Paul, *Lo Justo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, pág. 188.

88. BREZZI, Francesca, «In camino verso la giustizia non violenta», *Agora. Papeles de Filosofía*, 25/2, 2006, págs. 149-167 (pág. 153).

89. *Op. cit.,* pág. 155.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

ALONSO, Alberto, «El fundamento del Derecho penal y la víctima del delito: una perspectiva integradora» en VV.AA., *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón),* Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch 2009.

ALONSO, Alberto, *Víctima y sistema penal: las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

ARENDT, Hannah, *La condición humana,* Barcelona, Paidós, 1993.

ARENDT, Hannah, *Ensayos de comprensión 1930-1954*, Madrid, Caparrós, 2005.

BEA, Emilia, «Derechos y deberes. El horizonte de la responsabilidad», *Derechos y Libertades,* núm. 29, 2013.

BERNSTEIN, Richard. *El abuso del mal. La corrupción de la política y de la religión desde el 11/9*, Madrid, Katz, 2006.

BERNSTEIN, Richard, *El mal radical. Una indagación filosófica*, Buenos Aires, Lilmod, 2005.

BRAITHWAITE, John, *Crime, Shame and Reintegration,* Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

BREZZI, Francesca, «In camino verso la giustizia non violenta», *Agora. Papeles de Filosofía*, 25/2, 2006, págs. 149-167.

BUBER, Martin, *Yo y Tú*, Madrid, Caparrós, 2ª ed. 1995.

BUSH, Robert Baruch y FOLGER, Joseph, *La promesa de Mediación. Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros*, Buenos Aires, Granica, 2006.

CASSIN, Barbara, «Politiques de la mémoire. Des traitements de la haine», *Multitudes,* 9, 2001, págs. 177-196, edición digital <http://multitudes.samizdat.net/Politiques-de-la-memoire>

CASSIN, Barbara, CAYLA, Olivier, y SALAZAR, Philippe Joseph, *Vérité, réconciliation, réparation*, Le Genre Humain, núm. 43, Paris, Seuil, 2004.

CHRISTIE, Nils, *Los límites del dolor*, México, Fondo de Cultura Económica, 1984.

DERRIDA, Jacques, *Foi et savoir suivi de Le siècle et le pardon*, París, Le Seuil, 2000.

DÍAZ, Carlos, *El humanismo hebreo de Martin Buber*, Madrid, Fundación Emmanuel Mounier, 2004.

ESQUINAS, Patricia, *La mediación penal en la violencia de género*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

ESQUINAS, Patricia, «La mediación entre la víctima y el agresor como forma alternativa de resolución del conflicto en el sistema judicial penal de adultos: ¿una posibilidad también viable en España?», *Revista penal,* núm. 18, 2006, págs. 55-101.

ETXEBERRIA, Xabier, «Arrepentimiento y paz», *El Correo,* 30 de enero de 2002, edición digital http://www.bakeaz.org/es/articulos/mostrar/159-arrepentimiento-

ETXEBERRIA, Xabier, *Virtudes para la paz*, Bakeaz (Colección Escuela de Paz, 24), Bilbao, 2011.

GARAPON, Antoine, «La justice reconstructive: un nouveau sens de la peine?», ponencia presentada en el Seminario «L'énigme de la punition» el 10 de abril de 2004, edición digital <http://olivierabel.fr/supplement/l-enigme-de-la-punition.html>

GIRARD, René, *Veo a Satán caer como el relámpago*, Barcelona, Anagrama, 2002.

GRILLENZONI, Elena, CUBELLS, Lola y GARCÍA, Marisela (coord.) *Manual de derecho indígena desde la experiencia de reconciliación y justicia tseltalt*, Centro de Derechos Indígenas A.C. México, 2012.

HASSEMER, Winfried, «Consideraciones sobre la víctima del delito», *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* Tomo 43, Fasc/Mes 1, 1990, págs. 241-260.

JARQUÍN, Miguel, *La comunicación: revelación de una existencia*, Madrid, Fundación Emmanuel Mounier, 2003.
KAKOZI KASHINDI, Jean-Bosco, «*Ubuntu* como modelo de justicia restaurativa. Un aporte africano al debate sobre la igualdad y la dignidad humana» http://ceaa.colmex.mx/aladaa/memoria_xiii_congreso_internacional/images/kakozi.pdf
LARRAURI, Elena, «Justicia restauradora y violencia doméstica» en VV.AA, *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena*, Universidad del País Vasco, 2009, págs. 125-144.
LACROIX, Jean, *Filosofía de la culpabilidad*, Barcelona, Herder, 1980.
LEVINAS, Emmanuel, *Entre Nosotros; ensayos para pensar en otro*, Valencia, Pre-textos, 1993.
MAAT, Bruno Van der, «Reflexiones desde una Justicia Juvenil Restaurativa frente a las Incoherencias de los Sistemas de Justicia», *Revista Electrónica del Centro de Estudios de Derecho Penitenciario/USMP*, nº 1, 2011
MARTINI Carlo Maria, *Sulla giustizia,* Milano, Mondadori, 1999.
MARTINI Carlo Maria, «Non è giustizia. La colpa, il carcere, la parola di Dio», edición digital http://www.ism-regalita.it/Testi/cortile_storia/Martini-Colpa-carcere Parola-di-Dio.pdf
MATE, M. Reyes, *Justicia de las víctimas. Terrorismo, memoria, reconciliación,* Barcelona, Anthropos, 2008.
MONZON, August., «Derechos humanos y diálogo intercultural» en BALLESTEROS, Jesús., (ed), *Derechos Humanos. Concepto, fundamentos, sujetos*, Madrid, Tecnos, 1992, págs. 116-133.
MONZON, August, «Del perdó a la reconciliació. Consideracions interculturals», *Qüestions de Vida Cristiana*, núm. 245, 2013.
NUSSBAUM, Martha C. *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley*, Buenos Aires, Katz, 2006.
PANIKKAR, Raimon., *La intuición cosmoteándrica*: *Las tres dimensiones de la realidad*, Madrid, Trotta, 1999.
PÉREZ TRIVIÑO, José Luis, «El renacimiento de los castigos avergonzantes», *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, nº 15, 2001, págs. 193-207.
RÍOS, J. C., PASCUAL, E., SEGOVIA, J. L., ETXEBERRIA, X., BIBIANO, X.A. y LOZANO, F., *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Madrid, Colex, 2012, 3ª ed,
RICOEUR, Paul, «Le pardon peut-il guerir?», *Esprit*, nº 210, mars 1995, págs. 77-82.
RICOEUR, Paul, «Poder, fragilidad y responsabilidad», *Cuaderno Gris*, núm 2, 1997, págs. 75-77.
RICOEUR, Paul, *Lo Justo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997.
RICOEUR, Paul, «Le droit de punir», ponencia presentada en el Seminario «L'énigme de la punition» el 10 de abril de 2004, edición digital
<http://olivierabel.fr/supplement/l-enigme-de-la-punition.html>
RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia, «Justicia Retributiva y Justicia Restaurativa (Reconstructiva). Los derechos de las víctimas en los procesos de reconstrucción», en VV.AA., *Justicia para la convivencia. Los puentes de Deusto*, Publicaciones de la Universidad de Deusto (Deusto Digital), Bilbao, 2012, págs. 21-45.
RONDEAU, Daniel., «La relation des droits aux devoirs: Approche interculturelle» en *Aspects*, núm. 1, 2008, págs. 141-166.
ROXIN, Claus, «Pena y reparación», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LII, 1999, págs. 5-16.
SALAZAR, Philippe-Joseph, «Relato, reconciliación, reconocimiento, a propósito de los *perpetradores* y de la amnistía de Sudáfrica», *Historia, Antropología y Fuentes Orales*, nº 42, págs. 37-53.
SANTOS, B. de Sousa, «Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos» en *El Otro Derecho*, núm 28, 2002, págs. 59-83.
SEGOVIA, José Luis, y RÍOS, Julián, «Diálogo, justicia restaurativa y mediación», *Documentación Social. Revista de estudios sociales y de sociología aplicada,* núm. 148, enero-marzo 2008, págs. 77-98.
SCHELER, Max, *Arrepentimiento y nuevo nacimiento,* Madrid, Encuentro, 2007.
STEIN, Edith., *La estructura de la persona humana,* Madrid, BAC, 2002.
TAMARIT, Josep, (coord.), *Estudios de Victimología. Actas del primer congreso español de victimología,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
TAMARIT, Josep, *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones,* Granada, Comares, 2012.
TUTU, Desmond, *Il n'y a pas d'avenir sans pardon*, Paris, Albin Michel, 1999.
VILLACAMPA, Carolina, «Justicia restaurativa aplicada a supuestos de violencia de género», *Revista penal,* núm. 30, 2012, págs. 177-216.
WEXLER, David y WINICK, Bruce J., *Law in a Therapeutic Key: Developments in Therapeutic Jurisprudence*, Carolina Academic Press, 1996.
ZAGREBELSKY, Gustavo y MARTINI, Carlo Maria, *La exigencia de justicia*, Madrid, Trotta, 2006.
ZEHR, Howard, *Justícia restauradora. Principis i pràctiques*, Barcelona, Icaria, 2011, págs. 29-30.

Fecha recepción: 11/03/2013
Fecha aceptación: 10/05/2013

FREEDOM OF EXPRESSION AND POLITICAL CRITICISM IN THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

RESUMEN

El trabajo expone el tratamiento que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) depara a la libertad de expresión en el ámbito de la crítica política. El principal objetivo es poner de manifiesto las divergencias entre la jurisdicción europea y la interna en los casos difíciles, donde la posición del TEDH es mucho más favorable a la efectividad del derecho fundamental afectado.

La autora defiende la necesidad de ajustarse al canon de enjuiciamiento del TEDH y, en su virtud, excluir la punibilidad de conductas de expresión en el ámbito político que, pese a extralimitarse en el ejercicio legítimo de aquel derecho fundamental, carecieran de gravedad suficiente para justificar una condena penal. En consecuencia, la aplicación del principio de prohibición de exceso a los casos limítrofes debe conducir a eliminar los mismos de la órbita del derecho penal, sin perjuicio de otras responsabilidades a las que pudiera haber lugar.

PALABRAS CLAVE

Libertad de expresión, crítica política, proporcionalidad, efecto de desaliento, jurisprudencia del TEDH

ABSTRACT

This article analyses the treatment that the European Court of Human Rights (ECHR) holds for freedom of expression in the field of political criticism. The main objective is to highlight the differences between European and domestic jurisdiction in some cases where the position of the ECHR is much more favorable to the effectiveness of the fundamental right concerned. The work defends the need to respect the canon of the ECHR in order to exclude from the orbit of criminal law the borderline cases

KEYWORDS

Freedom of expression, freedom of speech, freedom of political criticims chilling effect, ECHR case-law

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y CRÍTICA POLÍTICA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

María Luisa Cuerda Arnau
Catedrática de Derecho Penal
Universidad Jaume I de Castellón

Sumario: 1. Punto de partida: diagnóstico de un problema con fácil solución. 2 Libertad de expresión v. honor en el CEDH y la jurisprudencia del TEDH. A) Doctrina general. B) Dos casos célebres sobre el alcance de la crítica política: Lingens contra Austria (1986) y Castells contra España (1992). 3. La libertad de expresión en la jurisprudencia constitucional española v. la jurisprudencia del TEDH. La equivalencia de posiciones. A) Evolución jurisprudencial: a) primera etapa: la prevalencia de los límites; b) segunda etapa: la ponderación como técnica de resolución de conflictos; c) tercera etapa: delimitación del ámbito constitucionalmente protegido. B) La proporcionalidad de la limitación como criterio de cierre. C) Recapitulación. 4. Discrepancias en el caso concreto: el asunto Otegi contra España. A) Antecedentes. B) La STEDH caso Otegi Mondragón contra España de 15 de marzo de 2011. C) ¿Por qué no llegó el TC a la misma consecuencia? 5. Conclusión. Nota bibliográfica.

1. PUNTO DE PARTIDA: DIAGNÓSTICO DE UN PROBLEMA CON FÁCIL SOLUCIÓN

En el marco de un curso de verano sobre la proyección de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el proceso penal, el director del curso, Ignacio Sánchez Yllera, consideró oportuno volver sobre el alcance que a la crítica política se le concede en esa jurisdicción al interpretar el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y me honró proponiéndome que abordase el tema desde la perspectiva de los límites penales que pueden afectar a la expresión que se desarrolla en ese ámbito. La propuesta era atractiva porque los ponentes de las Jornadas eran insignes juristas con muchos de los cuales me unen, además, inquietudes pro-

fesionales y antiguos lazos de amistad. Lo era también porque los cursos que organiza la Escuela del Ministerio Fiscal o la Escuela Judicial posibilitan un fecundo intercambio de opiniones con los participantes, un auditorio selecto y normalmente preocupado por los temas que se analizan, lo que en tiempos yermos de serena reflexión es un regalo. Lo era, en fin, por el magnífico escenario que nos acogía: el Pazo de Mariñán, cuyas primeras castañas dicen los del lugar que alejan las envidias, lo que, dado el país en que vivimos, nos pareció a Martín Casallo y a mi razón más que suficiente para llevarnos algunas. En cuanto al tema que se me asignó, podría pensarse que era un asunto definitivamente resuelto y de actualidad discutible. Sin embargo, no sólo estaba reciente la condena a España en el caso Otegi Mondragón c. España (2011), sino que el clima en que nos encontramos es propicio a los excesos en ese ámbito y era oportuno reflexionar sobre si el modo en que nuestra jurisdicción afronta su posible relevancia penal es el adecuado. Y ya avanzo que, a mi juicio, no lo es. Y no porque la doctrina del Tribunal Supremo (TS) o del Tribunal Constitucional (TC) se aparte formalmente de la jurisprudencia del TEDH, cuyos hitos y pronunciamientos fundamentales conocen sobradamente sino porque sus resoluciones en los casos difíciles llegan a conclusiones contrarias a esa misma doctrina y, lo que casi es peor, a su propia jurisprudencia en materia de libertad de expresión.

Para poner de manifiesto que eso es así, en lo que sigue me propongo exponer muy sucintamente la posición del TEDH y, seguidamente, contrastar ésta con la que mantiene el TC con el fin de descartar que existan divergencias de criterio. A continuación, y al hilo del caso Otegi Mondragón contra España, trataré de mostrar que, como digo, los problemas surgen cuando nuestra jurisdicción se aparta de su correcto planteamiento sobre el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión. Terminaré recapitulando los pasos que nuestros jueces —y nuestros fiscales en tanto que primeros evaluadores de la sostenibilidad de la acusación— deben dar a la hora de enjuiciar si una determinada manifestación crítica entra o no en la órbita de las conductas punibles. Con esto último, me limito a recordar y a exponer ordenadamente lo que nuestro TC —siguiendo al TEDH— ya ha dicho. Ahora se trata sólo de aplicarlo a todos los casos. Es, pues, una tarea tan sencilla como consustancial a la idea de justicia. Aún así, tenía razón el director del curso cuando decidió volver sobre el tema, pues que a estas alturas el TEDH nos condene en esta materia —máxime cuando la condena se produce en un asunto en el que la libertad de expresión se ejercía en relación con la crítica política—, pone en cuestión la calidad misma de nuestra democracia, lo que justifica sobradamente que todos reflexionemos sobre el particular y dejemos claramente fijadas las reglas que eviten futuras vulneraciones de un derecho que parecía definitivamente consolidado.

2. LIBERTAD DE EXPRESIÓN V. HONOR EN EL CEDH Y LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

A) DOCTRINA GENERAL

La libertad de expresión aparece reconocida en el art. 10 CEDH, que dice así:

Libertad de expresión.
1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.
2. El ejercicio de estas libertades, que entrañen deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

Como se observa, el ap. 1 recoge la libertad de expresión como definición general del derecho y concreta sus diferentes manifestaciones: libertad de opinión y derecho a recibir y a comunicar información veraz. Por su parte, el ap. 2 contiene un elenco de bienes jurídicos que, prima facie, podrían justificar una limitación, entre los que figura «la reputación», concepto que unánimemente se entiende referido al honor, no sólo en su faceta externa (fama o juicio que la comunidad proyecta sobre el individuo), sino —y tal vez prioritariamente— en su faceta interna, que, como es sabido, se identifica con la dignidad de la persona. El derecho al honor recibe así en CEDH un reconocimiento que, —aunque indirecto, cuestión que ahora no interesa tratar— le habilita, en principio, para actuar como límite a la libertad de expresión. Por consiguiente, la tutela del honor, en tanto que fin legítimo, resiste claramente uno de los tres cribados a que se somete toda limitación de derechos, a saber: a) que esté prevista por la ley; b) que el concreto fin perseguido sea legítimo y c) que la limitación sea necesaria en una sociedad democrática.

Ahora bien, hay que subrayar que la simple salvaguarda del honor —como la del resto de bienes mencionados— no es suficiente para justificar la limitación. La legitimidad de la restricción no depende exclusivamente del fin perseguido; la tutela del honor es un prius lógico en el proceso de justificación de la misma, pero, como sabemos, aquella resulta condicionada además a la previsión legal y a la necesidad de la limitación. Recordemos muy sucintamente el contenido de estos otros filtros a que se someten las restricciones de los derechos.

Por lo que se refiere a la exigencia de que esté prevista por la ley, ésta es una fórmula que no se colma con la mera previsión formal, sino que apela a un concepto material de ley, que comporta que la norma sea accesible y previsible. No basta la ley, sino que el principio de legalidad (art. 8 CEDH) exige una ley con calidad suficiente, esto es, que garantice materialmente el derecho en cuestión. En palabras del propio TEDH

> […] requieren en primer lugar que las medidas incriminadas tengan una base en Derecho interno, pero se refieren también a la calidad de la Ley en cuestión: exigen la accesibilidad de ésta a las personas implicadas y una formulación lo bastante precisa para permitirles —rodeándose si fuera necesario por asesores experimentados— prever, con un grado razonable en las circunstancias del caso, las consecuencias que podían resultar de un acto determinado. Una Ley que confiere un poder de apreciación no choca en si misma con esta exigencia, a condición de que la extensión y las modalidades de ejercicio de tal poder se encuentren definidas con una nitidez suficiente, con respecto al fin legítimo en juego, para proporcionar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad.» [Tolstoy Miloslavsky contra Reino Unido, de 13 junio de 1995, ap. 37 *(Tol 223895)*]

Por otra parte, no se olvide que el TEDH no se cansa de insistir en que el término «Ley» engloba a la vez la *statute law* y la *common law*; es decir, por ley hay que entender la norma tal y como viene siendo aplicada de una manera constante, pues esa es la ley a la que accede el ciudadano y, por tanto, la única cuyas consecuencias puede prever.

Así lo dijo ya el TEDH en el asunto Kruslin contra Francia (24 abril 1990), donde dejó sentado que:

> 28. Por «ley», en el sentido del artículo 8.2 del Convenio, se entiende el «derecho en vigor en un determinado régimen jurídico», en este caso «el conjunto formado por el derecho escrito» —y «por la jurisprudencia que lo interpreta».(….)
> 29. (…) «corresponde ante todo a las autoridades nacionales» y singularmente «a los jueces y tribunales, la interpretación y la aplicación» del derecho interno (…)
> No se puede prescindir de esta jurisprudencia. El Tribunal, en relación con el apartado 2 del artículo 8 del Convenio y con otros preceptos análogos, ha entendido siempre el término «ley» en su sentido «material» y no «formal», y ha incluido en él, al mismo tiempo, las disposiciones de rango inferior (véase, especialmente, la sentencia De Wilde, Ooms y Versyp de 18 junio 1971, serie A, número 12, pg. 45, ap. 93) y el «derecho no escrito». Ciertamente, las sentencias en los casos Sunday Times, Dudgeon y Chappel se referían al Reino Unido; pero, sería un error exagerar la diferencia entre países de Common Law y continentales», como con razón lo subraya el Gobierno. La ley escrita («statute law») tiene también su importancia en los primeros. Y a la inversa, la jurisprudencia

desempeña tradicionalmente un papel destacado en los segundos, hasta el punto de que todas las ramas del Derecho positivo son resultado, en buena parte, de las resoluciones de los Jueces y Tribunales. Por lo demás, así lo ha tenido en cuenta el Tribunal en más de una ocasión para estos países (véanse, entre otras, las Sentencias Müller y otros de 24 mayo 1988, serie A, núm. 133, pg. 20, ap. 29; Salabiaku de 7 octubre 1988, serie A, núm. 141 pgs. 16 y 17, ap. 29; y Markt Intern Verlag, GmbH y Klaus Beermann, de 20 noviembre 1989, serie A, núm. 165, pgs. 18 y 19, ap. 30). Si el Tribunal hubiera prescindido de la jurisprudencia habría socavado el régimen jurídico de los Estados «continentales» casi tanto como lo habría hecho su fallo en el caso Sunday Times de 26 abril 1979 con el del Reino Unido si hubiera excluido el Common Law del concepto de «ley» (serie A, núm. 30, pg. 30, ap. 47). En un ámbito amparado por el derecho escrito, la «ley» es el texto en vigor tal como los tribunales competentes lo han interpretado teniendo en cuenta, en su caso, la constante evolución jurídica» [idem Kokkinakis contra Grecia (25 mayo 1993), pág. 40 *(Tol 145170)* Cantoni contra Francia 15 noviembre 1996, págs. 29, 30, 31 y 32 *(Tol 182625)*].

A la previsión legal de la limitación debe sumarse la imperiosa necesidad de acordarla, de manera que no pasará el juicio de legitimidad una medida que no pueda ser tenida por necesaria en una sociedad democrática. Tal valoración comporta un doble juicio, referido, de un lado, a la necesidad misma de la limitación para tutelar y, de otro, a la necesidad de la concreta medida empleada para otorgar dicha tutela. Es decir, no basta con clarificar que la limitación atiende a una necesidad social imperiosa, sino que se someterá también a juicio la proporcionalidad estricta, la cual dependerá a) de la severidad y naturaleza de las medidas y b) del consiguiente efecto de desaliento que la misma pudiera producir en el ejercicio del derecho fundamental afectado, lo que en nuestro caso se concretaría en la autocensura que los ciudadanos en general y el propio afectado en particular se impondrían para no entregarse en el futuro a exponer sus críticas políticas por temor a resultar sancionados, lo que tratándose de una sanción penal alcanza particular significación. [Castells c. España, 23 abril 1992 *(Tol 120069)* ap. 46; Lingens c. Austria, 8 julio 1986 *(Tol 216239)*, ap. 44; Barford c. Dinamarca 22 de febrero de 1989 *(Tol 228805)*, ap. 29; Malisiewicz-Gasior contra Polonia, de 6 abril 2006 *(Tol 867751)*, ap. 68. Igor Kabanov contra Rusia. Sentencia de 3 febrero 2011 *(Tol 2643868)*, ap. 57, Lewandowska-Malec contra Polonia. Sentencia de 18 septiembre 2012 *(Tol 2647115)*, ap. 70; en el caso Giniewski contra Francia. Sentencia de 31 enero 2006 *(Tol 802620)* llegó incluso a entender que, pese a la absolución, violaba el art. 10 obligar al condenado civilmente a mencionar en el comunicado de rectificación la existencia del delito de difamación porque su sola mención «tiene un carácter disuasorio cierto y la sanción así impuesta parece desproporcionada, teniendo en cuenta el debate (sc. relativo a las relaciones entre la comunidad católica y el origen del Holocausto) en el que el demandante ha querido legítimamente participar…, ap. 55].

Como no podía ser de otro modo, el TEDH reconoce a los Estados un margen de apreciación para valorar esa necesidad pero ello no obsta a su fiscalización, una operación que el TEDH proyecta tanto sobre la ley como sobre las resoluciones que la aplican, procediendo a un examen directo e inmediato de los hechos enjuiciados por dichas resoluciones. Y justamente es en el filtro acerca de la necesidad concreta donde suelen encallar las resoluciones nacionales sometidas al escrutinio del CEDH porque, como es fácilmente comprensible, el TEDH extrema el rigor al enjuiciar la necesidad del límite cuando éste es de naturaleza penal y, más aún, cuando va referido a la libertad de expresión en materias que afectan al autogobierno de la comunidad.

B) DOS CASOS CÉLEBRES SOBRE EL ALCANCE DE LA CRÍTICA POLÍTICA: LINGENS CONTRA AUSTRIA (1986) Y CASTELLS CONTRA ESPAÑA (1992)

Estos dos casos han de bastar como muestra de la restrictiva posición que al respecto mantiene el TEDH en relación con la limitación de la libertad de expresión política: los Estados

deben ofrecer muy buenas razones para aplicarlo a conductas expresivas que se desenvuelven en el marco de la discusión sobre temas de interés público. En estos casos, es si cabe más clara la insuficiencia de la legitimidad del fin perseguido, pues la razonabilidad del límite dependerá en última instancia de la proporcionalidad del mismo. Con ello, el TEDH lleva a sus últimas consecuencias la idea comúnmente compartida de que la libertad de expresión en tanto que contribuye a la formación de una opinión pública libre es garantía del pluralismo político y, por tanto, pertenece al núcleo duro del sistema democrático, lo que obliga a tomar en singular consideración la condición pública de los implicados, ya sea porque concurre en quien la hace, ya sea porque la reúne aquel en quien recae.

Esto último es lo que ocurría en el caso Lingens contra Austria [8 julio 1986 *(Tol 216239)*]. Se trataba de la demanda interpuesta por Lingens, un periodista austríaco condenado penalmente por difamación tras la publicación de un artículo en prensa sobre Bruno Kreisky, canciller saliente y presidente del Partido Socialista Austríaco, a quien criticaba por las declaraciones hechas al ser preguntado en la televisión sobre las acusaciones del Sr. Wiesenthal, presidente del Centro de Documentación Judío y conocido perseguidor de nazis. Concretamente, Wiesenthal acusó en una entrevista televisada al señor Friedrich Peter, presidente del Partido Liberal de Austria, de haber servido durante la segunda guerra mundial en la 1.ª Brigada de Infantería de las SS. El señor Peter no negó su pertenencia a dicha unidad, pero afirmó que no participó en las atrocidades cometidas por ellas. Al día siguiente, el canciller saliente apoyó con energía al señor Peter, calificando a la organización y a las actividades del señor Wiesenthal de «mafia política» y de «métodos mafiosos». Por lo que a Lingens se refiere mandante publicó dos artículos, en los que sostenía que si bien Peter tenía derecho al beneficio de la presunción de inocencia, sin embargo, su pasado le convertía en inadmisible como político austríaco. Y censuraba la actitud del señor Kreisky, al que criticaba por proteger, por motivos políticos, al señor Peter y a otros antiguos miembros de las SS. Por lo que respecta a las críticas del señor Kreisky contra el señor Wiesentahl, escribía que «si procedieran de cualquier otra persona, se hablaría indudablemente del peor o más odioso oportunismo». El segundo artículo, subrayaba la influencia de las declaraciones del señor Kreisky en la opinión pública. No sólo le criticaba por su apoyo al señor Peter, sino también por su benevolencia hacia antiguos nazis que habían recientemente participado en la vida política austríaca. El autor añadía: «A decir verdad, no se puede criticar el comportamiento del señor Kreisky de forma racional, sino solamente de forma irracional: es inmoral e indigno (…) Y además, superfluo, puesto que los austríacos podían reconciliarse con su pasado sin necesidad de intentar conseguir los favores de los antiguos nazis, reduciendo el problema de los campos de concentración o atacando Wiesenthal cultivando el antisemitismo. Por último, el señor Lingens criticaba a Kreisky por su falta de tacto hacia las víctimas de los nazis y en general criticaba que el pasado de Peter en la SS no fuese objeto de crítica. Lo «monstruoso» no era que Wiesenthal hubiera puesto el asunto sobre la mesa, sino que Kreisky quisiera retirarlo.

La STEDH consideró violado el art. 10 CEDH por entender que la condena fue desproporcionada (ap. 47) ya que:

> 42
> (…) Por consiguiente, los límites de la crítica permitida son más amplios en relación a un político considerado como tal que cuando se trata de un mero particular: el primero, a diferencia del segundo, se expone, inevitable y deliberadamente, a una fiscalización atenta de sus actos y gestos, tanto por los periodistas como por la multitud de ciudadanos, y por ello tiene que mostrarse más tolerante. Ciertamente, el artículo 10.2 permite proteger la reputación ajena, es decir, la de todos. El político disfruta también de esta protección, incluso cuando no actúa en el marco de su vida privada, pero en este caso las exigencias de esta protección deben equilibrarse con los intereses de la libre discusión de las cuestiones políticas.
> 43
> El demandante fue condenado por haber empleado algunas expresiones («oportunismo odioso», «in-

moral», «indigno») en relación al señor Kreisky, (…) Se trataba en los artículos de cuestiones políticas de interés público para Austria, que habían suscitado numerosas y apasionadas discusiones sobre la actitud de los austríacos en general, y del Canciller en particular, frente al nacional-socialismo y la participación de los antiguos nazis en el gobierno del país. Su contenido y su tono eran, en conjunto, bastante equilibrados, pero el empleo especialmente de los términos antes citados parecía capaz de perjudicar al buen nombre del señor Kreisky.

No obstante, al tratarse del señor Kreisky en su condición de político, hay que tener en cuenta las circunstancias en que se escribieron estos artículos. Pues bien, se publicaron poco después de las elecciones generales de octubre de 1975. Con anterioridad, muchos austríacos creían que el partido del señor Kreisky perdería la mayoría absoluta y se vería obligado, para gobernar, a coaligarse con el partido del señor Peter. Cuando después de las elecciones el señor Wisenthal se refirió al pasado nazi del señor Peter, el Canciller defendió a éste y atacó a su detractor, calificando sus actividades como «métodos mafiosos», y de ahí vino la enérgica reacción del señor Lingens

Las expresiones impugnadas tenían, por tanto, como fondo una discusión política posterior a las elecciones, y como lo comprobó el Tribunal regional de Viena en su fallo de 26 de marzo de 1979), en esta lucha se utilizaban las armas de que se disponía, las cuales no eran raras en los duros combates de la vida política.

No hay que perder de vista estas circunstancias al considerar en el ámbito del Convenio la pena que se impuso al demandante y los fundamentos de lo fallado por los tribunales internos.

44

En última instancia, el Tribunal de Apelación de Viena condenó al señor Lingens a una multa y ordenó, además, el secuestro de los números en cuestión de la revista Profil y la publicación de la sentencia

Como el Gobierno pone de manifiesto, los artículos impugnados ya se habían difundido mucho. Por tanto, aunque la sanción que afectó a su autor no le impidió, hablando con propiedad, expresar su opinión, constituyó una especie de censura para estimularle a no entregarse en el futuro a críticas de esta naturaleza, y así lo ha puntualizado debidamente el Delegado de la comisión. En el ámbito del debate político, una condena así amenaza disuadir a los periodistas de participar en la discusión pública de cuestiones que interesan a la vida de la sociedad. Por sí misma puede dificultar el cumplimiento de la misión informativa y fiscalizadora de la prensa

En el asunto Castells contra España [23 abril 1992 *(Tol 120069)*] lo enjuiciado era la condena a Miguel Castells, senador de HB que publicó en «Revista Punto y Hora de Euskalherria» un artículo titulado «Insultante impunidad». En dicho artículo venía a atribuir la autoría moral de crímenes fascistas al gobierno de Unión de Centro Democrático («detrás de estas acciones sólo puede estar el Gobierno, el partido del gobierno y sus efectivos»). La STS de 31 octubre de 1983 le condenó por un delito de injurias graves sin permitirle hacer uso de la *exceptio veritatis*, que no era admitida por la ley cuando de injurias al Gobierno se trataba. La STC 51/85 confirmó el fallo sin tomar en consideración la posible veracidad subjetiva y, además, estimando que la inadmisión de la *exceptio* era cuestión de legalidad ordinaria. El TEDH, por su parte, resolvió estimando vulnerado el art. 10 por la inadmisión de la *exceptio*, lo que, a mi juicio, es un mal modo de resolverlo. Pero lo importante es su insistencia en señalar que el debate político es el escenario por antonomasia de la libertad de expresión y que ello tiene particular significación cuando es un político quien la ejerce.

42 (…)

Preciosa para todos, la libertad de expresión lo es muy particularmente para un cargo elegido por el pueblo; él representa a sus electores, da a conocer sus preocupaciones y defiende sus intereses. Por lo tanto, las injerencias en la libertad de expresión de un parlamentario de la oposición, como el demandante, impone al Tribunal llevar a cabo un control más estricto.

43

Sin duda, el señor Castells no se pronunció, en el caso de autos, en la tribuna del Senado, como podía haberlo hecho sin riesgo de sanción, sino en un periódico. Por ello no perdía el derecho a criticar al gobierno.

(…)

La libertad de prensa proporciona a los ciudadanos uno de los mejores medios para conocer y juzgar las ideas y actitudes de sus dirigentes. Da a los políticos, en particular, la ocasión de reflejar y comentar las preocupaciones de la opinión pública. Permite a todos participar en el libre juego del debate político, que se encuentra en el corazón mismo de la noción de sociedad democrática (Sentencia Lingens contra Austria, de 8 de julio de 1986, apartado 42).

46
(…)
Los límites de la crítica admisible son más amplios con respecto al gobierno que a un simple particular, o incluso a un político. En un sistema democrático, sus acciones u omisiones deben estar puestas bajo el control atento, no sólo de los poderes legislativo y judicial, sino también del de la prensa y de la opinión pública. Además, la posición dominante que ocupa le impone mostrar moderación en la utilización de la vía penal, sobre todo si tiene otros medios para responder a los ataques y críticas injustificados de sus adversarios o de los medios de comunicación. Lo cual no quiere decir que no sea lícito que las autoridades competentes del Estado adopten, en su condición de garantes del orden público, medidas, incluso penales, destinadas a reaccionar de manera adecuada y no excesiva ante imputaciones difamatorias desprovistas de fundamento o formuladas de mala fe.

En similar sentido se ha pronunciado en otros fallos posteriores de los que me limito a dejar constancia [vg. SSTEDH Oberschlick contra Austria, 1 julio 1997 *(Tol 315367)*; Partido Socialista contra Turquía, 25 de mayo 1998 *(Tol 217854)*; Partido Comunista Unificado de Turquia y otros contra Turquía, 30 enero 1998 *(Tol 220353)*, Incal contra Turquía, 25 mayo 1998 *(Tol 217854)*; Jerusalem contra Austria, 27 febrero 2001 *(Tol 296699)*, Malisiewicz-Gasior contra Polonia, 6 abril 2006 *(Tol 867751)*; Conceicao Letria contra Portugal, 12 abril 2011 *(Tol 2646979)*].

3. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA V. LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH. LA EQUIVALENCIA DE POSICIONES

A) EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

A los efectos que aquí interesan es suficiente con repasar someramente la doctrina del TC acerca de los límites constitucionales a la libertad de expresión para advertir que su evolución es en gran medida tributaria de la jurisprudencia del TEDH y que hoy ya podemos hablar de un sólido cuerpo jurisprudencial que, en líneas generales, resulta técnicamente intachable como consecuencia de haber triunfado un planteamiento metodológico que no incurre en ninguno de los defectos achacables a los utilizados en etapas precedentes como forma de solventar lo que se consideraba un «conflicto» de derechos. Ello no obsta a reconocer que esa evolución no está definitivamente asentada, lo que explica los vaivenes jurisprudenciales que se producen en los casos difíciles.

Dicha evolución podría concretarse en tres grandes etapas: 1) Una primera etapa marcada por la prevalencia de los límites; 2) Una segunda etapa nucleada en torno al carácter preferente de la libertad de expresión y al recurso a la ponderación como técnica de resolución de conflictos, y 3) Una última en la que lo que se persigue es resolver tales conflictos a través de la delimitación constitucional de los derechos fundamentales afectados. Naturalmente, tal división, como cualquier pretensión de fraccionar un fenómeno progresivo, es perfectamente discutible, pero, en todo caso, lo que ahora interesa resaltar es el salto cualitativo que la tercera de aquellas etapas representa

a) Primera fase

Como decía, la primera fase se caracterizó por una lectura formalista y puramente gramatical del art. 20.4 por cuya virtud siempre prevalecía el derecho honor, y hoy puede estimarse definitivamente enterrada, por lo que no merece mayor atención.

b) Segunda fase

La segunda fase, que podemos llamar «de la ponderación», partía de extrapolar de modo discutible la doctrina constitucional norteamericana de la *«preferred position»*, en virtud de la cual se otorga a la libertad de expresión, por su valor institucional, un carácter preferente que, de algún modo, la sitúa por encima del resto de los derechos fundamentales. Sin embargo, el TC se cuidaba de precisar que tal valor preferente no podía configurarse como

absoluto por lo que allí donde surja un conflicto entre la libertad de expresión y otros derechos o intereses constitucionales, deberá procederse por el Juez a la ponderación como instrumento de solución del mismo. Ese modo de proceder suponía elevar la ponderación a la categoría de criterio metodológico para la determinación del *contenido* de los derechos, lo que, como con singular precisión se decía en el informe del CGPJ al Anteproyecto de CP de 1992, planteaba, entre otros, los siguientes problemas:

a) Establecía por vía judicial un rango entre derechos fundamentales pese a que eso es algo que sólo el constituyente pudo hacer pero que, sin embargo, no hizo.

b) El recurso a la ponderación judicial degrada la potestad legislativa del Parlamento, que es a quien, de acuerdo con la Constitución, le corresponde en exclusiva dictar las reglas para solventar tales conflictos, respetando en todo caso el límite que representa el contenido esencial. Por tanto, si el juez estima que la limitación legislativa de un derecho no respeta su contenido esencial o conduce a un sacrificio manifiestamente desproporcionado del mismo, debe abstenerse de ponderación alguna y dirigirse planteando la cuestión al TC, único juez de la constitucionalidad.

c) El recurso a la ponderación como criterio del que depende, ni más ni menos, que la determinación del *contenido* mismo de los derechos conduce, en suma, a la absoluta inseguridad ya que, a la postre, la decisión acerca de si se ha ejercido o no un derecho fundamental dependerá de las ideas valorativas de cada juez en cada caso concreto.

De entre tales defectos, y por lo que luego veremos, me interesa ahora resaltar el tercero de ellos: el método en cuestión desconoce que los derechos tienen un contenido previo e intangible que tanto el juez como el legislador deben respetar. Si eso se ignora, resulta que la ponderación precede a la delimitación del contenido esencial del derecho y, por tanto, permite recortar el mismo aplicando criterios de proporcionalidad al derecho limitado, en nuestro caso, a la libertad de expresión. Es este, como expondré con más detalle al hilo del caso Otegi, un procedimiento diametralmente opuesto al que sigue el TEDH al enjuiciar la limitación del derecho, pues, como sabemos, lo que hace el TEDH es someter a juicio la proporcionalidad del límite y no la del derecho limitado.

c) Tercera fase

La tercera fase en la evolución de la jurisprudencia constitucional se caracteriza por el hecho de sustituir la idea de conflicto de derechos por la de respectiva delimitación de contenidos. Paulatinamente el TC toma conciencia de que no estamos ante una cuestión de jerarquía o de ponderación sino de interpretación unitaria y sistemática de la Constitución (CE). El respectivo contenido de los derechos está fijado en la CE y es al TC a quien corresponde la tarea de hacer explícito cuál sea ese contenido partiendo de sus límites lógicos o, si se quiere, conceptuales y atendiendo, seguidamente, a los que resultan de su inserción en un sistema que, para seguir siendo tal, recaba la necesidad de articular tales derechos de manera que todos puedan coexistir. En esa dirección, el art. 20. 1 CE nos ofrece algunas pautas explícitas y otras implícitas. Entre los criterios que nos ofrece de manera explícita encontramos, en términos positivos, la definición de las conductas: expresión y difusión de pensamientos, ideas y opiniones, en el caso de la libertad de expresión, y la comunicación o recepción de información, en el caso del derecho a la información. De igual modo, de la Constitución se extrae que la información inveraz (que no verdadera) no está constitucionalmente protegida. Junto a estos criterios explícitos es posible encontrar otros tácitos que se infieren de su propio fundamento y que, por ejemplo, permite sostener, sin más, que, como muy bien dice el ATC 40/2006, queda fuera del

ámbito constitucionalmente protegido la conducta del letrado que pretende mostrar su discrepancia con la decisión judicial arrojando su carnet profesional con malos modos sobre la mesa del tribunal y manifestando a gritos que «esto no es justicia». Junto a esa delimitación, se impone la que resulta de la inserción del derecho en la CE y, en consecuencia, obliga a articular el respectivo contenido de cada uno, imponiendo limitaciones a conductas que prima facie entran dentro de lo que constituye el ámbito general de las libertades de expresión o información. Abordar esa tarea no es fácil, por cuanto, de un lado, no es posible realizarla con carácter general sino caso por caso y por referencia específica a esos otros derechos o intereses y, de otro, no es un proceso de fijación del sentido estático, sino dinámico, pues no es factible sustraerla enteramente al momento histórico en que se inserta. Con todo, bien puede decirse que esa es una labor que, a diferencia de lo que sucede en otros casos, está singularmente desarrollada en lo que afecta a la delimitación entre la libertad de expresión y el derecho al honor. En tal sentido, es de común conocimiento que nuestro TC, partiendo (STC 104/1986) de la distinción entre libertad de expresión/derecho a la información (una distinción de la que el TEDH también se sirve aunque no la reproduzca de manera tan tajante) estima que:

a) El contenido propio de la libertad de expresión son los juicios de valor, esto es, la expresión de pensamientos ideas y opiniones, sin que, por su propia naturaleza, puedan someterse al requisito de la veracidad. Su límites son la injuria absoluta, la humillación innecesaria, en fin, la ofensa impertinente para expresar la opinión (STC 105/1990, 177/95 como simple muestra de una jurisprudencia absolutamente consolidada, acorde con lo dicho por TEDH en innumerables sentencias, entre las últimas Palomo Sánchez y otros contra España Gran Sala (12 septiembre 2011).

b) Por lo que al derecho de información respecta es claro que su contenido son los hechos y sus límites vienen representados por la inveracidad subjetiva (conocimiento de la falsedad o manifiesto desprecio hacia la verdad) y/o la falta de relevancia pública de los mismos. Por tanto, pertenece al núcleo intangible del derecho a transmitir (y recibir) información la divulgación de hechos con relevancia pública que el sujeto haya tenido razonablemente por veraces, sean o no objetivamente verdaderos. (SSTC 6/1988, 107/1988, 28/1996, STC 123/1993, 21/2000 29/2009, 50/2010, entre otras muchas)

c) Ya se trate de juicios de valor, ya de hechos el TC es extremadamente cuidadoso al delimitar el contenido constitucional de la libertad de expresión en el ámbito del debate político. Por ello, amplia el límite de la crítica tratándose de juicios de valor y refuerza la relevancia pública de la información, tratándose de hechos relativos al autogobierno de la sociedad, pues el derecho a la información alcanza en relación con ellos su máxima expresión legitimadora, en cuanto que su vida y conducta participan del interés general en mayor medida.

Es a la vista de esa delimitación del contenido del derecho que debe enjuiciarse si la conducta puede o no ser objeto de sanción, consecuencia que debe excluirse en todo caso cuando ésta se sitúe inequívocamente en el ámbito del contenido intangible del derecho. Como dice la STC 185/2003, de 27 de octubre

> *«el instrumento penal sólo será constitucionalmente lícito cuando (…) pueda afirmarse que estamos sólo frente a un aparente ejercicio de un derecho fundamental y que la conducta enjuiciada, por su contenido, por la finalidad a la que se orienta o por los medios empleados, desnaturaliza el ejercicio del derecho y se sitúa objetivamente, al margen del contenido propio del mismo y, por ello, en su caso, en el ámbito de lo potencialmente punible»(FJ 5º).*

De no ser así, esto es, si la conducta está dentro de la delimitación constitucional del contenido del derecho, lo que procederá es

aplicar al caso la eximente de ejercicio legítimo de un derecho. El juez ordinario debe respetar la delimitación que del derecho afectado ha realizado el máximo intérprete del texto constitucional, sin que pueda ampararse en ponderación alguna para desatender los cánones de constitucionalidad conforme a los cuales debe determinarse si la conducta es o no legítimo ejercicio de la libertad en cuestión. Ello entraña, como tantas veces ha dicho el TC, que el Juez penal debe examinar, como cuestión previa a la aplicación de cualquier tipo penal que afecte a la libertad de expresión, si los hechos han de encuadrarse dentro del ejercicio del derecho fundamental, ya que, de llegar a esa conclusión, la acción penal no podría prosperar, puesto que dichas libertades operarían como «causas excluyentes de la antijuridicidad de la conducta» (SSTC 232/1998, FJ 5; 2/2001, F. 5, 108/2008, FJ 3, de singular interés STC 235/2007, que resuelve las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en relación con el art. 607.2 CP)

B) LA PROPORCIONALIDAD DE LA LIMITACIÓN COMO CRITERIO DE CIERRE

Ahora bien, lo anterior no basta, pues, como especialmente en la última década se ha encargado de precisar el TC, la ilegitimidad de una limitación se produce no sólo cuando se invade el contenido esencial del derecho sino también cuando se reacciona desproporcionadamente ante un acto de expresión, aunque éste no resulte prima facie protegido. Como dice muy claramente la STC 110/2000, de 5 de mayo el derecho puede infringirse al desconocer el contenido del mismo —cuestión que, como vimos, hay que analizar con carácter previo a cualquier otra eventual lesión—, pero también puede resultar de la vulneración de las exigencias de la prohibición de exceso, esto es, la que deriva de una reacción desproporcionada frente al acto de expresión ilícito, por cuanto ello puede provocar un efecto de desaliento en el ejercicio legítimo de aquél incompatible con su reconocimiento constitucional (FJ 5º). En esa y en otras muchas resoluciones (vg. SSTC 190/1996, FJ 3; 37/1998, FJ 8, in fine; 136/1999, FJ 29, c;, FJ 4, 127/2004, FJ 4; 278/2005, FJ 3; 299/2006, FJ 4; 108/2008, FJ 6 in fine, entre otras; asimismo, votos particulares SSTC 78/1995; 79/1995 y 46/1998) el TC ha integrado el efecto de desaliento en la estructura argumental del principio de prohibición de exceso y, en su virtud, lo ha incorporado al enjuiciamiento de las restricciones penales impuestas a las libertades de expresión e información como criterio decisivo para enjuiciar la proporcionalidad de la reacción. Aunque en otro lugar me he ocupado extensamente del tema, aquí debo contentarme con señalar que esa exigencia constitucional obliga al legislador y al juez a tomar conciencia de la diferencia que existe entre el exceso en el ejercicio de un derecho y la relevancia penal —en el sí o en el cuánto— del exceso. Por lo que al legislador afecta, ello debiera llevarle a renunciar a la sanción penal ante conductas levemente ofensivas y/o muy cercanas al legítimo ejercicio del derecho fundamental. Por lo que al juez respecta, ante un acto comunicativo cercano al legítimo ejercicio de la libertad de expresión no debe olvidar que las exigencias derivadas del principio de legalidad devienen aún más reforzadas por su conexión con el derecho fundamental, lo que proscribe la interpretación extensiva —no ya analógica— de la norma penal y, por lo mismo, se robustece la proyección de la proporcionalidad en la interpretación y aplicación de los tipos. En suma, la proscripción del desaliento, en tanto que componente de la proporcionalidad de la reacción es un límite constitucional esencial que el art. 20 CE impone, no sólo a la actividad judicial, sino también a la actividad legislativa, límite que se inserta en el proceso de justificación del castigo y que en un Estado democrático obliga a excluir al derecho penal como factor de desánimo del ejercicio de derechos fundamentales.

Con todo ello, el TC se sitúa en la misma línea que el TEDH, cuyo análisis de la proporcionalidad de la reacción se proyecta, como vimos, sobre el medio empleado para limitar

el derecho, lo que, tratándose de una sanción penal obliga a tomar en consideración el inherente factor de desánimo que acompaña a la posible imposición de una pena.

C) RECAPITULACIÓN

Lo hasta aquí expuesto es una sumarísima visión de cuanto ha dicho el TC y, de hecho, detrás de esa simplificación laten cuestiones de gran enjundia que aquí ni siquiera han sido objeto de mención. Aún así, lo expuesto es suficiente para constatar que la doctrina «oficial» de nuestro TC no difiere en absoluto de la que el TEDH mantiene. Al margen de las diferentes estructuras argumentativas, ambos tribunales comparten la conclusión de que el derecho a la libertad de expresión se vulnera no sólo cuando se invade el contenido constitucional del derecho, sino también cuando se reacciona desproporcionadamente frente al acto comunicativo ilícito, por cuanto ello puede provocar un efecto de desaliento en el ejercicio legítimo de aquél incompatible con la efectividad del derecho.

En definitiva, tanto el TC como el TEDH reconocen que el ámbito de lo potencialmente punible —es decir, el que no pertenece al contenido esencial de la libertad de expresión— no es, en modo alguno, un ámbito exento. El juicio sobre la «necesidad social imperiosa», en la terminología del TEDH o sobre la proporcionalidad de la reacción, en la terminología del TC, se proyecta sobre el medio empleado para limitarla, lo que, cuando se trata de una sanción penal, conduce, en recta aplicación de sus respectivas —y análogas— doctrinas a excluir de la órbita de los tipos cualquier acto comunicativo levemente ofensivo y/o muy cercano al legítimo ejercicio del derecho fundamental.

4. DISCREPANCIAS EN EL CASO CONCRETO: EL ASUNTO OTEGI CONTRA ESPAÑA

En el asunto Otegi contra España [STEDH 15 marzo 2011 *(Tol 2649554, 2053610 y 2643942)*] nuestro país resultó condenado por haber vulnerado la libertad de expresión del demandante. La condena a España en ese caso no es algo que pudiera sorprender a la vista de la jurisprudencia del TEDH. Si algo sorprende es el hecho de que Otegi fuera condenado pese a que desde nuestra propia doctrina constitucional no era eso lo previsible. Este parecía claramente uno de esos supuestos en que la sanción penal constituía una reacción desproporcionada frente a un acto de expresión. El análisis del caso habrá de servirnos para constatar que, como avancé, la condena trae causa del hecho de que tanto el TS como el TC dejaran de aplicar al caso su propio cuerpo doctrinal acerca de los límites constitucionales de la libertad de expresión.

A) ANTECEDENTES

Otegi, miembro del Parlamento Vasco, en su condición de portavoz del grupo parlamentario Sozialista Abertzaleak, el día 26 de febrero de 2003, con ocasión del cierre del diario Egunkaria y la detención por orden judicial de determinadas personas vinculadas al mismo, alguna de las cuales habían denunciado públicamente haber sido objeto de torturas por parte de miembros de la Guardia Civil, ofreció una rueda de prensa en San Sebastián. Dicho acto coincidió con la visita que ese mismo día habían realizado SS.MM. los Reyes de España a esta Comunidad Autónoma con la finalidad de inaugurar un proyecto energético acompañados por el Lehendakari. En la rueda de prensa, difundida al día siguiente por diversos medios de comunicación tanto nacionales como autonómicos, Otegi hizo, entre otras, las siguientes manifestaciones:

> *«¿Cómo es posible que se fotografíen (sc el Lehendakari) hoy en día en Bilbao con el Rey español, cuando el Rey español es el jefe máximo del Ejército español, es decir, el responsable de los torturadores y que ampara la tortura y que impone su régimen monárquico a nuestro pueblo mediante la tortura y la violencia?».*

A raíz de tales declaraciones se incoo procedimiento penal por un presunto delito de

injurias a la Corona previsto en el art. 490.3 CP, que castiga al que «calumniare o injuriare al Rey (…) en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de éstas con la pena de prisión de seis meses a dos años si la calumnia o la injuria fueran graves, y con la multa de seis a doce meses si no lo son».

El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJ) mediante sentencia de 18 marzo de 2005 *(Tol 787761)* absolvió al acusado por estimar que:

> *«las declaraciones (…) se realizaron en un ámbito que puede sin dificultad considerarse de carácter público —político e institucional—, no sólo en razón de la condición del sujeto agente —Parlamentario del Parlamento Vasco—, sino también de la autoridad a la que se dirige, coincidente con la más Alta Magistratura del Estado, y en el marco en el que se desenvuelve, que es el de la crítica política al Lehendakari por su formal hospitalidad en el recibimiento ofrecido a S.M. el Rey, D. Juan Carlos I., en las circunstancias que refiere de cierre de la revista Egunkaria y detención de sus responsables, además de la denuncia de malos tratos hecha pública por aquéllos, y por tanto, ajeno al núcleo último de la dignidad de las personas, que el ordenamiento jurídico sustrae a toda injerencia de parte de terceros» (FJ 2º)*

Interpuesto recurso de casación, la STS 1284/2005, de 31 de octubre *(Tol 738508)* condenó a Otegi a un año de prisión.

> *TERCERO.- Aplicando la doctrina jurisprudencial que se ha dejado mencionada al caso que examinamos, aparece como cuestión esencial determinar si el ejercicio de la libertad reconocido en el art. 20 CE cumple con las exigencias del principio de proporcionalidad y si se manifiesta o no constitucionalmente legítimo.*
> *Las frases proferidas por el acusado, y que se recogen en los hechos que se declaran probados, constituyen juicios de valor y, por esto mismo, se inscriben en la libertad de expresión, al tratarse de la formulación de opiniones y creencias personales, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, por lo que dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas que resulten innecesarias para la exposición de las mismas, sin que opere el límite interno de veracidad, a diferencia de lo que ocurre con los hechos (Cfr. SSTC 107/1998 y 101/1990).*
> *El acusado opina que SM el Rey es «el responsable de los torturadores y que ampara la tortura y que impone su régimen monárquico a nuestro pueblo mediante la tortura y la violencia» y estas frases, que el propio Tribunal de instancia califica de ofensivas, impropias, injustas y oprobiosas, expresan un evidente menosprecio a SM el Rey y a la institución que encarna en su persona, afectando al núcleo último de su dignidad, en cuanto le está atribuyendo una de las manifestaciones delictivas más grave en un Estado de Derecho y, por consiguiente, ultrajantes y claramente atentatorios para la honorabilidad, por lo que, en este caso, el ejercicio del derecho fundamental de la libertad de expresión resulta, con toda evidencia, contrario al principio de proporcionalidad y, por lo tanto, absolutamente innecesario, superándose con mucho lo que pudieran considerarse críticas hirientes, molestas o desabridas.*
> *Tan graves, injustificadas y desproporcionadas frases, en modo alguno pueden verse atemperadas por el contexto en el que se dicen pronunciadas, —no hay que olvidar, como consta en al folio 225 de las actuaciones, que las denuncias por presuntas torturas fueron archivadas y sobreseídas, al no deducirse de las pruebas practicadas, incluido informe médico, la existencia de indicios de la comisión por parte de la Guardia Civil de torturas, ni que fueran sometidos a prácticas vejatorias ni degradantes—, ni por la afirmación de que estaban dirigidas al Lehendakari y no al Rey, ya que de la lectura de lo que se declara probado se infiere todo lo contrario, ni como reacción a un debate o contienda política que indudablemente no existió con SM el Rey.*
> *Por todo lo que se deja expresado, las frases pronunciadas por el acusado en modo alguno están justificadas por el legítimo ejercicio del derecho de libertad de expresión.*
> *CUARTO.- Ante la ausencia del legítimo ejercicio de la libertad de expresión, procede examinar si, en el presente caso, se dan los elementos de tipicidad y de ilicitud penal del delito previsto en el art. 490. 3CP*
> *El artículo 208 del mismo texto legal define la injuria como la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. Es de reiterar lo que se ha dejado mencionado con anterioridad para rechazar el invocado ejercicio de la libertad de expresión. Como antes se dijo, las manifestaciones del acusado expresan un evidente menosprecio a SM el Rey y a la institución que encarna en su persona, afectando al núcleo último de su dignidad, en cuanto le está atribuyendo una de las manifestaciones delictivas más grave en un Estado de Derecho y, por consiguiente, ultrajantes y claramente atentatorios para la honorabilidad. No plantea, pues, cuestión que dichas manifestaciones reúnen los elementos objetivos para considerarlas gravemente injuriosas y proferidas contra*

SM el Rey con ocasión de encontrarse en el ejercicio de sus funciones.
El elemento subjetivo exigible en los delitos contra el honor, como todos los componentes anímicos que mueven la voluntad de una persona, no puede ser establecido de una manera directa sino que habrá que deducirlo del contenido, ocasión y circunstancias de las expresiones proferidas o acciones ejecutadas. De la lectura del hecho probado se desprende que las frases proferidas contienen expresiones que, por su propio sentido gramatical, son tan claramente ultrajantes e insultantes que el ánimo específico se encuentra ínsito en ellos, poniéndose al descubierto por su simple manifestación. No se puede olvidar que propio Tribunal de instancia, entre otras calificaciones, las considera ofensivas y oprobiosas.
Así las cosas, concurren cuantos elementos objetivos y subjetivos caracterizan el delito de injurias graves a SM el Rey, previsto y penado en el artículo 490.3 del Código Penal, por lo que procede la estimación del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal».

Interpuesto recurso de amparo ante el TC, el ATC 213/2006, de 3 de julio lo inadmitió por falta de contenido constitucional, al entender que

«el órgano judicial ha aplicado al caso nuestra consolidada doctrina sobre la cuestión», (ya que) «las afirmaciones efectuadas por quien aquí acude en amparo referidas a la persona del Rey superan de manera patente, por su notorio carácter infamante, el nivel de lo lícito, pues, como afirma la sentencia del Tribunal Supremo aquí impugnada, expresan un evidente menosprecio a SM el Rey y a la institución que encarna su persona afectando al núcleo último de su dignidad, por lo que manifiestamente no pueden considerarse amparadas por el ejercicio del derecho a la libertad de expresión» (FJ 6)

B) LA STEDH CASO OTEGI MONDRAGÓN CONTRA ESPAÑA DE 15 DE MARZO DE 2011

La sección tercera del TEDH aborda el asunto siguiendo su tradicional esquema: previsión legal, persecución de un fin legítimo y necesidad de la limitación en una sociedad democrática.

Ningún problema le suscita el primero de ellos, puesto que la injerencia está prevista en el art. 490.3 del CP, sin que considere oportuno examinar en este ámbito —sino más bien en el de la necesidad— la pertinencia y suficiencia de los motivos invocados por la jurisdicción nacional para justificar la limitación (ap. 45 y 46). El TEDH reconoce también que se perseguía un fin legítimo: la protección de la reputación del Rey de España (ap. 47), si bien en otro lugar recuerda que «el Tribunal ya ha declarado que una protección ampliada en materia de ofensas mediante una ley especial no es conforme, en principio, con el espíritu del Convenio» (ap. 55).

La cuestión radica, pues, en si la limitación responde a «una necesidad social imperiosa», para cuyo enjuiciamiento el TEDH «deberá de considerar la injerencia enjuiciada a la luz del conjunto del asunto para determinar si «guardaba proporción con el fin legítimo perseguido», y si los motivos invocados por las autoridades internas para justificarla parecen «pertinentes y suficientes» (ap. 49). A tal efecto, la argumentación gira, como es lógico, alrededor de las tres notas siguientes: a) estamos en el ámbito de la expresión política; b) quien se expresa es un político y lo hace en esa condición; c) la crítica va referida a un político y en relación a su vida pública. A partir de ahí, el TEDH se limita a aplicar al caso su tradicional doctrina, sentada en resoluciones ya mencionadas de las que, por razones obvias, quiero recordar el caso Castells contra España. En su virtud, y por referencia a cada uno de los tres aspectos mencionados afirma:

A) «El artículo 10.2 no deja lugar a restricciones a la libertad de expresión en el ámbito del discurso y el debate político —en el que la libertad de expresión reviste la mayor importancia— o el de las cuestiones de interés general (ap. 50) (…) Las frases pronunciadas por el demandante aludían a una cuestión de interés en el País Vasco, el recibimiento que el jefe del Ejecutivo vasco había reservado al Rey de España en su visita oficial al País Vasco, el 26 de febrero de 2003, en el contexto del cierre del diario en lengua vasca Egunkaria y la detención de sus responsables unos días antes, así como de la denuncia por malos tratos hecha pública por estos últimos. Las declaraciones del demandante se inscribían así en el ámbito de un debate sobre cuestiones de interés general. En consecuencia, el margen de apreciación de que disponían las autoridades para juzgar la «necesidad» de la sanción pronunciada contra el demandante estaba particularmente restringido» (ap. 51)

B) «Preciosa para cada persona, la libertad de expresión lo es muy especialmente para un cargo elegido por el pueblo; él representa a sus electores, da a conocer sus preocupaciones y defiende sus intereses. Por lo tanto, las injerencias en la libertad de expresión de un parlamentario exigen que el Tribunal lleve a cabo uno de los controles más estrictos «(ap. 50)
C) «Asimismo, los límites de la crítica admisible son más amplios respecto a un político, al que se alude en condición de tal, que para un particular: a diferencia del segundo, el primero se expone inevitablemente a un control minucioso de sus hechos y actitudes, tanto por los periodistas como por las masas; por consiguiente, deberá mostrar mayor tolerancia,. (…) Ciertamente, tiene derecho a que se proteja su reputación, incluso fuera del ámbito de su vida privada, pero los imperativos de tal protección deben ponderarse con los intereses del libre debate de las cuestiones políticas, dado que las excepciones a la libertad de expresión requieren una interpretación estricta (ap. 50) (…) «el hecho de que la persona del Rey no esté «sujeta a responsabilidad» en virtud de la Constitución española, concretamente en el ámbito penal, no impide de por sí el libre debate sobre su eventual responsabilidad institucional, incluso simbólica, en la jefatura del Estado, dentro de los límites del respeto de su reputación como persona (ap. 56) (…) A este respecto, el Tribunal considera que, en el presente caso, las declaraciones en litigio no cuestionaban la vida privada del monarca (…) El Tribunal señala, por otra parte, que tales declaraciones tampoco cuestionaban la manera en la que el Rey desempeñaba sus funciones oficiales en un ámbito concreto, ni le atribuían ninguna responsabilidad individual en la comisión de un delito concreto. Las expresiones empleadas por el demandante se referían únicamente a la responsabilidad institucional del Rey como jefe y símbolo del aparato del Estado y de las fuerzas que, según las declaraciones del demandante, habían torturado a los responsables del periódico Egunkaria (ap. 57).

Esos son los argumentos con los que procede enjuiciar la restricción impuesta y el TEDH lo hace desde una doble perspectiva: en primer lugar, analiza si el acto comunicativo pertenece o no al ámbito del derecho reconocido en el art. 10 CEDH; en segundo lugar, recurre con carácter subsidiario a la proporcionalidad del medio empleado para limitar un eventual exceso en el ejercicio de la libertad de expresión.

Para abordar la primera cuestión parte de aceptar la calificación que el TS hiciera de lo expresado como juicio de valor y le aplica los parámetros de delimitación del derecho que ya conocemos. El TS concluyó que lo afirmado constituía una injuria absoluta que, por ende, situaba el acto de expresión al margen del derecho en cuestión. El TEDH, sin embargo, llega a la conclusión contraria:

53. «En el presente caso, el Tribunal señala que el Tribunal Supremo afirmó en su sentencia que las frases en litigio eran juicios de valor y no imputaciones de hechos. Sin embargo, consideró que el contexto en el que habían sido formuladas no justificaba su gravedad, habida cuenta del hecho de que las denuncias por presuntas torturas de los responsables del diario Egunkaria habían sido archivadas y sobreseídas por falta de pruebas. El Tribunal señala que las declaraciones del demandante tenían un nexo suficiente con las acusaciones de malos tratos, hechas públicas por el director del diario Egunkaria cuando fue puesto en libertad. Asimismo, señala, que se podía entender que las expresiones empleadas por el demandante se inscribían en el ámbito de un debate político más amplio sobre la eventual responsabilidad de las fuerzas de seguridad del Estado en algunos casos de malos tratos»
54. «Al examinar las declaraciones en sí mismas, el Tribunal reconoce que el lenguaje utilizado por el demandante se haya podido considerar provocador. Sin embargo, si bien es cierto que toda persona que participa en un debate público de interés general, como el demandante en este caso, está obligada a no sobrepasar ciertos límites en relación, concretamente, con el respeto de la reputación y los derechos ajenos, sí le está permitido recurrir a cierta dosis de exageración, incluso de provocación, es decir, ser algo inmoderada en sus declaraciones (…). El Tribunal señala que aunque algunos de los términos del discurso del demandante pintan uno de los cuadros más negativos del Rey como institución, adquiriendo así una connotación hostil, no exhortan al uso de la violencia ni se trata de un discurso de odio, lo que a juicio del Tribunal es el elemento esencial a considerar»
56. (…) «El Tribunal ha de destacar que es precisamente cuando se presentan ideas que hieren, ofenden y se oponen al orden establecido, cuando más preciosa es la libertad de expresión (…)
57. [Coincide con] «el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco [en que] las declaraciones del demandante se realizaron en un ámbito de carácter público y político, ajeno al «núcleo último de la dignidad de las personas» (…) El Tribunal señala, por otra parte, que tales declaraciones tampoco cuestionaban la manera en la que el Rey desempeñaba sus funciones oficiales en un ámbito concreto, ni le atribuían ninguna responsabilidad individual en la comisión de un delito concreto. Las expre-

siones empleadas por el demandante se referían únicamente a la responsabilidad institucional del Rey como jefe y símbolo del aparato del Estado y de las fuerzas que, según las declaraciones del demandante, habían torturado a los responsables del periódico Egunkaria».

Como vemos, el TEDH estima que las declaraciones de Otegi no afectaban al núcleo de la dignidad del monarca atendido en contenido de las mismas y el contexto en que se produjeron. Con ello, hubiera bastado para estimar vulnerado el art. 10 CEDH. Pero el Tribunal no se detiene ahí y utiliza su conocido criterio de cierre, esto es, el que valora la proporcionalidad de la injerencia atendiendo a la naturaleza y severidad de la medida limitadora, cuestión que también recordó a nuestro país en el caso Fuentes Bobo (STEDH de 29 febrero 2000) en relación con una mera sanción administrativa. Por tanto, la desproporción del recurso a la pena (de prisión, la principal y de privación del derecho de sufragio [a un político], la accesoria) no le ofrece dudas:

58 «Por último, en relación con la sanción, si bien es plenamente legítimo que las instituciones del Estado estén amparadas por las autoridades competentes en su condición de garantes del orden público institucional, la posición dominante que tales instituciones ocupan requiere que las autoridades sean moderadas en el uso de la vía penal (…) A este respecto, el Tribunal señala que la naturaleza y severidad de las penas impuestas son también elementos a considerar cuando se trata de medir la «proporcionalidad» de la injerencia. Repara en la especial severidad de la sanción pronunciada: el demandante fue condenado a una pena de un año de prisión. Su condena penal le valió asimismo la inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, siendo como era un político».

59.»El Tribunal ha considerado ya que si bien la fijación de las penas compete, en principio, a los tribunales internos, la imposición de una pena de prisión por una infracción cometida en el ámbito del discurso político sólo es compatible con la libertad de expresión garantizada por el artículo 10 del Convenio en circunstancias excepcionales, especialmente cuando se han lesionado gravemente otros derechos fundamentales, como en el supuesto, por ejemplo, de que se difunda un discurso de odio o de incitación a la violencia» (…).

60. «En las circunstancias del presente caso, en las que las declaraciones en litigio se realizaron en el ámbito de un debate sobre una cuestión que presentaba un interés público legítimo, no consta justificación de la imposición de una pena de prisión. Por su propia naturaleza, tal sanción produce inevitablemente un efecto disuasorio, pese al hecho de que se suspendiera la pena del demandante. Si bien dicha medida pudo aliviar la situación del interesado, no eliminó su condena ni las consecuencias duraderas de cualquier inscripción de antecedentes penales»

En consecuencia, también puede estimarse vulnerado el art. 10 desde la perspectiva de la desproporción de la reacción frente al acto de expresión.

C) ¿POR QUÉ NO LLEGÓ EL TC A LA MISMA CONSECUENCIA?

Pudiendo hacerlo con arreglo a su propia doctrina podría cerrar el interrogante. Esta era, conociendo Castells c. España, una condena esperada y, tanto el TS como el TC podrían haberla evitado aún manteniendo que lo afirmado por Otegi quedaba al margen de la expresión constitucionalmente protegida. Bastaba con aplicar el consolidado criterio de la proporcionalidad de la reacción frente al acto de expresión ilícito.

Podía cuestionarse que las declaraciones del demandante pertenezcan al contenido intangible de la libertad de expresión. Aunque la diferencia con otros casos conocidos de injurias a la Corona sea evidente (paradigmáticas SAN 41/2009, 18 septiembre y SAN 4/2005, de 7 de febrero) es cierto que la frontera donde comienza la injuria «absoluta» no es una suerte de verdad —si es que las hay— clara y distinta. Con todo, aún dando entrada en el concepto a las declaraciones en cuestión, seguiría siendo difícil negar que recurrir a la pena en un caso de esas características resulta manifiestamente desproporcionado. Paradójicamente, sin embargo, el TS primero y el TC después aplican criterios de proporcionalidad al derecho limitado y, en consecuencia, concluyen entendiendo —como se dice expresamente en el FJ 3º de la primera sentencia— que «el ejercicio del derecho fundamental de la libertad de expresión resulta, con toda evidencia, contrario al

principio de proporcionalidad y, por lo tanto, absolutamente innecesario, superándose con mucho lo que pudieran considerarse críticas hirientes, molestas o desabridas». A la misma desproporción alude, por su parte, el TC en su auto de inadmisión, que, pese a su inusual extensión, podría resumirse diciendo que el TC estima que lo afirmado por el demandante queda extramuros del derecho por lo desmesurado del acto de expresión.

En ambas instancias se olvida lo que el propio TC viene diciendo acerca de que la vulneración de un derecho se produce no sólo cuando se invade su contenido esencial —lo que en este caso podría discutirse— como cuando se reacciona desproporcionadamente frente al acto de expresión, lo que parece incuestionable a tenor de la línea jurisprudencial expuesta. Ambos tribunales se apartan de su propia doctrina y también del procedimiento empleado por el TEDH, olvidado que lo que debe enjuiciarse es la proporcionalidad del límite y no la del derecho limitado, ya que es la limitación de la libertad, y no la libertad, lo que requiere justificación.

Si se observa, el modo en que se ha resuelto el asunto recuerda mucho al viejo método de la ponderación. La libertad y su limitación vienen a ser intereses equivalentes sometidos a la ponderación del juez, lo que en los asuntos «sensibles» —que son en los que se pone de manifiesto la solidez del sistema jurídico— puede conducir a someter a las ideas valorativas de cada juez concreto la legitimidad de la limitación de un derecho. Esta es, a mi juicio, la razón que motiva el apartamiento del precedente: llegar a una solución que algunos gustan denominar «de justicia material», como si pudiera haber algún tipo de justicia al margen del proceso argumental que conduce a esa solución.

5. CONCLUSIÓN

La condena a España en el caso Otegi pone de manifiesto que, en determinados casos, ni el TS ni el TC llevan su correcta doctrina en materia de libertad de expresión a sus últimas consecuencias. Si así fuera, el primero no hubiera condenado y el segundo habría admitido a trámite y otorgado el amparo, puesto que, como ambos han reconocido siguiendo la doctrina del TEDH, la dimensión objetiva de los derechos fundamentales permite afirmar que no basta con la constatación de que la conducta sancionada sobrepasa las fronteras de la expresión constitucionalmente protegida, sino que ha de garantizarse que la reacción frente a dicha extralimitación no pueda producir por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan. Y eso debe servir para todos los asuntos, también para aquellos que resultan incómodos. Como dijo Vives en su severa crítica a la doctrina Parot —otro buen ejemplo de separación del precedente— el Estado de derecho no admite fisuras y es capaz de triunfar frente a todo tipo de adversidades sin renunciar a ninguno de sus principios y libertades básicas y la libertad de expresión, especialmente en el ámbito de la crítica política, es, qué duda cabe, una de ellas

NOTA BIBLIOGRÁFICA

La bibliografía sobre el particular es inabarcable. A título orientativo, vid.:
ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER: *El Derecho al honor y las libertades de información y expresión: algunos aspectos del conflicto entre ello*s, Valencia, 1999, Tirant lo Blanch,
BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE, *Delitos contra el honor*, Madrid, 2000, Dukinson
BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO: *Honor y libertad de expresión: las causas de justificación en los delitos contra el honor*, Madrid, 1987, Tecnos,
CATALÀ I BAS, ALEJANDRO H, *Libertad de expresión e información: la jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional*, Valencia, 2001, Editorial Revista General del Derecho.
CARMONA SALGADO, CONCHA, *Calumnias, injurias y otros atentados al honor: perspectiva doctrinal y jurisprudencial*, Valencia, 2012, Tirant lo Blanch

– *Libertad de expresión e información y sus límites*, 1991, Editoriales de Derecho Reunidas
CUERDA ARNAU, Mª LUISA, «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto de desaliento, *Iustel*, nº 8, noviembre 2007
FUENTES OSORIO, JUAN, «El bien jurídico honor», ADPCP, T. 60, 2007
GARBERÍ LLOBREGAT, JOSÉ / MORENILLA ALLARD, PABLO: *Convenio Europeo de derechos humanos y jurisprudencia del Tribunal Europeo relativa a España: textos, protocolos, nuevo reglamento del Tribunal, normas complementarias, selección de textos y jurisprudencia, Barcelona, 1999, Bosch*
GARCÍA SAN JOSÉ, DANIEL I., *Los derechos y libertades fundamentales en la sociedad europea del siglo XXI: análisis de la interpretación y aplicación por el Tribunal europeo de derechos humanos de la cláusula «necesario en una sociedad democrática»*, Sevilla, 2001, Universidad de Sevilla
GÓMEZ RIVERO, CARMEN, «A vueltas con el honor», en *Problemas actuales del Derecho penal y la Criminología*, Homenaje a Mª del Mar Díaz Pita, Valencia 2008, Tirant lo Blanch
LAURENZO COPELLO, PATRICIA, *Delitos contra el honor*, Valencia, 2002, Tirant lo Blanch
LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO, *Doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos* Valencia, 2008, Tirant lo Blanch
LÓPEZ PEREGRÍN, CARMEN, *La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivo*s, Valencia 2000, Tirant lo Blanch
MAGRO SERVET, VICENTE, «Los delitos contra el honor en el contexto de la libertad de expresión en los responsables públicos: análisis de la colisión entre el derecho al honor y el derecho a la crítica pública por los representantes de los ciudadanos en las distintas administraciones», *La Ley penal*, 2007
MARTÍN SÁNCHEZ, ISIDORO, *La Recepción por el Tribunal Constitucional español de la jurisprudencia sobre el Convenio Europeo de derechos humanos,* Granada, 2002, Comares
MIR PUIG, SANTIAGO/ CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU (DIR.), *Protección penal de la libertad de expresión e información: una interpretación constitucional*, Valencia 2012, Tirant lo Blanch
MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, «Libertad de expresión y derecho al honor en el Estado social y democrático de Derecho», en *Criminología y derecho penal al servicio de la persona, Libro homenaje al Prf. Antonio Beristain*, San Sebastian, 1989
MUÑOZ LORENTE, JOSÉ, *Libertad de información y derecho al honor en el Código penal de 1995*, Valencia, 1999, Tirant lo Blanch
– «La libertad de expresión y las injurias al Jefe del Estado: la STS de 28 de septiembre de 1993. Los incidentes de la sala de Juntas de Guernica», en *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, n. 3, 1994.
PLAZA PENADÉS, JAVIER: *El Derecho al honor y la libertad de expresión: estudio sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Valencia,1996, Tirant lo Blanch,
QUERALT JIMÉNEZ, ARGELIA: *La Interpretación de los derechos: del tribunal de Estrasburgo al tribunal constitucional,* Madrid 2008, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
REBOLLO VARGAS, RAFAEL: *Aproximación a la jurisprudencia constitucional: libertad de expresión e información y sus límites,* Barcelona, 1992, PPU
RIPOLL CARULLA, SANTIAGO, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el derecho español: la incidencia de las sentencias del tribunal europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento españ*ol, Barcelona, 2007, Atelier
RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA: *Libertad de expresión, discurso extremo y delito: una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho pena*l, Valencia, 2012, Tirant lo Blanch
SALVADOR CODERCH, PABLO/ CASTIÑEIRA PALOU, MARÍA TERESA/ GÓMEZ LIGÜERRE, CARLOS *Prevenir y castigar: libertad de información y expresión, tutela de honor y funciones del derecho de daños*, Madrid, 1997, Marcial Pons,
SANTOLAYA MACHETTI, PABLO/ GARCÍA ROCA, JAVIER (COORD.): *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 2005, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
VIVES ANTÓN, TOMÁS S., «Sentido y límites de la libertad de expresión», en *La libertad como pretexto,* Valencia, 1995, Tirant lo Blanch
– Informe del CGPJ al Anteproyecto de Código penal de 1992, *Cuadernos del CGPJ*, n 11 (también en *CPC*, nº 48, 1992)
– «Libertad de expresión y derecho al honor», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, n. 13 (Homenaje al Prf. Sainz Cantero).* Vol 2
VVAA, *Las libertades de información y de expresión: actas de las VII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2002, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
VVAA, La libertad de expresión y el Derecho penal, *Cuadernos de Derecho Judicial,* CGPJ, Madrid, 1993

Fecha recepción: 25/01/2013
Fecha aceptación: 30/04/2013

THE SUBJECTIVE ELEMENTS OF THE ACTION LEGALLY TYPIFIED
(A study on the basis of the significant concept of the action)

RESUMEN

Partiendo de la premisa metodológica que ofrece la concepción significativa de la acción, elaborada por VIVES ANTÓN para el ámbito del Derecho penal, se estudian los elementos subjetivos del tipo penal (usualmente denominados «elementos subjetivos del injusto») desde una doble perspectiva. De un lado, se caracterizan tales elementos, analizando su fundamento y su función en el seno de la teoría jurídica del delito. De otro lado, con arreglo a esa caracterización se examinan los concretos elementos subjetivos comúnmente reconocidos en la doctrina y en la jurisprudencia, con el fin de identificar cuáles son los genuinos elementos subjetivos y cuáles no merecen esa calificación, incluyéndose, en su caso, propuestas de *lege ferenda*.

PALABRAS CLAVE

Concepción significativa de la acción, tipo de acción, elementos subjetivos del injusto, teoría jurídica del delito, dolo, elementos subjetivos de la culpabilidad, tentativa

ABSTRACT

Based on the methodological premise that is offered by the significant concept of the action, developed by VIVES ANTÓN within the sphere of Criminal law, subjective (based on breach of a duty) elements legally typified (usually called 'subjective elements of unjust') are studied from a double perspective. On one side, such elements are characterized, analysing their legal basis and their function within the legal theory of criminal offence. On the other side, in accordance with this characterization, the specific subjective elements commonly approved in the doctrine and the jurisprudence, are examined in order to identify which of these elements are subjective (based on breach of a duty) and which ones do not deserve this consideration, including, where necessary, *lege ferenda* proposals.

KEYWORDS

Significant concept of the action. Action legally typified. Subjective elements of unjust. Legal theory of crime. Malice (mens rea). Subjective elements of guilt. Attempt of crime

LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO DE ACCIÓN

(Un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción)

Carlos Martínez-Buján Pérez
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de A Coruña

Sumario: 1. Introducción: el problema político-criminal. 2. Caracterización de los elementos subjetivos del tipo de acción. A) Concepto y función: el significado de la *intención y* su relación con la *acción*. B) La constatación del elemento subjetivo. C) Ubicación sistemática y consecuencias. D) Criterios de identificación. Su delimitación del dolo y de los elementos subjetivos de la culpabilidad. E) El caso particular de la tentativa. ¿Existe un elemento subjetivo del tipo en la tentativa? F) Fundamento. 3. Sedicentes elementos subjetivos del tipo en la legislación penal española: indicaciones de política legistativa. A) Introducción. B) En los delitos de tendencia intensificada. a) El *animus iniuriandi*. b) El ánimo lascivo y el ánimo de involucrar a otro en un contexto sexual. c) El ánimo de defraudar. d) El ánimo de ultraje. e) Los motivos racistas, etc. C) En los delitos de intención. a) Elementos implícitos. b) Elementos cuya descripción va precedida de la preposición «en». c) Elementos subjetivos sustituibles por elementos objetivos. D) En los denominados delitos de expresión: el faltar a la verdad. 4. Dos casos peculiares. A) El conocimiento de la falsedad y el temerario desprecio hacia la verdad. B) El manifiesto desprecio por la vida de los demás.

1. INTRODUCCIÓN: EL PROBLEMA POLÍTICO-CRIMINAL

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de los elementos subjetivos del tipo penal, usualmente conocidos en la doctrina y en la jurisprudencia como elementos subjetivos del «injusto» (o, en ocasiones, de la «antijuridicidad»)[1] desde que dichos elementos obtuvieron carta de naturaleza a raíz de las contribuciones dogmáticas de la doctrina alemana de principios del pasado siglo[2].

Aquí los denominaré elementos subjetivos del «tipo de acción» porque su análisis se efectuará a la luz de la concepción significativa de la acción (o del delito), elaborada por VIVES ANTÓN[3] para el ámbito del Derecho penal, que, en mi opinión, ofrece nuevas y clarificadoras perspectivas para la cabal comprensión de dichos elementos.

Para ello parto de una constatación evidente, a saber, la destacada importancia que poseen tales elementos subjetivos en la praxis jurisprudencial, a la que, según creo, no se ha prestado suficiente atención en la doctrina. Y es que, en efecto, son muchas las resoluciones jurisprudenciales en las que la absolución o el sobreseimiento de una conducta objetivamente típica se fundamentan (en no pocos casos de forma indebida) en la ausencia del correspondiente elemento subjetivo del tipo.

Vaya por delante el indudable reconocimiento de que en la legislación española (al igual que sucede en otras legislaciones extranjeras) pueden identificarse abundantes elementos de esta índole, caracterizados por tratarse de expresiones denotativas de un determinado ánimo o intención que ha de guiar la actuación del sujeto activo en el momento de realizar una conducta penalmente típica, como acontece —por poner un ejemplo paradigmático— con el ánimo de lucro en diversos delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico y en el delito de malversación de caudales públicos. Con todo, hay que reconocer asimismo que, al lado de expresiones inequívocamente reveladoras de elementos subjetivos como la acabada de señalar, existen otras (y no son pocas) que, pese a ser lingüísticamente equívocas, se interpretan habitualmente como elementos subjetivos, siendo así que en ocasiones un análisis del significado del tipo de que se trate nos demuestra, empero, que tales expresiones deben ser concebidas como elementos objetivos, como sucede, por poner otro ejemplo paradigmático, con la locución «en perjuicio» contenida en algunos tipos del CP español, locución que la doctrina mayoritaria interpreta como un elemento subjetivo del injusto, equivalente a «con ánimo de perjudicar»[4].

Por otra parte, hay también (sobre todo en la praxis jurisprudencial) no pocos ejemplos de elementos subjetivos que, si bien no aparecen expresamente descritos en los tipos penales, se consideran tácitamente incluidos en ellos, como sucede señaladamente, p. ej., con el ánimo libidinoso o voluptuoso (o también el ánimo de involucrar a otro en un contexto sexual) en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, el *animus iniuriandi* en los delitos contra el honor o el ánimo de engañar o de introducir el documento en el tráfico jurídico en los delitos de falsedad documental[5]. Y esta última observación reviste la mayor trascendencia práctica, habida cuenta de que aquí reside un aspecto fundamental del problema político-criminal que pretendo desentrañar. En efecto, en nuestro país ha podido apreciarse tradicionalmente una criticable tendencia jurisprudencial a recurrir al cómodo expediente de los elementos subjetivos (singularmente a los implícitos) de los tipos para absolver o sobreseer[6], llegándose incluso hasta el extremo de identificar elementos subjetivos que expresaban incorrectamente la realidad psicológica, como acontece con el «ánimo de defraudar», que algunos autores y algunas sentencias han venido considerando como requisito típico del delito de defraudación tributaria[7].

De este modo, aquello que debería ser resuelto en el plano de lo estrictamente objetivo-externo (sea con arreglo a los criterios de imputación objetiva del tipo de que se trate, sea en el ámbito la justificación o de la inexigibilidad) se resuelve de un plumazo a través de la declaración de la ausencia de un sedicente elemento subjetivo del injusto, que además, según la opinión dominante, reside exclusivamente en la mente del sujeto.

Ni que decir tiene que, por de pronto, semejante proceder conduce a un empobrecimiento (por no decir a una perversión) de la argumentación jurídica, dado que cuestiones verdaderamente complejas que requerirían un estudio pormenorizado, tanto desde el punto de vista de la interpretación lógico-sistemática como desde la interpretación teleológica, se resuelven valiéndose de una simplificación burda e inadmisible. Paradójicamente, el esfuerzo de tantos años por elaborar una dogmática jurídico-penal tan rigurosa y de tanta riqueza argumentativa (con su corolario de seguridad jurídica) deviene completamente baldío y se revela como un instrumento inútil, porque aquellas cuestiones complejas son despachadas por el órgano judicial correspondiente sin más razonamiento que el de no haber podido acreditar un pretendido elemento subjetivo del tipo. Una acreditación que, por lo demás, habría sido ciertamente difícil (por no decir imposible), sobre todo si se parte de la (equivocada) premisa metodológica de concebir la mente como sustancia y de que, consiguientemente, dicho elemento subjetivo es un *objeto* que reside en algún lugar opaco de la mente del autor, con lo que probar su presencia es ta-

rea condenada al fracaso. En este sentido, hay que lamentar que en la inmensa mayoría de los casos el juez o el fiscal ni siquiera se tomen la molestia de argumentar mínimamente por qué llegan a la conclusión de que tal elemento subjetivo no existe y no se preocupen de señalar algún criterio externo a través del cual pudiesen lograr esa convicción; con todo, no sabemos qué será peor, puesto que, cuando el juez o el fiscal se han esforzado por apuntar criterios reveladores de la ausencia del elemento subjetivo, han llegado en ocasiones a valerse de razonamientos verdaderamente extravagantes. Sirva de ejemplo, harto ilustrativo, el razonamiento del teniente fiscal del TS en el conocido caso de la acusación de malversación de caudales públicos dirigida al que fue presidente del CGPJ, Carlos Dívar: en su Decreto de 21-5-2012 el fiscal archiva las Diligencias informativas 6/2012, al no apreciar ánimo de lucro en la realización de los viajes particulares cargados a las arcas públicas, aduciendo, por todo argumento, que Dívar había pagado de su bolsillo otros viajes (que por cierto fueron pocos y posteriores a la presentación de la denuncia). Aquí la decisión es tan sorprendente que uno no puede dejar de quedar sumido en la más profunda perplejidad.

Así las cosas, en las páginas que siguen me propongo acometer el estudio de los elementos subjetivos del tipo de acción con una doble finalidad. De un lado, desde una perspectiva de *lege lata*, trataré de desentrañar cuáles son los tipos penales que requieren auténticos elementos subjetivos y cuáles son aquellos otros en los que tales elementos no existen, bien porque se trate en realidad de elementos objetivos del tipo, bien porque se identifican con el dolo o bien porque pertenecen al ámbito de la justificación o de la culpabilidad. Por otro lado, desde una perspectiva de *lege ferenda*, examinaré la posibilidad de que algunos de los elementos subjetivos realmente existentes en la actualidad pudiesen ser convertidos en elementos objetivos o sencillamente suprimidos, puesto que, como ya expresó en su momento BETTIOL, el empleo de elementos subjetivos concede una indeseable elasticidad al tipo[8], por lo que su utilización no debería proliferar en la medida en que otorga una discrecionalidad al juzgador que compromete el criterio de taxatividad que inspira el principio de legalidad en materia penal[9].

En fin, para el análisis de ambas cuestiones partiré de las premisas metodológicas de la concepción significativa de la acción que —según se indicó más arriba— permite ofrecer una perspectiva novedosa de análisis y, según creo, fructífera, no sólo para una adecuada caracterización conceptual de los elementos subjetivos del tipo de acción sino también para una comprensión de su función en la teoría jurídica del delito, aspectos que han sido objeto de controversia en la doctrina desde el momento en que en la comprensión de tales elementos subjetivos confluyen, obviamente, no sólo la concepción que se mantenga sobre el Derecho sino también la que, en concreto, se sustente sobre la acción y la culpabilidad[10].

2. CARACTERIZACIÓN DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO DE ACCIÓN

A) CONCEPTO Y FUNCIÓN: EL SIGNIFICADO DE LA *INTENCIÓN* Y SU RELACIÓN CON LA *ACCIÓN*

Para estar en condiciones de comprender el concepto y la función que cumplen estos elementos subjetivos hay que desentrañar ante todo cuál es el significado de la *intención* y cuál es su relación con la *acción* en el marco de la concepción significativa de la acción.

A tal efecto, hay que partir de la premisa de que la atribución de intenciones a una persona (o, en su caso, la calificación de su conducta como no intencional) no desempeña necesariamente una función en la delimitación conceptual de la acción. Es más, en la mayoría de las ocasiones con dicha atribución lo que se consigue es simplemente determinar si el autor de una acción es responsable de lo que hizo y en qué medida lo es. Así, cabría afirmar, pues, que, en principio, esta intención que califica-

mos de *subjetiva* (desde el momento en que consiste en la atribución concreta de intenciones a un sujeto) cumple la función *sustantiva* de posibilitar el enjuiciamiento de la conducta realizada por el sujeto, pero no cumple un papel conceptual en la definición de la acción[11]. Ciertamente, la intención subjetiva debe ser un *prius* lógico con relación a las convenciones que determinan el significado, porque sin intenciones subjetivas no puede haber convenciones ni, por tanto, significado, pero, una vez que se ha establecido la convención, el significado surge con independencia de la intención subjetiva (como cuando se dice una palabra por otra). En suma, la intencionalidad de las acciones —al igual que la de las palabras— es contextual, social e histórica: presupone la intención subjetiva (esto es, la posibilidad de atribución de intenciones al sujeto) pero no se atiene a sus contenidos[12].

La intención subjetiva no tiene por qué cumplir esa función conceptual porque la acción, en cuanto significado atribuido socialmente (o jurídicamente) a ciertos movimientos corporales o a cierta ausencia de ellos, tiende a *objetivarse*, esto es, a definirse con independencia de la intención subjetiva, del mismo modo que las palabras tienen un significado objetivo que no depende necesariamente de la intención con que fueron pronunciadas[13].

De lo expuesto se infiere entonces que la intención subjetiva no pertenece necesariamente al tipo de acción, concebido como categoría básica del sistema penal (y regido por la pretensión de relevancia), en la medida en que dicha intención no cumple necesariamente una *función definitoria* de la clase de acción de que se trate, puesto que hay clases de acciones (como, por ejemplo, matar o lesionar) que pueden ser llevadas a cabo con intención o sin ella[14]. Y de ahí se desprende, por consiguiente, que el dolo y la imprudencia, concebidos como formas de ilicitud, no pueden ser incluidos en el tipo de acción como la vertiente subjetiva de éste (o sea, como *tipo subjetivo*, en la terminología de la opinión mayoritaria), sino que se integran en una categoría diferente (la antijuridicidad formal o ilicitud), regida por una pretensión de validez de la norma penal también distinta (la pretensión de ilicitud)[15].

Ahora bien, lo que se acaba de exponer no es óbice para reconocer que el tipo de acción pueda llegar a integrarse con momentos subjetivos: en efecto, existen casos en que el tipo de acción puede aparecer integrado con tales momentos, en la medida en que hay clases de acciones que no podrían ser definidas sin ellos[16].

Sirva de ejemplo paradigmático en nuestro CP, de nuevo, el ánimo de lucro (o el ánimo de apropiación antijurídica en el StGB alemán) en el delito de hurto (art. 234), dado que en este delito la acción penalmente relevante no puede ser *definida* (en el sentido de la pretensión conceptual de relevancia fijada por VIVES) sin tomar en consideración dicho momento subjetivo: si en la realización de la conducta de tomar una cosa mueble ajena intencionalmente falta dicho ánimo, no existirá el tipo del hurto y la conducta quedará penalmente impune, a no ser que se cumplan los presupuestos típicos de otro delito, como, singularmente, el de realización arbitraria del propio derecho del art. 455 CP (en el que la acción debe ir encaminada a «realizar un derecho propio» y debe mediar violencia, intimidación o fuerza en las cosas), o el delito de hurto de uso de vehículos de motor del art. 244 CP (en el que la acción consiste en una utilización temporal de la cosa); de no ser así, la conducta constituirá un ilícito civil o un hecho plenamente lícito[17]. Con todo, con relación al ánimo de lucro conviene aclarar aquí que comparto la idea de que, si se entiende simplemente como la finalidad de obtener una ventaja patrimonial de cualquier clase, no se puede distinguir un delito de apoderamiento de un delito en el que se castiga el mero uso de la cosa (como sucede con el delito del art. 244 CP). De ahí que en los delitos de apoderamiento el ánimo de lucro deba ser concebido como ánimo de apropiación de la cosa (como sucede en el StGB alemán), lo que supone, por ende, calificar el delito de hurto como un delito de intención y no de tendencia intensificada[18].

Finalmente, interesa dejar constancia de la coincidencia que en este punto se produce con

la posición de algunos penalistas que han acogido la llamada doctrina social de la acción. En particular, muy ilustrativa al respecto en nuestro país es la opinión de RODRÍGUEZ MOURULLO, quien, al estudiar los elementos subjetivos del injusto, escribía ya hace más de treinta años que la doctrina social de la acción reconoce que a veces el sentido social del comportamiento depende de la finalidad, en cuyo caso es claro que dicha finalidad ha de pertenecer al tipo de injusto, sin que, por lo demás, deba confundirse con el dolo, pues el dolo presupone el conocimiento y aceptación de otras características típicas[19]. También cabría mencionar aquí la posterior opinión de GÓMEZ BENÍTEZ quien, tras afirmar que los elementos subjetivos son elementos de la tipicidad (y no de la culpabilidad), argüía que las razones de dicha afirmación podían resumirse en una: el significado jurídico-penal de la acción no se descubre sin la concurrencia de esos elementos subjetivos[20].

B) LA CONSTATACIÓN DEL ELEMENTO SUBJETIVO

Una vez expuestos el concepto de elementos subjetivos y la función que estos cumplen en el seno del tipo de acción, es preciso aclarar seguidamente una cuestión que resulta trascendental desde la perspectiva de la concepción significativa, a saber: cómo podemos constatar la presencia de un elemento anímico que se sitúa en la mente de otra persona.

La cuestión ostenta la máxima relevancia porque desde la óptica aquí asumida hay que descartar que dicho ánimo (al igual que cualquier elemento subjetivo) resida «en el fondo del alma, en el que hay que bucear hasta encontrar los episodios mentales que la sustenten»[21]. Lo que propone la concepción significativa es justamente un cambio de método: al igual que acontece con el significado de las palabras, el de las acciones no depende de objetos en la mente —acerca de los que nada podemos saber— sino de *prácticas* sociales; dicho de otro modo, el significado social —*objetivado* en reglas y prácticas— es el que da sentido a las acciones. Y, consecuentemente, también las intenciones subjetivas han de determinarse, no por una tercera entidad presupuesta e incognoscible —el estado mental—, sino por la acción externa, a la que las diversas *actitudes intencionales* se hallan conectadas *lógicamente*: es en la *acción externa* (y no en la comparación de esa acción externa con un hipotético acontecimiento interno) donde se muestra la intención[22].

Al igual que sucede con el dolo, los aludidos elementos subjetivos de la acción (que son estados y procesos mentales) no pueden ser equiparados a los estados y procesos físicos, dado que, al tratarse de estados y procesos que se hallan situados en la mente de otra persona[23], únicamente se podrán verificar por *observación* sus *manifestaciones externas*[24]. De ahí que tales elementos subjetivos deban ser configurados y entendidos no como procesos internos semejantes a los físicos —como cosas que ocurren en el fondo del alma—, sino como momentos de la acción, o sea, como componentes de un sentido exteriorizado, de algo que no es —ni puede ser— secreto[25].

En suma, hacen falta criterios externos para determinar cuándo concurre un elemento subjetivo. Ahora bien, es menester aclarar aún que no se trata de criterios externos a partir de los cuales pueda inducirse la existencia o inexistencia de determinados procesos internos, puesto que «tal dicotomía no existe»[26]. En otras palabras, tales criterios son «constitutivos»[27], porque, como decía WITTGENSTEIN, lo interno es una ilusión, o sea, un simple «telón pintado que se levanta delante del escenario del uso efectivo de la palabra»[28].

Ni que decir tiene que configurar de la manera apuntada los elementos subjetivos posee una capital importancia, tanto desde la perspectiva de las garantías del Derecho penal material (porque el margen de apreciación que resulta de la imposibilidad de una comprobación directa —si se entienden los elemento subjetivos según la concepción clásica, como objetos de la mente— es intolerable)[29] como desde el prisma de las del proceso penal, parti-

cularmente en lo concerniente a la presunción de inocencia[30].

Por lo demás, cabe anticipar aquí —sin perjuicio de lo que se expondrá después— que el cambio de paradigma que propone la concepción significativa ofrece también una nueva perspectiva en el plano de *lege ferenda* de cara a la descripción de algunos elementos subjetivos del tipo. Y es que, dado que los criterios externos para constatar los elementos subjetivos son en realidad criterios «constitutivos» de éstos, el legislador debería plasmar en el tipo justamente esos criterios externos que en la actualidad la doctrina y la jurisprudencia reconocen ya como reveladores de determinados elementos subjetivos, siempre, claro es, que la técnica gramatical de tipificación lo permita, porque es evidente que en algunos casos una correcta técnica de tipificación no permite la sustitución del elemento subjetivo por criterios externos, como, p. ej., sucede con el ánimo de apropiación definitiva de la cosa en los delitos de apoderamiento, porque la casuística sería inabarcable y sería impensable poder identificar los criterios que servirían para identificar tal ánimo.

Con esta propuesta no me estoy refiriendo a la posibilidad de convertir un elemento subjetivo en otro diferente configurado en clave objetiva (que ciertamente también puede ser una vía utilizable en determinados casos), como cuando, por ejemplo, sea factible sustituir un elemento anímico por la idoneidad objetiva de la acción para causar un determinado resultado, dando lugar así a un delito de peligro de aptitud para la producción de un daño[31]. Evidentemente, son dos cosas diferentes: una es que se exija que con la realización de su conducta el sujeto persiga una determinada finalidad y otra distinta que se requiera que dicha conducta sea ya objetivamente idónea para causar un determinado resultado dañoso. En suma no se trata de una sustitución en la *técnica* de tipificación, que convertiría en elemento objetivo lo que antes era un elemento anímico (porque esto supondría añadir a la conducta base un ulterior factor objetivo de restricción, señaladamente a través de un elemento de aptitud para la producción de un daño) sino de plasmar el elemento subjetivo en criterios externos o, cuando menos, recoger a título ejemplificativo los criterios más significativos. Uno de los casos más característicos podría ser el de la posesión de drogas con la finalidad de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de tales sustancias en otras personas (art. 368 CP)[32], en el que, como de hecho viene reconociendo la jurisprudencia en la práctica, el delito queda acreditado si se constatan datos externos que permitan deducir que el sujeto va a destinar al posterior tráfico la droga poseída[33].

Finalmente, conviene advertir de que en lo que atañe a este debatido problema de la constatación de los elementos subjetivos del delito, VIVES adopta una decidida postura a favor de la «normativización», sobre la base de una reorientación de lo subjetivo anclada en las premisas de su concepción de la acción: la verificación de los elementos subjetivos se llevará entonces a cabo con arreglo a las competencias del autor y las características públicas de su acción, y no en función de la imposible acreditación de las «representaciones, creencias o voliciones acaecidas en algún opaco lugar de su mente»[34].

De este modo, aquí se rechaza la configuración de los elementos subjetivos del tipo (al igual que la del dolo) como un *proceso psicológico*, en el sentido propuesto por la denominada concepción psicológica, tradicionalmente dominante en la doctrina penal, según la cual el conocimiento en que se basa el elemento subjetivo se proyecta sobre una realidad acaecida en el pasado, con respecto a la cual hay que averiguar determinados fenómenos psicológicos que existían en la mente del sujeto en el momento en que realizó el hecho[35].

Ello no obstante, merece ser destacado el esfuerzo de un moderno sector doctrinal que trata de ofrecer un programa de investigación para la prueba de los elementos subjetivos del delito que permita superar las deficiencias que se observan en los tradicionales modelos probatorios de base psicológica, esto es, el denominado *modelo psicologicista puro* (que nunca

se ha aplicado realmente) y el *modelo psicologicista vulgar* (que se considera carente de dosis mínimas de racionalidad y, por ello, insatisfactorio en términos de garantías)[36].

Con todo, ante estas observaciones, conviene aclarar que, con la reorientación del problema de lo subjetivo que preconiza, VIVES no rechaza en modo alguno la importancia de la pericia psicológica para la constatación de los elementos subjetivos; simplemente niega que esa pericia sea del mismo género que el saber del físico, del biólogo o del neurofisiólogo[37]. De hecho, en referencia a la caracterización del dolo que se deriva de la concepción significativa, PÉREZ MANZANO escribe —de forma clarificadora— que esta tesis puede ser compartida si se interpreta «en el sentido de que el *dolo no es una realidad natural*, por lo que su concurrencia no puede decidirse en el proceso penal mediante *una única* operación de determinación fáctica de la realidad natural psicológica del sujeto que realizó el hecho, una única operación de prueba realizada mediante inferencias inductivas a partir de hechos objetivos», puesto que «más allá de lo fáctico y de su determinación procesal como objeto de prueba, *el dolo es una realidad normativa, que no existe en el mundo de la naturaleza;* su existencia aparece con el proceso jurídico de enjuiciamiento de un hecho y se construye jurídicamente a partir de los fines del Derecho penal». Ahora bien, en opinión de esta penalista, lo anterior no comporta tener que negar la existencia de los hechos psicológicos internos como realidades naturales y como derivación de ellas: por tanto, «de la afirmación de que el dolo no es una realidad psicológica no puede extraerse la consecuencia de que la realidad psicológica carezca de toda relevancia en la conformación del dolo como realidad normativa»[38].

C) UBICACIÓN SISTEMÁTICA Y CONSECUENCIAS

De lo que hasta aquí se lleva dicho se desprende que si un tipo penal requiere un elemento subjetivo como un criterio conceptual más para valorar la acción (o sea, cumpliendo un papel definitorio de un determinado tipo), este elemento queda integrado indudablemente como una parte más del tipo de acción y su ausencia determina ya la falta de *relevancia* de la conducta, esto es, afecta a la primera pretensión de validez de la norma penal. Dicho de modo más preciso, el referido elemento se viene a añadir a los restantes elementos del tipo que integran el comúnmente denominado *desvalor objetivo de la conducta* (modo de comisión del comportamiento, elementos personales del autor, peligrosidad *ex ante* de la acción y relación de causalidad entre acción y resultado en los delitos de resultado material) para conformar la primera de las dos subcategorías del tipo de acción, esto es, la *tipicidad*, que contiene exclusivamente la vertiente *fáctica*, puesto que la dimensión valorativa viene dada por la ofensividad (o antijuridicidad material), corolario de la llamada *pretensión de ofensividad*, que acompaña inevitablemente ya a la pretensión de relevancia, en la medida en que únicamente son relevantes para el Derecho penal aquellas acciones que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicamente protegidos.

Por tanto, si en la realización de una conducta no concurriese el *elemento subjetivo* que exige conceptualmente un tipo de acción, el hecho llevado a cabo no solo carecerá de relevancia penal para el autor desde la perspectiva de ese tipo, sino también para los restantes intervinientes[39], habida cuenta de que, al no existir el tipo de acción, no concurre ya tampoco la infracción de una norma emitida en condiciones ideales, que sirva como regla con un alcance intersubjetivo de cara a terceros. En cambio, si concurre el necesario elemento subjetivo y, consiguientemente, se realiza un tipo de acción, existirá ya una norma que sirve de base para regular la intervención de terceras personas aun cuando el autor no hubiese infringido su norma personal de conducta. Téngase en cuenta al respecto que, en el marco de la concepción significativa, el presupuesto que sirve de referencia para el castigo de la participación y para las actuaciones defensivas de terceros es —a mi juicio— la realización por parte

del autor de un hecho que encaje en un tipo de acción objetivamente relevante y ofensivo para un bien jurídico-penal, sin que se exija además que ese hecho sea ilícito (o *antijurídico*), esto es, no se requiere como presupuesto que el autor haya infringido su norma de conducta, por haber obrado con dolo o imprudencia[40].

Así las cosas, desde la perspectiva de la concepción significativa no es correcto afirmar —como se hace usualmente en la doctrina— que existe un *tipo subjetivo* «que se compone del dolo y en su caso de otros elemento subjetivos del tipo adicionales al dolo», y menos aún se puede sostener que «sistemáticamente debe anteponerse el dolo, como elemento general del tipo subjetivo, a los específicos elementos subjetivos del tipo, que no se dan en todos los tipos y revisten formas diversas»[41]. Frente a ello, es obvio que, de acuerdo con las premisas que aquí se acogen, allí donde un tipo de acción exija la constatación de un elemento subjetivo éste será siempre un *prius* lógico y sistemático[42] con respecto al dolo y a la imprudencia, por la sencilla razón de que, al ser un elemento constitutivo del tipo de acción, si dicho elemento subjetivo no concurre carece ya de todo sentido entrar a dilucidar si el sujeto ha infringido su norma de conducta; y, viceversa, únicamente cuando (además de los elementos objetivos del tipo de acción) se ha acreditado la presencia del elemento subjetivo posee sentido pasar a analizar si el sujeto (trátese del autor, trátese del partícipe) ha llevado a cabo una conducta *ilícita*, por haber actuado con dolo o imprudencia.

Con respecto a esto último conviene aclarar que, pese a que algunos penalistas siguen escribiendo que «la afirmación de que se da un elemento subjetivo del injusto presupone que el comportamiento es doloso»[43], lo cierto es que, tanto en referencia al CP anterior como al vigente, puede realizarse un tipo por imprudencia a pesar de existir un elemento subjetivo en el tipo. En el sistema del CP de 1944, de cláusulas generales de imprudencia, resultaba perfectamente posible que concurriese en un tipo penal un ánimo específico no unido necesariamente al dolo y, al propio tiempo, un error vencible (en la imprudencia inconsciente) o la no aceptación respecto de algún elemento objetivo del tipo (en la imprudencia consciente), y que, por tanto, se admitiese la comisión imprudente[44]. Por su parte, en el CP vigente (con el sistema de *numerus clausus*) la cuestión ya viene resuelta por la propia ley, que, si lo cree conveniente, puede tipificar expresamente la modalidad imprudente de algún tipo pese a que contenga algún elemento subjetivo del injusto, como sucede, p. ej., en el art. 159-2 en relación con el art. 159-1, que exige obrar con finalidad no terapéutica[45], o en el art. 367 en relación con el art. 362-2º, que requiere en el autor el ánimo de expender o de utilizar los medicamentos y exige un peligro concreto para la vida o la salud de las personas, sobre el que el autor puede incurrir en un error vencible[46].

Eso sí, el hecho de que un elemento subjetivo pertenezca al tipo de acción no implica obviamente que el dolo del autor deba abarcar también el conocimiento de dicho elemento del mismo modo que abarca el conocimiento de los elementos objetivos del tipo, ni, por supuesto implica que el elemento volitivo del dolo se proyecte sobre el elemento subjetivo.

Si nos situamos al margen de la concepción significativa de la acción, la opinión dominante ya viene entendiendo desde antiguo que sólo pueden ser objeto del dolo típico las circunstancias que pertenecen al denominado tipo objetivo, y no pueden serlo, por tanto, las circunstancias subjetivas del hecho, puesto que si admitiésemos que el conocer y el querer del dolo pueden proyectarse sobre un elemento anímico, estaríamos aceptando el absurdo de que se puede conocer y querer la intención, un absurdo denunciado ya por HEGLER, 1930, cuando criticaba la posición de FRANK y de MEZGER de asignar los elementos subjetivos, además de al injusto, a la culpabilidad[47]. Y en la actualidad, si dejamos al margen la doctrina italiana[48], tanto en la doctrina alemana[49] como en la española[50] reina acuerdo a la hora de entender que, dado que el objeto del dolo debe circunscribirse a los hechos externos, que se hallan fuera del sujeto, carece de sentido que

el dolo del agente se proyecte sobre él mismo o sobre elementos anímicos que ya residen en su mente.

Por mi parte, debo añadir la matización de que, si se asumen los postulados de la concepción significativa, cabe decir de entrada que lo que no resulta externo al agente ni puede ser «conocido», en los términos en los que son conocidos los hechos externos, ni puede ser «querido». Según expuse anteriormente, en los elementos subjetivos del tipo de acción sucede lo mismo que con el dolo: sobre ellos no cabe el «conocimiento» en sentido propio, sino la consciencia, es decir, los procesos internos o mentales propios se sienten o, como decía WITTGENSTEIN, «se viven»[51]. De ahí que merezca la pena detenerse en la explicación que ofrecen penalistas como ROXIN, quien, valiéndose del ejemplo del ánimo o intención de apropiación antijurídica en el hurto, afirma que este elemento subjetivo no puede ser «razonablemente objeto del dolo», porque «el legislador no exige para la punición del hurto el dolo de tener ánimo o intención de apropiación, sino únicamente este mismo ánimo o intención», y además, haciéndose eco de opiniones como la de ENGISCH («se puede ser consciente también de circunstancias y procesos internos y acogerlos en la voluntad») agrega ROXIN que, si bien esta opinión puede ser «correcta», «de ahí no se deriva que el legislador lo exija (scil., el ánimo o la intención)»[52]. Sin embargo, ante el razonamiento de ROXIN cabe responder que la imposibilidad de que el dolo se proyecte sobre el elemento subjetivo del tipo no se deriva solo del dato de que el legislador no lo haya exigido así (algo que, por cierto, en el CP español no se contiene expresamente en su articulado y hay que inferirlo de la regulación del error en el art. 14) sino de que ello no resulta ya *gramaticalmente* posible.

En suma, aunque el dolo y los elementos subjetivos del tipo de acción se incardinen en niveles sistemáticos diferentes, su constatación se lleva a cabo con arreglo al mismo proceder, en tanto en cuanto en ambos casos se trata de elementos anímicos: el intérprete debe identificar cuáles son las reglas o criterios externos que permitan atribuir una determinada intención al sujeto. La única diferencia reside en que los criterios externos que posibilitan descubrir un elemento subjetivo del tipo serán diferentes de los que permiten acreditar el dolo, puesto que dicho elemento subjetivo se proyectará sobre un objeto (una realidad externa) diferente a aquel al que va referido el dolo: así, p. ej., en el delito de hurto el intérprete habrá de demostrar, de un lado, que el agente actuaba movido por un ánimo de lucro (o de apropiación definitiva de la cosa) y, de otro lado, que sabía que la cosa mueble era ajena y que, pese a ello, la tomaba sin la voluntad de su dueño. Los criterios externos que servirán para obtener la convicción de que el agente sabía que la cosa era ajena y que la tomaba sin la voluntad del dueño no sirven para averiguar si la apropiación era definitiva o era provisional o, aun el caso de que fuese definitiva, si se llevó a cabo para realizar un derecho propio.

Eso sí, nada se opone a que el dolo del agente abarque elementos subjetivos pertenecientes a otra persona (o, mejor dicho, las *manifestaciones externas* de tales elementos), como, p. ej., el error del sujeto engañado en la estafa[53], ni, por supuesto, nada se opone a que el partícipe pueda incurrir en un error acerca de la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo en el autor[54], en la medida en que el partícipe debe conocer todos los elementos del tipo que otorgan relevancia penal a la conducta del autor, y, entre ellos, se cuenta indudablemente el elemento subjetivo cuando el tipo de que se trate así lo requiera.

De lo anterior se deduce que sobre los elementos subjetivos del tipo de acción no cabe imaginar ya conceptualmente un error por parte del autor de la conducta[55]. Y ello se ve confirmado en el CP español, que en su art. 14 indica que el error debe recaer sobre un «hecho», lo cual excluye obviamente los elementos subjetivos o anímicos.

De ahí que esta opinión se sostenga asimismo al margen de la concepción significativa. Así, en la doctrina alemana dominante se diferencia entre «tipo legal» o «tipo a efectos del error» en el sentido del § 16 I StGB, que

únicamente comprende los hechos y no los elementos anímicos, y «tipo sistemático», que incluye los elementos subjetivos[56], diferenciación que, obviamente, viene impuesta ya por la idea de incluir el dolo dentro del propio tipo como parte subjetiva[57].

D) CRITERIOS DE IDENTIFICACIÓN. SU DELIMITACIÓN DEL DOLO Y DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA CULPABILIDAD

En el seno de la concepción significativa, la circunstancia de que los elementos subjetivos del tipo de acción y el dolo cumplan funciones distintas y pertenezcan a niveles sistemáticos diferentes obliga, ante todo, a perfilar nítidamente el concepto de aquéllos, de manera que puedan ser distinguidos del dolo y, en su caso, de otros elementos subjetivos (si es que existen) que no pertenecen al tipo de acción ni a la ilicitud, sino a la culpabilidad. Precisamente, este es uno de los aspectos que ofrece mayor confusión en la doctrina y la jurisprudencia, dado que existe una gran inseguridad a la hora de caracterizar muchos de estos elementos y de adscribirlos a una u otra categoría sistemática del delito, una confusión que se acrecienta en la medida en que no existe unanimidad a la hora de caracterizar el dolo, que unos ven como un elemento de la culpabilidad y otros como la vertiente subjetiva del tipo, mientras que aquí se acoge una posición diferente.

Si, de nuevo, dejamos al margen la posición de la doctrina italiana dominante[58], en la doctrina alemana actual está muy extendida la idea de que el principal problema conceptual consiste en delimitar los elementos subjetivos del tipo de los elementos subjetivos especiales de la culpabilidad[59], mientras que en la doctrina española semejante delimitación no ha hallado mucho eco[60], y cuando lo ha tenido ha sido fundamentalmente para poner en tela de juicio (en mi opinión, con razón) la existencia de tales elementos subjetivos de la culpabilidad[61], cuando menos en el sentido y con la amplitud otorgados por la doctrina alemana.

El interés mostrado desde antiguo por la doctrina alemana hacia los especiales elementos subjetivos de la culpabilidad se asienta en la existencia de elementos como la «codicia» o «cualquier otro móvil abyecto» en el delito de asesinato del § 211 StGB, que mayoritariamente se han venido considerando como elementos de la culpabilidad, y no como elementos subjetivos del injusto. Elementos como los apuntados plantearon la necesidad de fijar la diferencia conceptual entre elementos pertenecientes al injusto y elementos pertenecientes a la culpabilidad, una diferencia que la opinión dominante sitúa en la idea rectora de que los elementos pertenecientes al injusto se caracterizan por su referencia al tipo delictivo, sea porque se vinculan al bien jurídico, sea porque afectan al objeto de la acción, sea, en fin, porque tienen relación con el desvalor de acción; en cambio, cuando el elemento en cuestión no se refiere al tipo delictivo, sino que únicamente describe motivos, sentimientos y actitudes internas independientes de aquél (y agravantes por regla general) se trata de elementos de la culpabilidad[62]. Así, dicha idea rectora serviría para reconducir un determinado elemento al injusto o a la culpabilidad, como, p. ej., sucede con el «ánimo de enriquecimiento», que en el delito del § 263 StGB sería un elemento del tipo, y, en cambio, en el delito del § 211 sería un elemento de la culpabilidad (Rn. 74), del mismo modo que lo es el elemento de la «codicia» (u otro «móvil abyecto»), habida cuenta de que el deseo de ganancia del autor es independiente del bien jurídico y tampoco caracteriza una forma específica de ataque ni aporta nada en otros aspectos de la caracterización del tipo delictivo[63].

Dentro de los especiales elementos de la culpabilidad (o al menos vinculados a ellos) particular mención han merecido los denominados elementos de la actitud interna (*Gesinnungsmerkmale)*[64], que describen una disposición interna censurable del sujeto al realizar una conducta típica claramente perfilada en su aspecto externo, como, p. ej., sucede con las expresiones «maliciosamente» o «desconsideradamente», de las cuales el legislador hace

depender la punibilidad[65]. Por otra parte, al lado de estos elementos de la actitud interna (que acostumbran a denominarse «propios») se sitúan otros que se califican de «impropios», porque pertenecen en parte al injusto y en parte a la culpabilidad, como sucede señaladamente con el elemento «cruelmente» en el delito de asesinato (§ 211 StGB), que es interpretado por la jurisprudencia como la «causación de especiales dolores o torturas a la víctima por una actitud inmisericorde y sin sentimientos»: la causación de dolores sería un elemento del injusto, porque afecta al modo de provocar la muerte, mientras que la «actitud inmisericorde» (que se añade como elemento autónomo, no necesariamente unido a la causación del dolor) sería un componente de la culpabilidad[66]. Con todo, no han faltado autores que, como WELZEL, han incluido como una de las clases de elementos subjetivos del injusto los elementos que él denominó «momentos especiales de la actitud interna» (*die besondere Gesinnungsmomente*), que van más allá del concepto «relativamente burdo» del dolo y que caracterizan o fundamentan el contenido específico de desvalor ético-social del hecho, correspondiendo, por tanto, al injusto[67].

Sin embargo, en la doctrina española se ha venido interpretando habitualmente que la mayoría de los elementos que en el seno del CP español pudiesen ser *mutatis mutandis* equivalentes a los ejemplos propuestos por la doctrina alemana son ajenos a la culpabilidad, puesto que se trata de elementos subjetivos del injusto que agravan o disminuyen el desvalor subjetivo (o, en ocasiones, el desvalor subjetivo-objetivo) de la acción y determinan la clase y gravedad del tipo penal. Así sucede, v. gr., con elementos tales como obrar con alevosía (art. 139-1ª), por precio, recompensa o promesa (art. 139-2ª) o con ensañamiento (art. 139-3ª) en el asesinato, o con el elemento «manifiesto desprecio por la vida de los demás» en el delito del art. 381-1.

Fiel exponente de esta caracterización es LUZÓN[68], quien, partiendo de la base de que la culpabilidad significa un filtro que, en función de la motivabilidad del sujeto por la norma, permite excluir total o parcialmente la posibilidad de atribución individual al sujeto del hecho injusto con toda su gravedad objetiva o subjetiva (premisa que personalmente comparto), considera que tales elementos subjetivos o anímicos no tienen que ver con la culpabilidad, sino que co-fundamentan, agravan o disminuyen el desvalor subjetivo (a veces subjetivo-objetivo) de la acción y determinan la clase y gravedad del tipo; de ahí que, a su juicio, sean también elementos subjetivos del tipo o del injusto. Justo es reconocer, empero, que la inclusión de los elementos subjetivos del hecho que caracterizan la actitud interna del sujeto en el tipo de injusto fue propuesta ya primigeniamente en la doctrina española por MIR[69], quien en la actualidad sigue considerando que los elementos de la actitud interna quedan incluidos entre los delitos de tendencia intensificada[70]. Y justo es reconocer también que, en una línea próxima, GÓMEZ BENÍTEZ puso de relieve que existían elementos que «aun siendo demostrativos de una especial actitud interna, influyen directamente en la naturaleza del injusto», como, v. gr., la alevosía, aunque después introducía la importante matización de que, en realidad, ningún elemento genérico de la actitud interna pertenece ni al tipo ni a la culpabilidad, puesto que «constituyen meros criterios para la concreta medición o aplicación de la pena» y por eso estaban sometidos a las reglas del antiguo art. 60 CP, y no a las reglas previstas para el error sobre el tipo[71].

Por otra parte, al lado de los elementos citados, existen en el CP otros, como «a sabiendas», «maliciosamente», «intencionadamente», «de propósito», etc., que se han interpretado tradicionalmente en la doctrina española como una alusión al dolo o, en su caso, al dolo directo (sea al de primer grado se al de segundo grado)[72].

Así las cosas, examinada la cuestión de los elementos especiales subjetivos de la culpabilidad, queda por analizar la distinción primordial, a saber, la diferencia entre los genuinos elementos subjetivos del tipo y el dolo.

En principio, cabría partir aquí también del criterio rector anteriormente apuntado a la hora de diferenciar entre elementos subjetivos del injusto y elementos subjetivos de la culpabilidad: su relación, o no, con el tipo de injusto.

En este sentido, en la doctrina española merece destacarse la opinión de COBO/VIVES, para quienes si los términos subjetivos «determinan la existencia de lesión o puesta en peligro del bien jurídico, o una mayor o menor lesión o puesta en peligro», se trataría de elementos subjetivos del injusto; «si, por el contrario, fundamentan tan sólo un aumento o una disminución de la reprochabilidad del hecho (…) serían referencias subjetivas incardinadas en la culpabilidad». Con todo, matizan que «la mayoría de las veces, aunque no siempre, el recurso a este criterio permitirá obtener una solución clara»[73].

Asimismo, para el sector minoritario de la doctrina italiana, que parte de la base de que el *dolo specifico* no es una forma de dolo, aquél se configura como un elemento subjetivo del tipo que otorga ofensividad a la conducta[74].

A mi juicio, a lo anteriormente expuesto cabría añadir ahora algo que también se suele aducir en la doctrina alemana, esto es, que esa relación con el tipo de injusto no implica que los elementos subjetivos del tipo se caractericen por pretender un resultado en el mundo exterior, excluyendo aquellos elementos que sean «puramente internos»[75]. Asimismo, hay que compartir la idea de renunciar a buscar un criterio diferencial decisivo a partir de la concreta formulación lingüística del elemento en cuestión[76], que, como sabemos, es muy variada, tanto en el Derecho alemán como en el español: p. ej., ánimo, propósito, intención, con el fin de, para, etc. Eso sí, por mi parte simplemente matizaría que la formulación lingüística empleada sí podría servir para descartar que un determinado elemento sea entendido en un sentido subjetivo, que es lo que, a mi juicio, sucede con aquellos elementos que aparecen regidos por la preposición «en», según tendremos ocasión de analizar después.

Ahora bien, con la referencia al tipo de injusto no está dicho todo, puesto que se trata de un criterio impreciso que requiere una ulterior concreción. Y esa concreción debe venir dada por el dato de que el elemento subjetivo del tipo tiene que *añadir* algo a la conducta típica *objetivamente* descrita[77], un dato que fue apuntado ya, en la doctrina italiana, por FINZI y del que se ha hecho eco en la doctrina española GUARDIOLA, quien además introduce una trascendental matización desde la perspectiva de la concepción significativa: subraya que, ciertamente, el elemento subjetivo añade algo a los elementos *objetivos* del tipo, pero no se puede afirmar que añada algo a la *acción*, por la sencilla razón de que el elemento subjetivo *es* también, obviamente, parte integrante de la acción[78].

En suma, el elemento subjetivo del tipo otorga un *significado* distinto a la conducta objetiva realizada y la dota de relevancia penal, a diferencia de lo que sucede con los elementos subjetivos que se limitan a aludir al dolo, los cuales no agregan nada a la conducta objetiva llevada a cabo por el sujeto y, por tanto, no le proporcionan un nuevo significado a la acción objetivamente descrita.

Así, por ejemplo, en el caso de los delitos de violación de secretos el ánimo de descubrir un secreto viene a añadir al comportamiento objetivo de apoderamiento de documentos u otros objetos algo decisivo para la relevancia penal del tipo de los arts. 197 y 278 CP. Y lo mismo cabe predicar del ánimo de lucro (concebido como ánimo de apropiación definitiva) con respecto al comportamiento objetivo de «tomar una cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueño» en el delito del art. 234 CP, sin el cual existiría un tipo diferente o no existiría tipo penal alguno[79].

En atención a ello, cabría anticipar aquí que, entre los diversos elementos subjetivos del tipo mencionados en la doctrina y la jurisprudencia, únicamente los elementos subjetivos que dan lugar a los denominados delitos de intención (así como los delitos con elementos de actitud interna en el sentido más arriba expuesto, cuando menos en lo que se refiere a

los elementos mixtos) se adaptarían cabalmente a la caracterización aquí apuntada[80], mientras que, por el contrario, quedarían fuera de esa caracterización las restantes clases, esto es, los delitos de tendencia interna intensificada y los delitos de expresión[81], cuyos ejemplos más conspicuos, por cierto, se nutren de casos de elementos subjetivos que no aparecen expresamente descritos en los tipos sino que se deducen tácitamente por la doctrina o la jurisprudencia. De este modo, elementos como el *animus iniuriandi* o el ánimo libidinoso o de involucrar a otro en un contexto sexual no serían elementos subjetivos del tipo de acción, sino que forman parte del dolo.

Ello no obstante, hay que reconocer que de *lege lata* pueden identificarse algunos ejemplos de elementos subjetivos de esta índole que aparecen expresamente descritos en los tipos, como sucede con el «ánimo de ultraje» en el delito del art. 526. Ahora bien, según analizaré después, lo que hay que preguntarse ante casos como éste es si el elemento subjetivo viene a añadir algo al dolo y resulta imprescindible para otorgar relevancia penal a la conducta, interrogante que, a mi juicio, debe ser respondido negativamente.

Finalmente, conviene advertir de que, con todo, resultará imprescindible perfilar acabadamente los respectivos conceptos, así como efectuar un análisis caso por caso de cada elemento en cuestión, puesto que en ocasiones la doctrina no se pone de acuerdo a la hora de incluir un determinado elemento subjetivo en una u otra categoría. Así, según se acaba de indicar, esta confusión se origina ya con uno de los elementos subjetivos más característicos de los que se contienen en el CP español, como es el «ánimo de lucro» en el delito de hurto del art. 234, elemento que para la opinión mayoritaria es uno de los más genuinos ejemplos de intención o tendencia interna trascendente[82], mientras que para otros es el más clásico ejemplo de delitos de tendencia interna[83] y otros, en fin, ni siquiera lo mencionan en ninguna de las dos categorías[84]. A mi juicio el hurto nos ofrece un ejemplo de delito de intención, pero a condición de que se interprete (como indiqué más arriba y como creo correcto) que en los delitos de apoderamiento el ánimo de lucro debe ser concebido como ánimo de apropiación de la cosa (como sucede en el StGB alemán); de lo contrario, podría entenderse, en efecto, que, como escribe GUARDIOLA, «lo más coherente … es leer una tendencia intensificada»[85]. Del mismo modo, así como la mayoría de la doctrina incluye el *animus iniuriandi* entre los delitos de tendencia intensificada, algunos autores[86] lo incluyen entre los delitos de intención.

E) EL CASO PARTICULAR DE LA TENTATIVA. ¿EXISTE UN ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO EN LA TENTATIVA?

Bajo la influencia de la doctrina causalista se ha sostenido que en el tipo de la tentativa existe un elemento subjetivo del injusto[87], integrado por «la intención de consumar el hecho previsto por la ley como delito», según algunos[88], o, sencillamente, por una «resolución delictiva», según otros[89].

La necesidad de identificar semejante elemento subjetivo resulta obvia en el seno de la doctrina causalista, habida cuenta de su premisa de situar el dolo en la culpabilidad, fuera del tipo de injusto: si dicha intención es imprescindible para que la conducta externa adquiera el significado objetivo de tentativa contraria a Derecho, y esa intención no puede ser el dolo, entonces forzosamente tendrá que ser un especial elemento subjetivo del injusto.

Sin embargo, frente a esta solución opuso WELZEL su famoso argumento: si la voluntad de consumación pertenece sin duda al tipo de injusto de la tentativa, no podrá dejar de pertenecer al tipo por el hecho de que se alcance la consumación, pues ¿cómo explicar que el dolo pase o no del tipo a la culpabilidad por el hecho de que la bala dé o no en el blanco?[90].

De ahí que en la actualidad, abandonado el pensamiento causalista por parte de la doctrina dominante, se coincida mayoritariamente en afirmar que la voluntad de consumación forma parte del dolo de la tentativa y que, dado

que el dolo integra la vertiente subjetiva del tipo, la ausencia de la intención de consumar el hecho excluye ya el tipo, con lo que se llega a una conclusión dogmáticamente congruente con las premisas de las que se parte y político-criminalmente satisfactoria[91].

Ahora bien, en el seno de la opinión dominante merece ser destacada la sugerente matización de MIR, quien, al analizar el tipo subjetivo de la tentativa, distingue entre la tentativa inacabada y la acabada. Con respecto a esta última, admite que el tipo subjetivo ha de ser ciertamente el mismo que en el delito consumado[92]. Sin embargo, en la tentativa inacabada el tipo subjetivo «debe distinguirse del de la consumación por un dolo distinto, que sólo alcanza a la parte de ejecución conseguida, y por un *elemento subjetivo del injusto* adicional que exige la *intención de completar* la ejecución», puesto que «en la tentativa inacabada la voluntad de realización de los actos ejecutivos efectivamente practicados no puede identificarse con el dolo del delito consumado. Que el autor haya querido realizar (haya impulsado la realización de) una parte de la ejecución con ánimo de consumación (esto es la tentativa) no prueba *todavía* que el mismo hubiera mantenido su voluntad hasta llegar a la total ejecución»[93].

Aunque esta opinión ha sido objeto de crítica[94], creo que, desde la óptica de la opinión dominante, la matización de MIR es correcta y que, además, sienta un punto de partida parcialmente coincidente con el que aquí se va a utilizar para caracterizar la vertiente subjetiva de la tentativa a la luz de la concepción significativa del delito[95]. En efecto, una cosa es el dolo de la tentativa, que ha de abarcar el conocimiento y la voluntad de realizar una parte de los actos ejecutivos, y otra cosa *diferente* es la intención de consumar el hecho típico (o de completar la ejecución). Y la matización de MIR cobra verdaderamente relevancia cuando la cuestión se aborda desde la perspectiva de la concepción significativa, en la que el dolo y el especial elemento subjetivo del tipo (integrado éste por la resolución de consumar el hecho típico) cumplen funciones distintas y se incluyen en niveles sistemáticos diferentes de la teoría del delito: el primero, en la pretensión de relevancia y el segundo, en la pretensión de ilicitud. Desde la perspectiva de la concepción significativa las críticas dirigidas a la tesis de MIR pierden toda razón de ser.

Para entenderlo así hay que tener en cuenta que la resolución de consumar el hecho típico es ya imprescindible para la configuración del riesgo objetivamente relevante en la acción de tentativa. Y creo que a esta conclusión puede llegarse también a partir de otras concepciones del delito, al margen de la concepción significativa. Así se desprende, desde luego, de la opinión de SILVA[96], quien subraya que «existen elementos que, pese a ser tenidos normalmente en cuenta sólo a efectos de imputación subjetiva, poseen, por el significado *transcategorial* de la mayor parte de las connotaciones de la acción humana, también trascendencia en el plano objetivo» y añade que «por ejemplo, la existencia de una conducción final no es sólo un elemento de la imputación subjetiva, sino que también debe ser tenido en cuenta en la configuración del riesgo objetivamente relevante».

Si no existe dicha resolución no hay ya, por tanto, el principio de ejecución del delito por hechos exteriores que el art. 16 CP incluye en el concepto de tentativa, porque en los delitos intentados el acontecimiento externo sólo deviene peligroso en tanto en cuanto haya sido encaminado por el autor a la lesión del bien jurídico. Es ya el propio concepto de ejecución típica el que exige la comprobación de la peligrosidad potencial de la acción para el bien jurídico[97].

Esta fundamentación sería suficiente ya para considerar que la ausencia de la resolución de consumar el hecho típico es un dato que debe ser examinado en la pretensión de ofensividad, puesto que excluye la dimensión valorativa del tipo de acción. Con todo, entiendo incluso que dicha ausencia hace ya conceptualmente irrelevante para el Derecho penal la conducta del autor, esto es, no existe ya el tipo de acción de la tentativa desde el punto de vista puramente definitorio (tipicidad en sentido estric-

to), porque sin ese momento subjetivo (que es el que permite resolver la equivocidad de la conducta de tentativa)[98] no hay ya la clase de acción que interesa al Derecho penal.

En suma, sea como fuere, desde la perspectiva de la concepción significativa lo que resulta indudable es que si falta en el autor la resolución de consumar el hecho típico, queda excluida ya la antijuridicidad material, sin que tenga sentido, pues, esperar a comprobar la ausencia de la infracción de la norma personal de conducta (en el plano de la antijuridicidad formal o ilicitud). Por tanto, la comprobación del especial elemento subjetivo integrado por la referida resolución es previa, en un sentido lógico, a la constatación del dolo de realizar los actos ejecutivos exigidos en el tipo.

De ahí que convenga hacer hincapié en que el especial elemento subjetivo no consiste, en puridad, en una «resolución delictiva», sino en una resolución de consumar el hecho previsto por la ley como delito (que es, en rigor, una cosa diferente). Con ello pretendo subrayar que, en la medida en que se concibe como un elemento del tipo de acción (regido por la pretensión de relevancia), dicha resolución no prejuzga todavía el conocimiento y la voluntad propios del dolo, que pertenece a una pretensión de la norma lógicamente posterior y que podrá después quedar excluido si no se proyecta sobre los requisitos objetivos que conforman el principio de ejecución del hecho típico.

Así las cosas, la tesis aquí mantenida no coincide con la que, como señalé más arriba, sustentaban COBO/VIVES, desde el momento en que para estos el especial elemento subjetivo del injusto de la tentativa debía abarcar no solo la intención de consumar el delito, sino además los actos ejecutivos realizados. Tampoco coincide plenamente con la posición de MIR, puesto que, desde la perspectiva de la concepción significativa, el específico elemento subjetivo del tipo no es un elemento adicional al dolo, sino que es previo a éste.

Por otra parte, desde la perspectiva de la concepción significativa ello supone entonces que un principio de ejecución así configurado, con la exigencia del especial elemento subjetivo, es el que constituye el tipo de acción del delito intentado y el que sirve, pues, como regla intersubjetiva de cara a terceros, permitiendo la posibilidad de participación y de actuaciones defensivas de terceros.

Así, para poder castigar al partícipe se requerirá que el autor haya dado principio a la ejecución del delito (incluyendo la resolución de consumar el hecho típico). Y es que, si la regla intersubjetiva quedase restringida a la parte objetiva del tipo de acción de la tentativa, tal conclusión nos abocaría a una insatisfactoria consecuencia político-criminal: dado que, con arreglo a las premisas de la concepción significativa, el dolo no forma parte del tipo de acción (y, por tanto, no pertenece a la pretensión de relevancia, reveladora de la antijuridicidad material), sino que integra la pretensión de ilicitud (antijuridicidad formal), habría que admitir la existencia de un tipo de acción de tentativa penalmente relevante en quien realiza determinados actos objetivos externamente coincidentes con los de un tipo penal, pero que son realmente inocuos para un bien jurídico penal porque el autor obraba sin intención alguna de cometer un delito

En cambio, si tal resolución de consumar el hecho típico no concurre, el partícipe quedará impune por más que él hubiese obrado en la creencia de colaborar en una acción de tentativa. Por seguir operando con el relatado ejemplo de COBO/VIVES, si un sujeto que cree que otro se dispone a penetrar en una morada ajena para robar le ayuda para que trepe por la fachada de la casa, no responderá criminalmente si el trepador lo hacía por puro equilibrismo. Por más que podamos afirmar que el colaborador infringe su norma personal de conducta, no lleva a cabo actos de participación punible porque el autor no realiza el tipo de acción de la tentativa de allanamiento o del robo, un tipo de acción que, como queda dicho, debe incluir la resolución de consumar el hecho típico.

Finalmente, cuestión diferente es que se analice el elemento subjetivo propio de la tentativa en un delito que requiera, a su vez, un

especial elemento subjetivo del tipo, cuestión a la que no suele referirse habitualmente la doctrina, si bien no faltan penalistas que lo han hecho[99]. En tal caso habría que distinguir teóricamente dos elementos subjetivos: el especial elemento subjetivo requerido en el tipo y el elemento perteneciente a toda tentativa, consistente en la intención de consumar el hecho típico.

Ahora bien, repárese en que en los delitos de intención lo que sucede es que la constatación del especial elemento subjetivo del tipo abarca ya el elemento subjetivo propio de la tentativa, puesto que, por definición, el objeto de aquel elemento subjetivo coincide con (o incluso va más allá de) la consumación del hecho típico. Así, v. gr., en el hurto el ánimo de lucro (o ánimo de apropiación definitiva de la cosa) presupone ya la voluntad de disponer potencialmente de la cosa sustraída (momento consumativo).

Téngase en cuenta al respecto que los tipos de intención coinciden con los tipos de imperfecta realización en ser tipos *incongruentes* por exceso subjetivo, o sea, el autor quería llegar más lejos de lo que ha conseguido objetivamente[100]. Con relación a ello ha matizado GUARDIOLA que en la tentativa «más que un supuesto de excedencia subjetiva, nos encontramos en un caso de falta objetiva»[101]; ello no obstante, aunque esta matización tenga sentido si se parte de la base (*objetiva*) de que el tipo de la tentativa va referido a un tipo penal completo (consumado) en el caso concreto, ello no desvirtúa la calificación de tipo incongruente por exceso subjetivo, en la medida en que aquí la incongruencia se observa desde la perspectiva (obviamente *subjetiva*) del autor. De hecho, desde esta segunda perspectiva es desde la que se puede afirmar asimismo que los tipos imprudentes suponen un exceso *objetivo*, dado que se produce un resultado no querido por el autor[102].

F) FUNDAMENTO

En este apartado se examina la razón de ser de la incorporación de los elementos subjetivos a los tipos penales. Aunque para referirse a ello podría hablarse al respecto también de «función» (o «funciones»), como hacen algunos penalistas[103], a mi juicio resulta preferible reservar este vocablo —según indiqué más arriba— para aludir a la misión que desempeña el elemento subjetivo en el seno del tipo de acción y, por añadidura, en el marco de la teoría jurídica del delito

A ello todavía cabría añadir que se ha venido aludiendo a la función en un tercer sentido, si bien este carece de relevancia a los efectos del presente trabajo. Me refiero al papel que desempeñan en relación con la *estructura* de los tipos: en efecto, desde esta perspectiva el elemento subjetivo puede servir para *constituir* el injusto de una determinada figura delictiva, de tal modo que su ausencia determinaría la inexistencia del delito, o bien puede servir para dar lugar a tipos *cualificados* o *privilegiados* a partir del delito base[104].

Por tanto, ahora no se trata ya de analizar la vertiente formal (valga la expresión) o estrictamente dogmática, sino la vertiente material, que es la que nos descubre cuáles son las razones que subyacen en la inclusión de un elemento anímico para definir una acción penalmente relevante.

Evidentemente, tal análisis estará condicionado por la caracterización que se efectúe de estos elementos, una caracterización sobre la que —como queda dicho— la concepción significativa de la acción ofrece nuevas perspectivas que inciden en su fundamentación: recuérdese que el elemento subjetivo se caracteriza por *añadir* algo (algo relacionado con la pretensión de relevancia, trátese de la pretensión puramente conceptual, vinculada a la descripción del tipo de acción, trátese de la pretensión de ofensividad, vinculada a la dimensión valorativa del tipo de acción) a la conducta típica *objetivamente* descrita, de tal forma que le confiere un *significado* distinto; el elemento subjetivo hace surgir así una nueva *acción*, con una relevancia penal específica diferente de la que poseería la acción integrada sólo por los términos típicos objetivos, de tal manera que sin el elemento subjetivo la conducta sería ya

irrelevante para el Derecho penal o integraría un tipo penal diferente.

Así las cosas, de nuevo, cabe diferenciar un doble plano en nuestra indagación: de un lado, de *lege lata,* hay que examinar cuál es el fundamento de aquellos elementos subjetivos que el legislador ha incluido inequívocamente en los tipos penales; de otro lado, de *lege ferenda,* habrá que dilucidar, de acuerdo con las premisas aquí acogidas y a la vista de la caracterización propuesta, cuál debería ser, en rigor, el fundamento (o los fundamentos) de tales elementos, con el fin de extraer las pertinentes consecuencias de cara a una futura política legislativa.

Prescindiendo de antecedentes[105] que carecen de relevancia para esta investigación, cabe recordar que el nacimiento dogmático de la categoría surge en el marco de una concepción causal de la acción, en el seno de la cual se puso de relieve que no era posible determinar el injusto específico de numerosas figuras delictivas de una manera puramente objetiva. Frente a la caracterización hasta entonces vigente, que asignaba al tipo todos los elementos objetivos o externos de la acción y relegaba a la culpabilidad todos los elementos subjetivos, se opuso que tal proceder era «insostenible»[106].

Así, cabría decir que la institución surgió ante la necesidad de explicar determinados elementos anímicos que resultaban imprescindibles para caracterizar un determinado tipo delictivo y que no pertenecían a la culpabilidad, en virtud de lo cual, más que una explicación de su fundamento, lo que se ofrece es una constatación acrítica de la presencia de dichos elementos y de la necesidad de su traslado desde la culpabilidad a la antijuridicidad[107], tras descubrirse el equívoco histórico acerca del carácter objetivo de la antijuridicidad propiciado por el concepto causal de la acción[108]. Y es que, en efecto, a partir de este momento hay unanimidad en entender que la antijuridicidad posee, ciertamente, un carácter objetivo, en el sentido de que comporta un juicio de desvalor de carácter general, realizado por el ordenamiento jurídico, pero ello no quiere decir que dicho juicio de desvalor deba recaer exclusivamente sobre el lado objetivo o externo de la acción.

Con todo, no han faltado opiniones que han tratado de buscar un verdadero fundamento en la utilización de elementos subjetivos en las descripciones de determinadas figura delictivas.

Ciñéndonos al Derecho español, cabe destacar la temprana opinión de CÓRDOBA, quien, a diferencia de otros penalistas que se habían ocupado del tema, no se limita a constatar la existencia de tales elementos en el Derecho español y a aludir simplemente a su necesidad para la concreta figura delictiva, sino que hace hincapié en que estos desempeñan la misión de influir en el desvalor de acción, el cual resulta imprescindible para la integración del tipo de injusto, al lado del desvalor de resultado[109]; sin embargo, repárese en que esta afirmación alude más bien a la función que cumple el elemento subjetivo en la conformación del concreto injusto que a una fundamentación material propiamente dicha.

De ahí que, por lo que alcanzo a ver, sea RODRÍGUEZ MOURULLO, quien, por primera vez en nuestra doctrina, les atribuyó una nítida explicación de su fundamento, al señalar (acogiendo la opinión de MEZGER) que, cuando la ley lo exige, el elemento subjetivo del injusto cumple la misión de aclarar la equivocidad de la conducta objetivamente descrita, en su aspecto externo, para poder afirmar su antijuridicidad, lo cual obliga al legislador «a anticipar al tipo de injusto especiales elementos psíquicos que permitan superar aquella equivocidad y decidir si estamos a presencia de una conducta típicamente injusta, o no»[110]. Eso sí, debe aclararse que posteriormente este penalista matizó que «la anticipación de elementos subjetivos del injusto al ámbito de la antijuridicidad suele obedecer bien a la equivocidad del aspecto objetivo del hecho bien al propósito de adelantar la línea de punibilidad», citando como ejemplo de lo primero el ánimo lúbrico en los delitos sexuales y de lo segundo, el ánimo (v. gr. el ánimo de lucro) en los delitos de intención[111].

Ello no obstante, esta doble fundamentación requiere efectuar algunas puntualizaciones.

En lo que atañe a la primera de las fundamentaciones citadas, hay que reconocer que, ciertamente, existen casos, mencionados por la doctrina, en los que es obvio que el elemento subjetivo cumple ante todo la misión de resolver la equivocidad de la conducta objetivamente descrita, en su aspecto externo, con el fin de poder decidir si estamos en presencia de una conducta típica penalmente relevante. En efecto, esta fundamentación se adaptaría perfectamente a los denominados delitos de tendencia intensificada en los términos reconocidos por la opinión doctrinal mayoritaria, como sucede, v. gr., con el referido ánimo lúbrico en los delitos sexuales.

Ahora bien, ante esta fundamentación cabe realizar dos observaciones. En primer lugar, hay que recordar que en el presente trabajo se descarta que existan delitos de tendencia intensificada, en atención a lo cual hay que concluir que en los casos reconocidos como tales por algunos autores no existe elemento subjetivo alguno. En segundo lugar, hay que tener en cuenta que, concebida en un sentido más amplio, la misión de resolver la equivocidad de la conducta objetivamente descrita podría predicarse de la práctica totalidad de elementos subjetivos del injusto, sin perjuicio de hallar en ellos otra clase de fundamentación. Así sucede, a mi juicio, en delitos de intención, como, sin ir más lejos, el delito de hurto, citado por RODRÍGUEZ MOURULLO como ejemplo en el que el ánimo de lucro (o de apropiación definitiva) desempeña la misión exclusiva de anticipar la línea de punibilidad: a mi modo de ver es indudable que, al propio tiempo que cumple esta función, resuelve asimismo la equivocidad de la conducta objetivamente descrita[112], habida cuenta de que dos acciones idénticas desde el punto de vista objetivo, consistentes en tomar una cosa mueble ajena, pueden dar lugar a un comportamiento conforme a Derecho o contrario a él, según sea para utilizarla temporalmente y devolvérsela a su dueño o para apropiarse definitivamente de ella y lucrarse[113]. Con todo, es cierto que la fundamentación de resolver la equivocidad de la conducta objetivamente descrita no serviría para otros supuestos que se incluyen entre los delitos de intención, puesto que no se adapta ya a algunos genuinos delitos cortados de resultado, como el ánimo de causar un perjuicio a otro en algunos delitos de falsedad documental (arts. 393, 394, 395 y 396)[114], dado que aquí la acción falsaria es en rigor plenamente unívoca y lo que sucede es sencillamente que el legislador entiende que, para la relevancia penal de esa clase de falsedades (en las que la acción objetiva consiste simplemente en hacer uso de un documento falso o en falsificar un documento privado), es necesario un requisito ulterior que confiera lesividad al comportamiento, aunque no hasta el extremo de esperar a que la realización de la conducta falsaria cause un efectivo perjuicio a otro, dado que basta con que el agente actúe guiado por el ánimo de perjudicar. Eso sí, de *lege ferenda* habría que plantearse aquí si tiene sentido mantener tales elementos subjetivos, dado que lo lógico sería convertirlos en elementos objetivos que expresasen la idoneidad objetiva de la acción falsaria para perjudicar a otro, según explicaré después[115].

En lo que concierne a la segunda de las fundamentaciones citadas (la de adelantar la línea de punibilidad), también hay que efectuar algunas observaciones.

Ante todo, hay que matizar que ciertamente esta fundamentación es correcta desde un punto de vista meramente formal, esto es, si se entiende que en algunos delitos (en los llamados delitos mutilados de dos actos[116] y en los cortados de resultado[117]) la consumación objetiva se anticipa a la subjetiva, o sea, se produce un adelantamiento del momento consumativo con respecto a la intención subjetiva del agente[118]; pero ello no quiere decir que implique necesariamente un adelantamiento objetivo de la tutela penal desde un punto de vista material.

Para que hubiese un adelantamiento de la tutela penal desde esta última perspectiva habría que demostrar que la pena prevista para el

tipo de acción construido como delito de intención (a través de un elemento subjetivo) es superior a la que se le asignaría a una tentativa del delito que resultaría de incorporar al tipo penal el segundo acto o el resultado que constituyen el objeto del citado elemento subjetivo. Y ciertamente ello puede descubrirse con claridad en algunas figuras de delito, como, v. gr., sucede en la acción de poseer drogas para traficar, que recibe la misma pena que la acción de tráfico efectivo, en el art. 368, o también incluso en delitos como el del art. 278 CP, puesto que, si bien se prevé además como tipo cualificado (o sea, castigado con mayor pena) el supuesto de que se hubiese realizado el resultado que constituye el objeto del elemento subjetivo, lo cierto es que la pena asignada al delito de intención del apartado 1 es muy superior a la que correspondería a una tentativa del tipo del apartado 2; pero no siempre sucede así, puesto que en otras ocasiones el legislador se limita a tipificar únicamente el delito de intención sin incluir el segundo acto o el resultado al que se dirige dicha intención (ej., arts. 393, 394, 395, 396, 472), con lo que no resulta sencillo saber si existe un adelantamiento de la punibilidad, o no, en el antecitado sentido material. Y algo semejante puede predicarse de aquellos delitos de emprendimiento que se limitan a tipificar como delito autónomo una tentativa, que se eleva, por tanto, a la categoría de delito consumado, como, v. gr., los atentados a la independencia judicial[119]. En cambio, sí existiría un adelantamiento de la línea de punibilidad en aquellos delitos que castigan con la misma pena la tentativa y el delito consumado, como paradigmáticamente sucedía con la conducta de «corromper o intentar corromper» en la modalidad de cohecho del antiguo art. 423 CP[120].

Algo similar a lo que se acaba de exponer cabría decir, *mutatis mutandis*, de otra de las funciones que apunta un sector doctrinal, a saber, una función restrictiva de la punibilidad[121]. Esta fundamentación también debe ser matizada, puesto que tendrá sentido solo si se aclara que el elemento subjetivo restringe la punibilidad de aquello que se describe a través de los elementos objetivos del tipo[122], pero no en el sentido usual otorgado a dicha expresión (como cuando se utiliza para explicar la función de las condiciones objetivas de punibilidad propias, que presuponen ya la existencia de un injusto culpable —una conducta merecedora de pena—, por lo que se erigen en un elemento adicional que opera como factor excepcionalmente agregado a los elementos objetivos y subjetivos de imputación[123]), puesto que en tal caso habría que demostrar que la conducta objetiva (sin la concurrencia del elemento subjetivo) ya era por sí misma merecedora de la pena asignada por el legislador, y tal circunstancia no concurre en los delitos que incluyen elementos subjetivos del injusto, ni siquiera en los delitos de intención, en los que la acción objetiva, en sí misma considerada, no es merecedora de dicha pena, sino que únicamente lo es cuando se asocia al elemento subjetivo[124]. En atención a ello, desde esta perspectiva lo que cabría concluir es más bien lo contrario, en sintonía con lo que anticipé más arriba: dicho elemento viene a añadir el plus de gravedad que necesita una determinada conducta objetiva para ser penalmente relevante[125].

Como conclusión de todo lo expuesto hay que señalar que, con carácter general, lo único que cabe asegurar es que los elementos subjetivos (que, a mi juicio, son siempre de intención) poseen el fundamento que corresponde a cualquier otro elemento del tipo de acción, esto es, aporta la necesaria relevancia o la necesaria ofensividad a la figura delictiva[126]. Y la única matización que podría añadirse es la de que en algunos casos la utilización del elemento subjetivo sirve para anticipar la línea de punibilidad, puesto que comporta castigar el tipo de acción construido como delito de intención con una pena superior a la que correspondería a una tentativa del delito que surgiría si se incorporase al tipo penal el segundo acto o el resultado que constituyen el objeto del citado elemento subjetivo.

Por último, conviene aclarar que, naturalmente, es posible hablar de fundamento de los elementos subjetivos en un sentido diverso al

hasta aquí relatado. Me refiero al que descubre las específicas razones político-criminales, propias de cada figura delictiva, que en el caso concreto aconsejan sustituir la realización de un acto o la consecución de un resultado por la mera intención de realizarlo o de conseguirlo. Ello no obstante, esta indagación (que pertenece a la «Parte especial») queda al margen de la presente investigación básica, sin perjuicio de que en las páginas siguientes me ocupe de algunos casos en los que tales razones no existen, y con relación a los cuales se proponga, por ende, que esos elementos subjetivos deban ser eliminados o reemplazados por elementos objetivos.

3. SEDICENTES ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL INJUSTO EN LA LEGISLACIÓN PENAL ESPAÑOLA: INDICACIONES DE POLÍTICA LEGISTATIVA

A) INTRODUCCIÓN

En las páginas anteriores se ha identificado el problema político-criminal que suscita la inclusión de elementos subjetivos en los tipos penales y, a continuación, se ha llevado a cabo una caracterización de tales elementos a la luz de la concepción significativa del delito, como genuinos elementos del tipo de acción.

En el presente epígrafe, en referencia exclusivamente ya al Derecho penal español, indicaré cuáles son los supuestos que, con arreglo a las premisas de las que aquí partimos, no merecen, de *lege lata*, la calificación de auténticos elementos subjetivos del tipo, sea porque se trata de elementos que pueden y deben ser concebidos en sentido objetivo sea porque en realidad se identifican con el dolo típico o con el elemento subjetivo de la justificación. En algunas ocasiones tales elementos no se hallan explícitamente definidos por el legislador, sino que son deducidos tácitamente por la doctrina o la jurisprudencia; en otras ocasiones sí aparecen expresa e inequívocamente descritos en los tipos, por lo que lo que habrá que determinar es si deben ser sustituidos por elementos objetivos o si, sencillamente, deben ser eliminados.

B) EN LOS DELITOS DE TENDENCIA INTENSIFICADA

Según anticipé más arriba, de conformidad con los presupuestos de los que aquí partimos, con carácter general deben ser rechazados aquellos elementos que, con arreglo a la interpretación usual, dan lugar a los denominados delitos de tendencia intensificada.

Ciertamente, hay que reconocer que la mayor parte de los ejemplos que se mencionan no aparecen descritos explícitamente por el legislador en los tipos penales, sino que son deducidos tácitamente por parte de la doctrina y la jurisprudencia: esto es lo que sucede señaladamente, por ejemplo, con elementos como el *animus iniuriandi* en el delito de injuria o el ánimo libidinoso o de involucrar a otro en un contexto sexual en diversos delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Con relación a estos elementos implícitos bastará, pues, con refutar los argumentos de quienes consideran necesaria la presencia de tales elementos, no requeridos por el legislador.

Ello no obstante, es indudable que de *lege lata* pueden identificarse también algunos ejemplos de elementos subjetivos que aparecen explícitamente descritos en los tipos y que podrían ser interpretados como expresivos de una tendencia intensificada: como sucede, v. gr., con los «motivos racistas, antisemitas u otros …» (art. 510) o el «ánimo de ultraje» en el delito del art. 526. En tales supuestos habrá que ofrecer una explicación alternativa de la naturaleza de estos elementos y, en su caso, efectuar propuestas de *lege ferenda*.

Por lo demás, justo es reconocer, empero, que modernamente la doctrina y la jurisprudencia han ido acotando progresivamente el campo de los clásicos «*animi*», caracterizados como elementos anímicos que se venían a añadir al dolo genérico y que tradicionalmente venían siendo calificados como «dolo específico» (así, se venía aludiendo, v. gr., a un *animus necandi, laedendi, etc.)*, del que se extraían con-

secuencias dogmáticas que iban más allá de las que se deducirían de su entendimiento como simple dolo genérico (en la práctica totalidad de los casos, para fundamentar una absolución que no se sabía fundamentar de otro modo). Sin embargo, en la inmensa mayoría de casos tales *animi* no son sino el dolo referido a aquello que objetivamente requiere el tipo, con lo cual no vienen a añadir nada al conocimiento y voluntad propios del dolo[127].

a) El *animus iniuriandi*

En lo que atañe al *animus iniuriandi* en el delito de injuria, hay que convenir con la opinión doctrinal actualmente dominante[128] en que no hay razón alguna para exigir un elemento subjetivo más allá del dolo. Es cierto que la tesis de reconocer un elemento subjetivo ha gozado de cierta tradición en la doctrina y, sobre todo, en la jurisprudencia. Sin embargo, esa tradición se vio quebrada por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional en la que inequívocamente se descarta el expediente del *animus iniuriandi* para justificar la impunidad de determinadas injurias efectuadas con fines legítimos, como singularmente los relativos a la crítica política, y se opta por acudir al ejercicio de las libertades de expresión e información, que son las que deben resolver el conflicto que se plantea con el derecho al honor[129]. En suma, son los criterios objetivos de ponderación característicos del nivel de la antijuridicidad los que deben ser utilizados aquí y no el arcaico recurso del elemento subjetivo[130]. Y ello ha sido reconocido también modernamente en diversas sentencias de nuestro TS, en las que se reconoce que el referido elemento subjetivo no se distingue conceptualmente del contenido del dolo[131].

b) El ánimo lascivo y el ánimo de involucrar a otro en un contexto sexual

En lo que concierne al ánimo lascivo, lúbrico o libidinoso (o, en su caso, el ánimo de involucrar a otro en un contexto sexual) en diversos delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, hay que convenir también con un importante sector doctrinal en que dicho ánimo no puede ser un elemento subjetivo del tipo de los mencionados delitos.

Es cierto que la opinión tradicionalmente dominante en la doctrina y en la jurisprudencia españolas ha venido resolviendo los casos dudosos, en los que se observa equivocidad en el comportamiento del agente, a través de la acreditación del ánimo lúbrico, lascivo o libidinoso que guiaba al sujeto activo en el momento de realizar la conducta. Sin embargo, es cada vez mayor el número de penalistas (y de resoluciones jurisprudenciales) que rechaza la existencia de un elemento anímico así concebido[132]. Y, en efecto, a mi juicio parece claro que, en realidad, tales casos dudosos deben ser resueltos merced a una interpretación del sentido externo de la conducta del agente, a cuyo efecto no hay necesidad alguna de acudir a la constatación de tal elemento anímico[133]. Así, en el ejemplo clásico, reiteradamente citado en la doctrina, del médico que realiza tocamientos en el cuerpo de la muchacha, lo único decisivo será saber si dichos tocamientos se adecuan a la *lex artis* y si existe consentimiento válido del paciente para llevarlos a cabo, circunstancias que se deducen ya exclusivamente a partir del significado externo de la acción realizada. Por tanto, si llegamos a la conclusión de que se trataba de un acto médico procedente y que las maniobras en el cuerpo del paciente no rebasaron lo indicado por la *lex artis*, resulta irrelevante intentar averiguar qué ánimos o deseos confluían en la mente del autor en dicho instante[134]. Conforme a los postulados de la concepción significativa, la única intención que nos interesa es la que se plasma en la acción, y si el significado externo de los hechos nos revelan que el acto médico es plenamente conforme a la lex artis, es ocioso efectuar ulteriores juicios sobre la intención subjetiva del agente. Y fuera del ejemplo del médico (o, en general, de otro profesional análogo), los restantes supuestos en los que el autor no actúa en el ejercicio de una profesión (y, por tanto, no existe *lex artis*), la cuestión se reconduce

exclusivamente a constatar si existe, o no, consentimiento del sujeto pasivo. Por lo demás, incluso en el marco de la profesión médica cabría imaginar teóricamente supuestos en que, sin ánimo lascivo alguno, el médico realiza una determinada exploración ginecológica a una paciente que se halla inconsciente, a sabiendas de que para ella tal exploración representa un atentado a su libertad sexual y no la habría consentido de haber estado consciente; coincido con GUARDIOLA[135] en que en semejante supuesto la conducta sería típica con arreglo al delito de abuso sexual, aunque no hubiese existido un ánimo lascivo (y hubiese obrado guiado por cualquier otro ánimo o incluso sin un especial ánimo), sin perjuicio, eso sí, de que la conducta pudiese estar justificada si la exploración estuviese médicamente indicada y fuese urgente.

Particular mención al respecto merece la opinión de DÍEZ RIPOLLÉS a la hora de defender la tesis de la necesidad de reconocer este elemento subjetivo. En efecto, este penalista introduce la matización de que dicha necesidad dimana del hecho de que «habrá comportamientos cuya significación sexual poco explícita objetivamente obligará a reforzar el elemento subjetivo (scil., la tendencia involucradora sexual a la que luego me referiré) a través de la exigencia de un ánimo lascivo, es decir, de una finalidad de excitar o satisfacer el impulso sexual propio o ajeno»; así, la exigencia de este ánimo servirá para extraer del tipo penal, «por falta de la magnitud suficiente» aquellas conductas que sean realizadas «con ánimo no lascivo, sino jocoso, curioso, vengativo, humillante…»[136]. Eso sí, conviene aclarar que este penalista considera que (a diferencia del ánimo de involucrar a la víctima en un contexto sexual, que él califica de genuino ejemplo de elemento subjetivo del injusto de tendencia interna intensificada) el ánimo lascivo no constituye un caso de tendencia intensificada sino uno de intención, puesto que se trata de un ánimo que, en comportamientos sexuales objetivamente equívocos, consiste en la finalidad «trascendente al resultado típico, de excitar o satisfacer el impulso sexual propio o ajeno … que va más allá de la tendencia no trascendente de colocar el suceso en un contexto sexual». Ello no obstante, recuérdese que para la opinión mayoritaria este ánimo lascivo no es un ejemplo de elemento subjetivo de intención, porque dicho ánimo se proyecta sobre la propia conducta típica objetiva del comportamiento sexual, como sucede en todos los delitos de tendencia intensificada, y, por tanto, se trata de un ánimo que acompaña ya a la acción sexual sin que, en rigor, quepa afirmar que se dirige a lograr un ulterior resultado o una ulterior actividad, distintos de la realización de la conducta sexual.

Vaya por delante que para este penalista la necesidad del ánimo lascivo se deriva de la idea rectora de asegurar en todo momento una notable relevancia en las conductas que deben incluirse en el Derecho penal sexual, a diferencia de aquellas que simplemente deben ser calificadas como coacciones, amenazas o injurias. Ahora bien, frente a esta opinión, hay que argumentar en un doble plano.

De un lado, aceptando como válida la necesidad de establecer esta distinción fundamentada en la magnitud de la conducta, la diferencia entre un delito contra la libertad sexual y unos delitos de coacciones, amenazas o injurias no puede ser establecida con base en el ánimo que guiaba al agente. La diferencia habrá de ser fijada sobre la base del mayor contenido objetivo de injusto plasmado en la acción realizada: así, de acuerdo con las premisas de la concepción significativa, lo relevante será saber si la conducta llevada a cabo por el agente posee un significado externo sexual para la sociedad, siendo indiferente averiguar cuál fue el ánimo o ánimos (puesto que en la realidad criminológica no será infrecuente que concurran varios) que impulsaron al agente a delinquir, ánimos que, por supuesto, también habrán de ser deducidos de criterios externos.

De otro lado, ni que decir tiene que es perfectamente imaginable que exista una acción de contenido inequívocamente sexual que posea una notable gravedad y que, sin embargo, se constate que el ánimo que guió al autor no sea lascivo, sino jocoso, humillante o venga-

tivo; y, viceversa, son también perfectamente imaginables tocamientos guiados por un exclusivo ánimo lascivo o libidinoso que no revisten la gravedad suficiente para integrar el tipo delictivo del abuso del art. 181 y que deberán ser incluidos en la falta del art. 620-2º. En resumen, comparto la idea de que las conductas de contenido sexual realizadas con una finalidad vejatoria, jocosa o humillante (o las realizadas por simple curiosidad y sin un ánimo especial) deben quedar incluidas entre los delitos contra la libertad sexual[137], salvo que se interprete que el hecho no posee la entidad suficiente para integrar el tipo delictivo (que en concreto sería un delito de abuso sexual) y deba ser calificado como falta; mas, repárese en que será la entidad *objetiva* de la acción (su significado) la que permitirá diferenciar conforme a criterios objetivos y externos entre el delito y la falta.

En lo que atañe al ánimo de involucrar a otro en un contexto sexual[138], creo que lo que sucede en esta clase de delitos es que el hecho de involucrar a la víctima en un contexto sexual es ya un elemento objetivo del tipo. En efecto, de nuevo hay que afirmar que, comoquiera que esa tendencia no es algo que *exista* en la mente del autor, sino algo que hay que descubrir a partir del significado externo de la acción realizada, lo decisivo serán los criterios objetivos externos que se manifiestan en la acción y que son los que nos permiten concluir que la conducta se llevó a cabo en un contexto sexual. Así, volviendo al ejemplo del médico que realiza tocamientos en el cuerpo del paciente, cabe reiterar que lo único decisivo será saber si existe consentimiento del paciente para llevarlos a cabo y si dichos tocamientos se adecuan a la *lex artis*, lo cual se deduce exclusivamente de reglas externas. Y si llegamos a esa conclusión de que concurren ambas circunstancias, no existe ya *objetivamente* el «contexto sexual» y, por ende, carece de sentido interrogarse acerca de cuál era el ánimo que anidaba en la mente del autor en el momento de realizar la acción[139].

Por tanto, las premisas de la concepción significativa conducen a invertir el razonamiento de DÍEZ RIPOLLÉS, cuando afirma que «al tipo subjetivo pertenece igualmente la tendencia involucradora sexual que acompaña la realización de los elementos objetivos de la acción sexual, dando a ésta su auténtica significación»[140]. A mi juicio, lo que da la auténtica significación sexual lesiva al comportamiento son los criterios externos que se ponen de manifiesto en la acción; y a partir de ellos podríamos proclamar, en su caso, que existe la tendencia anímica del autor. Pero entonces carece de sentido exigir un especial elemento subjetivo del tipo diferente del dolo, dado que lo que hay que constatar es que el tocamiento corporal se produjo en circunstancias tales que comportaron objetivamente una involucración de la víctima en un contexto sexual. De este modo, el elemento subjetivo de estos delitos debe limitarse al dolo, el cual deberá abarcar el conocimiento de que se han realizado unos tocamientos en el cuerpo de otra persona y que estos no están amparados por la *lex artis* y/o no cuentan con el consentimiento de la víctima. Bastará, pues, en fin, con que el agente conozca estos hechos y quiera realizarlos para que se integre plenamente el tipo delictivo contra la libertad sexual, sin que nos interese averiguar cuál era la clase de intención subjetiva que existía en la mente del autor.

c) El ánimo de defraudar

Un sector doctrinal y algunas sentencias de nuestros Tribunales han venido entendiendo que el «ánimo de defraudar» es un específico elemento subjetivo del injusto, diferente del dolo, que se hallaría implícito en la descripción típica de los delitos de defraudación tributaria (art. 305 CP) y de defraudación a la Seguridad social (art. 307 CP). Y resulta curioso comprobar cómo, desde la introducción del delito de defraudación tributaria en nuestro CP en el año 1977, la insistencia de la referida doctrina y de las mencionadas sentencias en la exigencia de semejante ánimo llegó a influir incluso en el propio legislador, aunque sorprendentemente no en el citado delito sino exclusivamente en el delito del art. 307, en el que se incluyó la

expresión «ánimo fraudulento» según la redacción de la L.O. 6/1995[141].

Aunque no se explicita de qué clase de elemento subjetivo se trataría, es obvio que tendría ser un elemento que expresa una tendencia intensificada del agente, dado que el núcleo del comportamiento típico consiste ya en «defraudar».

Ello no obstante, dado que en el seno de dichos preceptos el verbo defraudar debe ser interpretado como causar un perjuicio patrimonial injusto mediante engaño, no se alcanza a comprender en qué habría de consistir ese sedicente específico ánimo fraudulento como elemento subjetivo distinto añadido al dolo. Así, en algunas sentencias el recurso a dicho ánimo es utilizado de un modo similar, *mutatis mutandis*, al empleado con relación al *animus iniuriandi*: en unos casos, para absolver o sobreseer indebidamente y en otros casos, para fundamentar una absolución o sobreseimiento que, si bien son procedentes, no se sabe justificar de otra manera.

Y lo lamentable es que esa ignorancia llegue a plasmarse incluso en sentencias de nuestro TC, en las que se proclama que el tipo del delito del art. 305 requiere la concurrencia del «elemento subjetivo característico de toda defraudación», esto es, «un ánimo específico de ocasionar el perjuicio típico mediante una acción u omisión dolosa directamente encaminada a ello» (SSTC 120/2005, 129/2008, 57/2010). Semejante razonamiento es utilizado por el TC para conceder el amparo por vulneración del «principio de culpabilidad»; sin embargo, es obvio que en los casos enjuiciados ya no existía la ocultación del hecho imponible que es imprescindible para que se integre el tipo (objetivo) de acción de dicho delito (en la STC 57/2010, se trataba de un caso en el que la empresa había declarado correctamente el hecho imponible, pero deduciendo indebidamente un IVA que, si bien había sido efectivamente devengado, todavía no había sido realmente repercutido).

Como ya escribió certeramente RODRÍGUEZ MOURULLO en referencia a las presunciones de «ánimo de defraudar» contenidas en la primigenia redacción del delito fiscal, un ánimo fraudulento así concebido expresaría incorrectamente la realidad psicológica, dado que «a nadie se la ha ocurrido exigir en las estafas ánimo de defraudar, sino de lucro injusto, porque lo que el sujeto quiere, no es defraudar por defraudar, no es la defraudación en sí misma»[142]. De ahí precisamente que, ya con respecto al primitivo delito de defraudación tributaria, un importante sector de la doctrina subrayase que en todo caso el único elemento subjetivo del injusto que podría considerarse exigido por el tipo sería el «ánimo de lucro», caracterizado simplemente como la finalidad de obtener la ventaja patrimonial inherente al impago de la deuda tributaria. Ahora bien, así configurado, tal ánimo de lucro es de todo punto superfluo, desde el momento en que nada nuevo añade al dolo típico del delito, que abarca ya el engaño (la ocultación del hecho imponible), la infracción del deber y el perjuicio[143].

d) El ánimo de ultraje

El ánimo de ultraje contenido en el art. 526 CP es un ejemplo prototípico de elemento subjetivo explícito del tipo que denota una tendencia intensificada, en la medida en que no posee una proyección ulterior con relación a la conducta objetivamente realizada (consistente en «destruir, alterar o dañar las urnas funerarias, panteones, lápidas o nichos»), sino que acompaña a ésta[144].

Es evidente que no se identifica con el dolo del delito, puesto que éste debe circunscribirse a abarcar el conocimiento de que se causa un desperfecto en un elemento funerario y querer realizarlo. El ánimo que guíe al autor al tiempo de ejecutar la acción no forma parte del dolo, por lo que pertenece indudablemente al tipo de acción.

Ahora bien, lo que hay que preguntarse ante casos como éste es si el elemento subjetivo resulta imprescindible para otorgar relevancia penal a la conducta.

A mi juicio, parece evidente que este interrogante debe ser respondido negativamente, puesto que la relevancia penalmente típica se infiere ya de una correcta comprensión de los verbos típicos («destruir, alterar o dañar»), cuya semántica permite excluir las conductas que se lleven a cabo sobre los elementos funerarios con una finalidad legítima, como, v. gr., señaladamente la finalidad de efectuar reparaciones o arreglos en ellos. Ello está muy claro en el caso de los verbos «destruir o dañar», pero, de acuerdo con una interpretación sistemática, también debe predicarse del verbo alterar, intercalado entre los otros dos; de hecho, la opinión dominante viene interpretando que con el verbo alterar se abarcan casos como los de las pintadas[145]. En cualquier caso, si se entiende que el verbo alterar no encierra ya la relevancia penalmente típica, lo más correcto sería recurrir a una expresión objetiva, como, v. gr., «sin la debida autorización», al igual que sucede en otros lugares del Código. En este sentido, es revelador que la expresión «faltando al debido respeto a la memoria de los muertos», contenida en la primera modalidad del art. 526, no se interprete subjetivamente sino objetivamente[146].

Por tanto, a la vista de lo inequívoco de los términos típicos objetivos, debería ser de todo punto intrascendente para constatar la relevancia penal de la conducta averiguar cuál era el ánimo específico que (más allá del dolo) guiaba la actuación del agente, un ánimo que, por lo demás, no resultará nada sencillo de descubrir en la medida en que deberá ser deducido a través de criterios externos: recuérdese una vez más que, desde la perspectiva de la concepción significativa, si la constatación del elemento subjetivo necesita criterios externos, resulta preferible que de *lege ferenda* el legislador incorpore ya esos criterios externos. Por lo demás, comoquiera que la palabra ultraje significa «ajamiento, injuria o desprecio», la exigencia de un elemento subjetivo así caracterizado conduce, en rigor, a la insatisfactoria conclusión de dejar fuera de la órbita típica conductas llevadas a cabo con otras finalidades que no sean propiamente injuriosas.

e) Los motivos racistas, etc.

Según una opinión bastante extendida, otro ejemplo prototípico de elemento subjetivo explícito del tipo que denotaría una tendencia intensificada[147] sería el de obrar por motivos racistas, etc., en el delito del art. 510-1 CP.

Desde luego, no hay duda de que, al exigir que el autor obre por los «motivos» que se especifican, el legislador quiso incluir un elemento subjetivo, que denota una actitud interna, en la figura del art. 510-1; y así lo viene interpretando la jurisprudencia[148].

Sin embargo, tal elemento subjetivo carece de todo sentido, como ha puesto de relieve la doctrina más autorizada. Y es que, en efecto, aun aceptando la legitimidad de esta figura delictiva (en la Propuesta alternativa al tratamiento de la discriminación elaborada por el Grupo de Estudios de Política Criminal (1998) se solicitaba la eliminación del art. 510-1), parece claro que la relevancia penal del comportamiento no puede residir en los motivos[149], sino en el hecho de que la conducta provocadora afecte a alguno de los colectivos mencionados en el precepto y así sea entendida por la sociedad[150].

En sintonía con esta interpretación, hay que convenir asimismo en que el fundamento de los motivos que se incluyen en el delito del art. 510-1 (del mismo modo que el fundamento de la agravante del art. 22-4ª) reside en el mayor contenido de injusto y concretamente en el desvalor adicional de resultado que supone la lesión del derecho del sujeto pasivo a ser tratado como un ser humano igual a otro[151]. Y repárese en que, como bien razona LANDA, con esta fundamentación se neutralizan de forma adecuada los riesgos de incriminación de la actitud interna, sobre la base de entender[152] que los elementos de la actitud interna deben ser interpretados como una técnica del legislador merced a la cual se apunta, en una valoración anticipada, al contexto social en el que la conducta discriminatoria se entiende (intersubjetivamente) como tal por el colectivo victimizado y por la sociedad en su conjunto[153].

De ahí que incluso de *lege lata* pueda sostenerse «una lectura objetiva (intersubjetiva, normativa) y no subjetiva (de motivo)»[154], en la que el vocablo «motivos» no es sino el dolo de realizar los restantes términos que se emplean para describir la conducta. En este sentido, considera acertadamente DOPICO[155], en referencia a la agravante del art. 22-4ª (pero apuntando el paralelismo con el delito de provocación), que el dolo debe abarcar aquí el hecho de estar atentando conscientemente contra un sujeto perteneciente a una población (ya) amenazada y el hecho de estar emitiendo un mensaje racista, xenófobo, etc., en tanto que se integra con una serie de circunstancias previas. Y en sentido análogo señala certeramente LANDA[156] que lo relevante es la peligrosidad objetiva de la conducta, por lo que los «motivos» no harían referencia tanto a una motivación interna (subjetiva) del sujeto que discrimina como a la comprobación de que el autor conocía las circunstancias y el contexto en el que llevaba a cabo la conducta delictiva.

En cualquier caso, de *lege ferenda* debe compartirse la propuesta doctrinal de que la referencia a los motivos sea sustituida por una mención clara y expresa, reveladora de que la conducta típica debe dirigirse «contra» el correspondiente grupo «por razón de» alguna de las causas de discriminación que se enumeran[157].

C) EN LOS DELITOS DE INTENCIÓN

a) Elementos implícitos

Los ejemplos de elementos subjetivos implícitos en los delitos de intención no son, desde luego, tan abundantes como en los delitos de tendencia intensificada; ello no obstante, también aquí se proponen algunos conspicuos ejemplos[158], el más representativo de los cuales tal vez sea el ánimo falsario, de engañar o de introducir el documento en el tráfico jurídico en los delitos de falsedad documental, según una opinión tradicionalmente mayoritaria en nuestra doctrina y jurisprudencia, un ánimo que se configuraría como un genuino elemento subjetivo, diferente del dolo, y que lo trasciende, de tal modo que se llega a calificar al delito de falsedad documental como uno de intención o de tendencia interna trascendente y, en concreto, uno mutilado de dos actos.

En este sentido se ha pronunciado, p. ej., GARCÍA CANTIZANO, aclarando que el ánimo de introducir el documento en el tráfico desempeña la función de «completar la estructura subjetiva del tipo» y que su ausencia «impedirá hablar de falsedad penalmente relevante», y citando en apoyo de su tesis cita la opinión de la doctrina alemana a la sazón dominante[159]. Ahora bien, hay que tener en cuenta que en el delito de falsedad documental del § 267 StGB el elemento subjetivo consistente en el ánimo de engañar en el tráfico jurídico se refleja expresamente en el tipo («*zur Täuschung im Rechtsverkehr*»), lo que ha obligado a la doctrina germánica a calificar esta locución como un elemento subjetivo de intención de los pertenecientes a la categoría de los delitos mutilados de dos actos[160].

En mi opinión, de acuerdo con un importante sector doctrinal, para descartar una falsedad documental penalmente relevante no hay necesidad de recurrir a la inexistencia de un pretendido elemento subjetivo del injusto, dado que la atipicidad se deriva ya de la ausencia de riesgo relevante de afectación a la confianza de los ciudadanos en las funciones del documento en el tráfico jurídico, bien porque la falsedad es burda, bien porque no altera las funciones del documento (de perpetuación, de garantía y probatoria)[161].

Así, en los ejemplos propuestos en la doctrina, del alumno que falsifica sus notas temiendo la represalia de sus padres o de quien altera el resultado de una quiniela rellenada por un amigo para gastarle la broma de que habría conseguido catorce aciertos o de quien, tras alterar un cheque, lo olvida en el cajón de su escritorio[162], no hay necesidad de recurrir a momento anímico alguno, dado que la conducta no resulta objetivamente idónea para afectar al bien jurídico, al no estar destinada a entrar en el tráfico jurídico y no ser relevantes para afectar a las funciones del documento (o tratarse de un acto meramente preparatorio y

además desistido). En suma, repárese en que el requisito de estar destinado a entrar en el tráfico jurídico (y su consiguiente idoneidad para alterar las funciones del documento) es ya un requisito *objetivo* implícito de la conducta penalmente típica[163]; y, ciertamente, el autor deberá ser consciente de que su acción falsaria está destinada a entrar en el tráfico jurídico y querer conseguirlo, mas se trata del conocimiento y la voluntad propios del dolo falsario.

Por lo demás, entiendo, que el caso de las falsedades documentales no es el mismo que el de la falsificación de moneda del art. 386-párrafo 2º o el de la posesión de drogas con el fin de traficar del art. 368, en los que la conducta base objetiva, consistente en la posesión o la tenencia, carece ya de la necesaria lesividad en cuanto tal, en sí misma considerada, para adquirir relevancia penal, por lo que aquí sí se hace necesario *añadir* un ulterior elemento típico que opere como factor de restricción y confiera tal relevancia a la infracción[164]. En cambio en el caso de las falsedades documentales no se trata de que deba añadirse factor alguno a la acción de falsificar sino de discriminar *objetivamente* entre las falsificaciones que son inocuas de cara a afectar al bien jurídico y aquellas que poseen idoneidad para vulnerarlo, con independencia de cuál sea la finalidad que guíe al agente.

b) Elementos cuya descripción va precedida de la preposición «en»

Según un sector doctrinal y jurisprudencial, la locución «en perjuicio», contenida en diferentes delitos (v. gr., arts. 257-1-1º, 270-1, 283, 291, 292 CP) a raíz de la redacción otorgada por el legislador del CP de 1995, sería un elemento subjetivo; sin embargo, a mi juicio, esta interpretación debe ser rechazada, dado que en todos estos supuestos estamos ante elementos objetivos, que expresan o bien un resultado lesivo o bien un peligro para el bien jurídico.

Aunque algún autor ha escrito que «la partícula 'en' es utilizada tradicionalmente en nuestro Código penal con el fin de señalar un elemento subjetivo»[165], lo cierto es que esta afirmación carece de fundamento. En efecto, la expresión «en perjuicio…», empezó a usarse profusamente a partir del PCP de 1980 en el ámbito de los delitos patrimoniales y socioeconómicos para describir un elemento inequívocamente objetivo (así, v. gr., en la estafa o en la apropiación indebida), llegándose incluso a contraponerla explícitamente a un simple *animus*: así, podía leerse ya en dicho texto la alternativa «en perjuicio de otro o con ánimo de causárselo» (v. gr., art. 366). Por lo demás, cuando el prelegislador de 1980 quería expresar un ánimo de perjudicar, empleaba una fórmula gramaticalmente correcta (v. gr., «con ánimo de perjudicar», en los arts. 286, 288, 289, o «con intención de lucro o de perjudicar a otro», en los arts. 422, 423, 424 y 425).

Y es que, en rigor, el entendimiento de la locución «en perjuicio» como elemento subjetivo debería quedar descartado ya de antemano con arreglo al uso correcto del lenguaje, dado que ninguna de las ocho acepciones de la preposición *en*, recogidas en el Diccionario de la RAE, puede considerarse equivalente a «con ánimo de», «con el fin de», «con intención de» o similares expresiones utilizadas para describir elementos anímicos[166]. Y esta conclusión viene corroborada por la interpretación sistemática, habida cuenta de que en otros delitos el legislador emplea la locución «en perjuicio» para aludir a un elemento objetivo del tipo, según se reconoce de forma conteste en la doctrina y en la jurisprudencia, como v. gr., sucede en la estafa (art. 248) o en la apropiación indebida (art. 252); y, viceversa, cuando el legislador ha querido exigir un ánimo de perjudicar ha utilizado una fórmula inequívocamente subjetiva (v. gr., «para perjudicar a otro», en los arts. 218, 393, 394, 395 y 396).

Paradigmático es el caso de dicha locución en el delito de alzamiento de bienes (art. 257-1-1º), en el que aquella ha sido interpretada por la opinión mayoritaria en el sentido de exigir en el deudor un ánimo de perjudicar al acreedor, atribuyendo consiguientemente al alzamiento la naturaleza de delito de consu-

mación anticipada en su modalidad de delito cortado de resultado.

Sin embargo, su entendimiento en sentido objetivo no solo es algo gramaticalmente obligado sino que también es perfectamente posible desde la perspectiva dogmática, y, por añadidura, es el entendimiento que resulta político-criminalmente más satisfactorio y fructífero, en la medida en que entonces la necesaria restricción de la tipicidad de este delito deberá fundamentarse en un examen más elaborado de la parte objetiva del tipo[167].

Por lo demás, algo similar cabe predicar de los restantes preceptos en los que se incluye la expresión «en perjuicio», la cual debe ser concebida como un elemento *objetivo*, indicador de un peligro para el bien jurídico (sea concreto, sea hipotético) o, incluso, de una lesión efectiva[168].

Por otra parte, análogas consideraciones a las acabadas de realizar hay que efectuar también, *mutatis mutandis*, con respecto a la expresión «en beneficio propio o de un tercero» (contenida, p. ej., en el art. 295), que usualmente es interpretada como un elemento subjetivo; sin embargo, a mi juicio debe ser concebida como un elemento objetivo del tipo (indicador de un peligro para el bien jurídico, o, en su caso, de una lesión), en sintonía, por cierto, con el sentido que se le otorga en la legislación mercantil, como señaladamente en la vigente Ley de sociedades de capital de 2010[169].

c) Elementos subjetivos sustituibles por elementos objetivos

Relacionado con la cuestión que se acaba de analizar se halla el caso de aquellos elementos que, si bien han sido caracterizados inequívocamente por el legislador como elementos subjetivos del tipo, deberían ser configurados en realidad de modo objetivo.

Así, hay supuestos en que, asumida la conveniencia de adelantar la línea de punibilidad, resulta preferible optar por convertir los elementos subjetivos en elementos objetivos que expresen un peligro (concreto o, preferiblemente, hipotético) que denoten una idoneidad objetiva para lesionar el bien jurídico. Y lo mismo cabe predicar cuando lo que realmente pretende el legislador con el elemento subjetivo en cuestión es (visto desde la perspectiva político-criminal inversa) acotar la órbita típica de determinados delitos, agregando a la ejecución de la conducta básica ulteriores factores de restricción.

Ciertamente, hay que reconocer que el legislador del CP de 1995 no ha abusado de la presencia de elementos subjetivos y ha optado —a mi modo de ver correctamente— en numerosas ocasiones por recurrir al empleo de elementos objetivos, sobre todo a elementos de *aptitud* para producir un daño. Es esta una técnica que en algunos casos se plasma de forma indubitada, como sucede, p. ej., en el delito de publicidad falsa del art. 282 o en el delito societario de falsedad documental del art. 290, y que en otros casos puede ser deducida mediante una labor interpretativa, aunque el legislador haya empleado expresiones de significado equívoco, como la susodicha locución «en perjuicio», examinada en el apartado anterior. Es más, en algún supuesto el legislador revisó la primitiva idea que se reflejaba en los Proyectos. Tal es el caso señaladamente, p. ej., del delito de alteración de precios que habrían de resultar de la libre concurrencia (art. 284), que en su versión definitiva se configuró acertadamente como un delito de consumación anticipada, en el que el lo que se castiga materialmente es la tentativa de alterar los precios, abandonando la idea de construir el injusto en torno al elemento puramente subjetivo anímico.

Ello no obstante, subsisten expresiones indudablemente subjetivas, que de *lege ferenda* deberían ser sustituidas por una descripción objetiva, como, v. gr., sucede con las locuciones: «con fines industriales o comerciales», contenida en los arts. 273, 274 y 286-1[170], o «con la intención de desabastecer un sector del mercado, forzar una alteración de precios o perjudicar gravemente a los consumidores», en el art. 281[171], o «con el propósito de captar

inversores o depositantes …», en el art. 282 bis[172].

D) EN LOS DENOMINADOS DELITOS DE EXPRESIÓN: EL FALTAR A LA VERDAD

Según se indicó ya anteriormente, el sector doctrinal que añade el grupo de los delitos de expresión a los de intención y tendencia intensificada pone como ejemplo más representativo el delito de falso testimonio, en el cual la locución «faltar a la verdad» sería un elemento subjetivo del injusto.

En efecto, acogiendo la tradicional clasificación pergeñada por MEZGER[1173], inicialmente la doctrina española mayoritaria incluyó el grupo de los delitos de expresión, caracterizados por el dato de que la acción presupone un determinado estado psíquico que se halla en contradicción con el comportamiento externo, de tal modo que la comprobación de la tipicidad obliga a comparar lo externamente ejecutado con el proceso que paralelamente se desarrolla en el mundo anímico del autor[174].

En mi opinión, la referida locución típica podría ser considerada como un elemento subjetivo si, para la caracterización del delito de falso testimonio, se asumiese una teoría subjetiva[175], que construyese el tipo sobre la base de la convicción del autor, como una contradicción entre lo que se dice y lo que se sabe[176], pero no lo será si se acoge una teoría objetiva[177] que construya dicho delito sobre la referencia a la verdad objetiva, como una contradicción entre lo que se dice y la realidad[178], teoría esta que resulta político-criminalmente preferible y que es la que se acoge en el CP español en la regulación del delito de falso testimonio (en la actualidad en el art. 458)[179], en la que no hay dato alguno que permita respaldar una concepción subjetiva de la falsedad[180], a diferencia de lo que sucede en los delitos de calumnia, injuria y acusación y denuncia falsas.

En efecto, al considerar la falsedad objetiva como un elemento del tipo de acción, se consigue, de entrada, que se reputen relevantes para el Derecho penal todas las conductas que se revelan realmente idóneas para lesionar el bien jurídico.

Ahora bien, ello no implica que el sujeto que obra en la creencia de decir la verdad vaya a ser castigado, puesto que en este caso faltará el dolo. Así, en contra de lo que a veces se indica[181], la teoría objetiva no conduce a la insatisfactoria consecuencia de castigar por falso testimonio al sujeto que ha manifestado lo que él creía ajustado a la verdad. Lo único que podrá afirmarse es que el sujeto ha realizado una conducta que es subsumible en un tipo penal y, por ello, una conducta *prima facie* relevante para el Derecho penal; mas, al obrar con un error (bastando un error vencible, porque el delito no admite la forma imprudente) sobre un elemento de dicho tipo (esto es, la falsedad de su declaración), quedará excluido el dolo en su comportamiento y con ello la ilicitud o antijuridicidad formal.

Y, viceversa, en el caso de que el sujeto declare la verdad objetiva, pero creyendo que está efectuando una manifestación falsa, existirá una tentativa[182] inidónea punible[183] por ser un caso de inidoneidad relativa.

En resumidas cuentas, acogiendo la caracterización de TORÍO y exponiéndola desde la óptica de las categorías de la concepción significativa, cabría decir que la lesión de la *verdad* (objetiva) es decisiva para la configuración del tipo de acción y, consiguientemente, de la antijuridicidad material, mientras que la lesión de la *veracidad* (subjetiva) es determinante para el examen del dolo y, consiguientemente, de la ilicitud o antijuridicidad formal. Solamente cuando aparezcan suficientemente fundados ambos, se está en presencia del delito en todos sus elementos[184].

Así las cosas, en lo que atañe al aspecto que aquí nos interesa, la conciencia de la falsedad (objetiva) del testimonio no sería entonces un elemento subjetivo separable del componente cognoscitivo característico del dolo; no es otra cosa que el propio dolo[185].

4. DOS CASOS PECULIARES

Agrupo en este epígrafe dos casos que califico de peculiares en la medida en que se trata de supuestos en los que el legislador ha incluido en las formulaciones de los respectivos delitos una expresiones que indudablemente se revelan como elementos anímicos, pero que, a mi juicio, ni van referidas al dolo de realizar los elementos objetivos del tipo correspondiente ni pertenecen tampoco a la culpabilidad.

Ahora bien, si atendemos a la caracterización tradicional de los elementos subjetivos del injusto, que distingue elementos de intención y elementos de tendencia interna intensificada (y, en su caso, elementos de expresión), parece que, en rigor, tampoco tendrían fácil encaje en dichas categorías[186].

De ahí que, en mi opinión, se haga necesario identificar un nuevo grupo dentro de los elementos subjetivos del injusto, en la línea propuesta por un sector de la doctrina alemana y por un moderno sector de la española: se trata de elementos subjetivos (o mixtos subjetivo-objetivos) que, pese a reflejar una «actitud interna», pertenecen a la antijuridicidad[187].

Ello no obstante, con lo anterior no está dicho todo, dado que, de acuerdo con el enfoque metodológico que se acoge en este trabajo, todavía habría que dilucidar si se trata de elementos subjetivos del tipo de acción o si se trata de elementos subjetivos de la ilicitud (o de la justificación). De hecho, a mi modo de ver, el primero de los casos mencionados es un elemento subjetivo de la justificación y el segundo es un elemento subjetivo del tipo.

A) EL CONOCIMIENTO DE LA FALSEDAD Y EL TEMERARIO DESPRECIO HACIA LA VERDAD

Verdaderamente complejo, y por ello vivamente discutido, es el caso de la expresión (ciertamente inusual y, a mi juicio, defectuosa como explicaré) «con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad», contenida en el delito de calumnia (art. 205 CP), en el de injuria grave (art. 208), en el de acusación y denuncia falsas (art. 456) y en el de difusión de informaciones injuriosas (art. 510-2).

Un nutrido sector doctrinal[188] ha venido rechazando que dicha expresión pueda ser concebida como un elemento subjetivo del injusto, desde el momento en que —se argumenta— refleja ya el elemento cognoscitivo del dolo. Fiel exponente de esta posición es GUARDIOLA, quien considera que con esta referencia subjetiva el legislador alude al dolo directo (con conocimiento de su falsedad) y al dolo eventual (temerario desprecio hacia la verdad), en virtud de lo cual —añade, desde la perspectiva que aquí nos interesa— en los citados delitos cabe una construcción objetiva perfectamente coherente que no recurra a especiales elementos subjetivos[189].

Sin embargo, esta interpretación solo tiene sentido si se parte de la premisa de que la falsedad es un elemento objetivo del tipo de los referidos delitos, habida cuenta de que el punto de referencia del dolo únicamente puede abarcar los elementos de la vertiente objetiva de la correspondiente figura de delito, con lo que entonces el «conocimiento de la falsedad» no puede sino entenderse como una mención explícita —aunque ciertamente innecesaria— del dolo[190] y el «temerario desprecio hacia la verdad» como una específica alusión al dolo eventual[191].

Ahora bien, si se rechaza la referida premisa de la falsedad objetiva (como creo correcto), parece que las expresiones en cuestión no pueden entenderse como alusivas exclusivamente al dolo, toda vez que sería absurdo atribuir al dolo el conocimiento de un elemento que no forma parte de la vertiente objetiva del tipo.

Así lo ha entendido un sector doctrinal, en el seno del cual las posibilidades que se proponen son dos: o se califican como elemento subjetivo específico del tipo[192] o se conciben como un elemento subjetivo de la justificación (redactado en sentido inverso) que refleja uno de los presupuestos esenciales del ejercicio legítimo del derecho a la información[193].

Prima facie, parece que la primera de las posibilidades mencionadas se revela no solo como la solución dogmáticamente más lógica sino también como una solución que se adecua plenamente al concepto de falsedad recogido en la reciente jurisprudencia del TC español, en la que, desde luego, se inspiró el legislador del CP de 1995.

Eso sí, esta tesis requiere efectuar dos aclaraciones: de un lado, cómo hay que entender entonces el concepto de falsedad y, en concreto, cómo hay que interpretar la expresión «temerario desprecio hacia la verdad»; de otro lado, hay que analizar si las soluciones a las que llega resultan político-criminalmente satisfactorias. Veamos ambas cuestiones.

En lo que atañe a la primera aclaración, hay que convenir en que los referidos elementos pertenecerían al tipo de acción porque las expresiones utilizadas por el legislador obligan a entender que la falsedad que se incluye en los citados preceptos no es la falsedad objetiva sino la subjetiva, en sintonía con el concepto de veracidad subjetiva acogido en la jurisprudencia del TC[194]. Como ya señaló VIVES al comentar los preceptos del nuevo CP de 1995, la referencia a la falsedad que contenía el Código anterior ha sido sustituida por unas expresiones que aluden a la veracidad subjetiva, en lugar de a la verdad objetiva a la que históricamente se referían estos delitos[195].

Ahora bien, es indudable que para consagrar el criterio de la falsedad subjetiva bastaba ya con la inclusión de la primera de las expresiones empleadas («con conocimiento de su falsedad»), puesto que de ella ya cabe deducir que solo existirá el tipo cuando el sujeto realice su comportamiento en la creencia de que lo que imputa es falso y que la tipicidad se mantiene aunque *ex post* se demuestre que lo imputado era objetivamente cierto[196]. Ello no obstante, el legislador incorporó una segunda expresión («temerario desprecio hacia la verdad»), cuya naturaleza ha suscitado dudas y que, partiendo del criterio de la falsedad subjetiva, ha sido caracterizada como un «conocimiento eventual (doloso) de que el hecho que se imputa es falso»[197].

La inclusión de esta segunda expresión vendría entonces a cumplir la función de perfilar la noción de la falsedad subjetiva, ampliando su concepto en la línea trazada por la jurisprudencia constitucional. Dicha fórmula (que no es sino una traducción del *reckles disregard* del Derecho norteamericano) supone asumir la teoría de la *actual malice*, importada por nuestro TC de la jurisprudencia norteamericana, en el sentido de considerar que para la infracción delictiva es suficiente con que el informador no haya contrastado suficientemente sus fuentes de información[198].

Por tanto, en realidad la mencionada fórmula no sería una referencia al dolo eventual sino una característica del concepto de falsedad subjetiva como elemento del tipo de acción y que, por tanto, alude ya a un momento diferente y previo al dolo. Lo que sí cabría afirmar es que, para caracterizar ese concepto de falsedad subjetiva, el legislador español (que nos remite a un momento anímico) ha utilizado un criterio que se viene a identificar con el que sirve para definir el dolo eventual; y, por supuesto, lo que también se podría afirmar es que, como ineluctable consecuencia de este amplio concepto de falsedad subjetiva, los delitos que incorporan dicha fórmula admiten el dolo eventual[199].

En resumidas cuentas, de conformidad con esta primera posibilidad interpretativa, las expresiones que se analizan en este epígrafe nos remiten en todo caso a un momento anímico que resulta imprescindible para caracterizar la acción porque de lo que se trata es de constatar si, al efectuar su imputación, el autor obró en la plena creencia de que los hechos que imputaba eran falsos o sin preocuparse de comprobar su veracidad y asumiendo la eventual falsedad de la imputación que realizó.

Ahora bien, esta primera tesis que se acaba de comentar nos aboca a una conclusión político-criminal muy insatisfactoria, porque conduce a dejar sin responsabilidad penal al partícipe que poseía un conocimiento correcto de los hechos (o sea, sabía que la imputación era objetivamente falsa), desde el momento en que la conducta del autor que obra con vera-

cidad subjetiva ya no sería típica. Ni que decir tiene que la única conclusión político-criminalmente satisfactoria sería aquella que en el caso planteado permitiese castigar al partícipe.

Pues bien, este inconveniente puede soslayarse si se acoge la segunda de las posibilidades interpretativas antes apuntada, en el sentido de que las expresiones en comentario tienen su sede en el ámbito de la justificación o (según la terminología de la concepción significativa) en el ámbito de la ilicitud o antijuridicidad formal.

Para entenderlo así hay que partir de la base de que las referidas expresiones subjetivas aparecen claramente vinculadas al contenido del derecho a informar, desde el momento en que permiten garantizar que no se castigue penalmente a quien difunde una noticia atentatoria contra el honor si cumple con una de las exigencias básicas del ejercicio legítimo de dicho derecho, es decir, el deber de comprobar con diligencia la veracidad de los hechos imputados[200]. La legitimidad de este derecho depende de la concurrencia de requisitos de naturaleza tanto objetiva como subjetiva: entre los primeros destaca la trascendencia pública del hecho imputado; los de naturaleza subjetiva se concretan en una comprobación diligente de su veracidad, de tal modo que proporcione al informador la convicción de estar difundiendo una noticia cierta (aun cuando *a posteriori* resulte ser falsa). Únicamente en este caso se tratará de una información veraz, en el sentido regulado en el art. 20.1.d) de la Constitución. Y viceversa, consecuentemente, una información será inveraz cuando el informador cree que es falsa o cuando carece de datos racionales que le permitan tenerla por verdadera. En fin, esta es la razón por la que se afirma que las expresiones que se analizan (ciertamente redactadas en sentido inverso, como queda dicho) poseen la naturaleza de elementos subjetivos de la justificación, en la medida en que la acreditación de la no concurrencia de tales elementos anímicos se erige en presupuesto esencial del ejercicio legítimo del derecho a la información[201].

Así las cosas, si examinamos esta segunda posibilidad hermenéutica desde la perspectiva de la concepción significativa, podemos comprobar dos cosas. De un lado, que la conducta de quien imputa un hecho calumnioso o injurioso a otro sería siempre típica aunque después pueda quedar amparada por la causa de justificación, si en el momento de la imputación concurre la veracidad subjetiva. De otro lado, que el partícipe que sabe que la imputación es falsa (o cree, con inveracidad subjetiva, que es falsa) puede responder por su contribución al hecho típico del autor, aunque éste quede amparado por la causa de justificación (o de exclusión de la ilicitud) del derecho a informar, desde el momento en que esta eximente (al ser personal, como todas las causas de exclusión de la ilicitud) solo cubre a aquella persona en la que concurren los presupuestos de la justificación y no se proyecta sobre el partícipe, siendo así que para el castigo de éste basta con la accesoriedad referida a un tipo de acción ofensivo para un bien jurídico penalmente protegido, puesto que esta es la norma que se identifica con la antijuridicidad material y la que sirve de regla intersubjetiva, conclusión a la que, ciertamente, no podría llegarse si se parte de la tesis dominante en materia de accesoriedad de la participación, dado que en esta tesitura, conforme al criterio de la accesoriedad limitada, la presencia de una causa de justificación en el autor impide ya el castigo de quien participa en la conducta realizada por éste.

Pudiera pensarse que esta conclusión resulta insatisfactoria, puesto que supone calificar como penalmente típica la mera (o, mejor dicho, la nuda) imputación de hechos (en su caso, delitos o infracciones penales) que lesionan la dignidad de otra persona, con independencia de saber si esa imputación se efectuó con veracidad subjetiva (que, como queda dicho, sólo se analizará después al comprobar si existen causas de justificación)[202].

Sin embargo creo que ello resulta adecuado atendiendo a una ponderación de los bienes jurídicos implicados, de conformidad con las pautas trazadas por el TC para establecer los

límites de preferencia de la libertad de información frente al honor[203], y creo además, en particular, que, desde la perspectiva de la concepción significativa, la tutela de dichos bienes jurídicos recibe una respuesta plenamente satisfactoria.

En efecto, en primer lugar permite preservar en todo caso el derecho a la libre información, porque el sujeto (autor o partícipe) que actúa con veracidad subjetiva (en el momento de difundir la información, tras un diligente contraste de sus fuentes) queda amparado ya por la causa de justificación regulada en el art. 20-7 CP, con lo que su actuación (si bien es típica) no es ilícita, con independencia de la comprobación de la falsedad objetiva, que no es un presupuesto objetivo de dicha causa y que, por tanto, puede aparecer *ex post*[204].

Y permite preservar plenamente también el bien jurídico del honor, porque —como queda dicho— abre la vía para poder castigar penalmente al partícipe que obra con inveracidad subjetiva y, que por tanto, no puede quedar amparado por la causa de justificación del art. 20-7 CP (el partícipe realizaría una conducta ilícita, en la que concurre la antijuridicidad formal), puesto que en él no concurren los presupuestos de la justificación, y que solo quedará exento de pena, en su caso, si concurren los requisitos para aplicar la *exceptio veritatis*, configurada en el vigente CP como una causa de exclusión de la punibilidad. Recuérdese al respecto que, conforme a la interpretación que aquí se sostiene, la conducta de quien imputa hechos que resultan objetiva o materialmente lesivos para el honor de otro es una conducta que realiza un tipo penal y, por ello, de acuerdo con los postulados de la concepción significativa, es una conducta en la que cabe la participación criminal. A partir de ahí la conducta de los intervinientes podrá quedar después justificada (y no concurrir la antijuridicidad formal), pero ello habrá de ser acreditado personalmente en cada interviniente.

B) EL MANIFIESTO DESPRECIO POR LA VIDA DE LOS DEMÁS

Es cierto que desde la introducción en nuestro CP del denominado delito de «conducción homicida» la doctrina mayoritaria ha venido afirmando que el elemento característico de esta figura (inicialmente descrito como «consciente desprecio por la vida de los demás») hace referencia al dolo eventual[205]; pero, evidentemente, esta afirmación debe ser ulteriormente matizada en el sentido de que se trata de un dolo eventual de *homicidio*[206].

De ahí que, a mi juicio, sería más correcto afirmar que el citado elemento expresa una actitud interna que *equivale* a un dolo eventual de homicidio, o sea, un dolo referido al previsible resultado lesivo para la vida, pero advirtiendo además de que la causación de la muerte de otro no es un elemento explícito del tipo del delito del art. 381 CP y que entonces el dolo de este delito debe limitarse a abarcar la acción de la conducción manifiestamente temeraria y, en concreto, manifiestamente despreciativa hacia la vida de los demás. Y este sería además todo el contenido del dolo en el caso del tipo del apartado 2 del art. 381, que no requiere el peligro concreto como elemento típico.

Con todo, conviene aclarar que en el tipo del apartado 1 del art. 381 el dolo debe abarcar además el peligro concreto que la conducción causó para la vida o la integridad de las personas, dado que esta clase de peligro es un elemento del tipo de dicha figura (según se desprende inequívocamente de la formulación del precepto «realizare la conducta descrita en el artículo anterior»), con lo que aquí sí podría sostenerse la afirmación de que, en realidad, se está tipificando una tentativa de homicidio. En cambio, dicho peligro no es un elemento del tipo de la figura del apartado 2 del art. 381, cuyo contenido, por tanto, se circunscribe a una conducción manifiestamente temeraria y manifiestamente despreciativa por la vida de los demás[207].

Así concebido, el «manifiesto desprecio por la vida de los demás» se configura como un ele-

mento de la actitud interna que viene a *añadir* algo a la conducta objetiva base de conducir con temeridad manifiesta. Como se deduce ya con claridad de la formulación lingüística del art. 381-1, el comportamiento definido en éste consiste en «realizar la conducta descrita en el artículo anterior» (que ciertamente contiene además la puesta en concreto peligro de la vida o la integridad de las personas) con la concurrencia agregada de un «manifiesto desprecio por la vida de los demás». Por consiguiente, se revela ante todo como un elemento subjetivo del tipo que resulta imprescindible para caracterizar la acción del delito del art. 381 y que permite diferenciarlo del delito del art. 380. Ahora bien, no es solo un elemento subjetivo, dado que dicha expresión contiene al propio tiempo una referencia objetiva: se trata, por ende, de un elemento mixto objetivo-subjetivo en el sentido más arriba apuntado, puesto que, si bien es cierto que el desprecio por la vida de los demás se muestra *prima facie* como una disposición del ánimo (equivalente, como queda dicho, a un dolo eventual de homicidio), no lo es menos que esta disposición anímica (aparte de exigir criterios externos para su acreditación) debe plasmarse en la conducta llevada a cabo por el agente de un modo tal que comporte un incremento del desvalor objetivo de la acción y consecuentemente un incremento del injusto. Cabría decir al respecto que en el delito del art. 381 la conducta de conducción temeraria debe revestir una gravedad objetiva superior a la definida en el art. 380; es, por así decirlo, una conducción temeraria cualificada[208].

NOTAS

1. En la doctrina española vid. por todos POLAINO NAVARRETE, *Los elementos subjetivos del injusto en el Código penal español*, Sevilla 1972; GUARDIOLA GARCÍA, «Especiales elementos subjetivos del tipo en Derecho penal: aproximación conceptual y contribución a su teoría general», en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 6, 2001.

2. Menciono solo la doctrina alemana, dado que en la italiana la institución del «*dolo specifico*» (anterior, por cierto, a la germánica) no surge históricamente vinculada al tipo ni a la antijuridicidad, sino al dolo (concebido además como forma de culpabilidad), posición que se mantiene mayoritariamente en la actualidad, con las excepciones a las que aludiré después.

3. Vid. VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, Valencia 1996, especialmente págs. 203 ss. (2ª ed., *Fundamentos del sistema penal (Acción Significativa y Derechos constitucionales*, 2ª edición, Valencia 2011, págs. 219 ss.), y el *Estudio preliminar* a cargo de JIMÉNEZ REDONDO, págs. 33 ss. (2011, págs. 51 ss.).

4. Vid. infra 3.C.b)

5. Vid. por todos ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho penal, Parte general,* 3ª ed., Valencia 2011, págs. 244 ss., QUINTERO OLIVARES, *Parte General del Derecho penal*, 4ª ed., Pamplona 2010, pág. 280.

6. Muy revelador es el auto de archivo (nº 454/2010) de la AP de Ourense (caso Quintana vs. Baltar) en el que se parte de la premisa de que «elemento común a calumnias e injurias, de carácter subjetivo o finalista, es el propósito de atentar al honor», de tal modo que «si no hay una voluntad auténtica de ofender en su honor al calumniado o injuriado no existe el delito».

7. Vid. infra 3.B.c)

8. BETTIOL/PETOELLO MANTOVANI, *Diritto penale. Parte Generale*, 12ª ed., Padova, 1986, págs. 293 s.

9. Vid. ya COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Valencia 1999, pág. 401, quienes, con todo, aclaraban que tales peligros provienen del entendimiento de tales elementos como designaciones de «cosas que pasan en la mente», y cuya comprobación es imposible. En cambio, «si entendemos que los elementos

subjetivos se hallan referidos al sentido de la acción, que es exterior, público e intersubjetivamente comprobable, los peligros denunciados disminuyen».

10. Cfr. COBO/VIVES, *P.G.*, pág. 398, quienes añaden que ello explica la muy diversa acogida que han tenido: unos han desorbitado no sólo su misma presencia, sino también su función y extensión, debido a su concepción de la antijuridicidad basada en supuestos subjetivos; otros, desde un objetivismo radical, y una consideración del tipo como valorativamente neutro, los han negado absolutamente.

11. Cfr. VIVES, 2011, pág. 239.

12. Cfr. VIVES, 2011, pág. 238, n. 55 y pág. 239. Sobre la *gramática* de la intención, vid. ulteriores consideraciones en VIVES, 2011, págs. 240 ss.; vid. además RAMOS VÁZQUEZ, *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito,* Valencia 2008, II.2.2.

13. Cfr. VIVES, 2011, pág. 259

14. Cfr. VIVES, 2011, págs. 286 s. Vid. además ORTS/G. CUSSAC, *P.G.*, pág. 244.

15. Además de VIVES (2011, pág. 492) consideran también que, a partir de las premisas de la concepción significativa, el dolo y la imprudencia deben ser ubicados en el seno de la pretensión de ilicitud: GÓRRIZ ROYO, *Proyecto docente e investigador* (inédito), Castellón 2005, págs. 371 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 3ª ed., Valencia 2011, págs. 320 ss.; ORTS/G. CUSSAC, *P.G.*, págs. 289 ss.; RAMOS VÁZQUEZ, 2008, págs. 444 ss.

16. Cfr. VIVES, 2011, pág. 287, quien ejemplifica que esto es lo que sucede con *mentir*, que es un tipo de acción relevante para el delito de falso testimonio (con relación a este ejemplo propuesto por VIVES vid. *infra* 3.D. Vid. también ya antes COBO/VIVES, *P.G.*, pág. 402; vid. además ORTS/G. CUSSAC, *P.G.*, págs. 244 y 248.

17. En la doctrina española es usual que se mencione el ejemplo del ánimo de lucro. Vid. por todos CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general, II, Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., Madrid 1998, pág. 120; COBO/VIVES, *P.G.*, pág. 401; LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., Valencia 2012, L.16/10; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., Barcelona 2011, L.10/141; ORTS/G. CUSSAC, *P.G.*, pág. 244; SUÁREZ-MIRA, en SUÁREZ-MIRA/JUDEL/PIÑOL, *Manual de Derecho penal. T. I, Parte General,* 6ª ed., Madrid 2011, pág. 124.

18. Vid., por todos, BAJO/PÉREZ MANZANO, en BAJO/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. (Delitos patrimoniales y económicos)*, Madrid, 2ª ed., Madrid 1993, pág. 82; GARCÍA ARÁN, *El delito de hurto*, Valencia 1998, págs. 125 s.; ROBLES PLANAS, en SILVA SÁNCHEZ (dir.) *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, Barcelona 2006, pág. 187. De otra opinión, coherentemente con su premisa, vid. GUARDIOLA, 2001, pág. 83, quien entiende que entonces «el ánimo de lucro se agota con la producción de aquello que objetivamente requiere la descripción típica» y que «el decurso ulterior del patrimonio del sujeto, la suerte `definitiva' del objeto o la cantidad en cuestión, escapa ya del ánimo de lucro».

19. Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal. Parte general,* Madrid 1978, pág. 259.

20. GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito,* Madrid 1984, pág. 237.

21. VIVES, 2011, págs. 239 s.

22. Cfr. VIVES, 2011, págs. 261 s. Vid. además ORTS/G. CUSSAC, *P.G.*, págs. 248 ss.

23. Como ya subrayó (WITTGENSTEIN, *Investigaciones filosóficas,* 2ª ed., trad. A. García Suárez y U. Moulines, Barcelona 2002, págs. 305 ss. y 570 ss.), cuando se trata de estados y procesos mentales propios, no pueden observarse, porque no se *ven*, sino que se *viven*; cuando son ajenos sólo cabe observar sus *manifestaciones externas*.

24. Vid. además VIVES, 2011, págs. 266 s., quien hace hincapié en el error *gramatical* (o *categorial*) de concebir los elementos subjetivos como si fueran objetos físicos (eso sí, incorpóreos), situados en la mente de alguien, y entender que sólo resultan visibles para él, mientras que los demás han de presumir su existencia por signos externos.

25. Cfr. VIVES, 2011, pág. 271. En el mismo sentido vid. además MARTÍNEZ-BUJÁN, *P.G.*, pág. 247; ORTS BERENGUER, *Consideraciones sobre los elementos subjetivos de algunos tipos de acción*, en LH Vives, t. II, Valencia 2009, págs. 1483 ss.; ORTS/G. CUSSAC, *P.G.*, p. 243; GÓRRIZ, 2005, págs. 321 ss.

26. Vid. sobre ello RAMOS VÁZQUEZ, *Un «proceso interno» necesita criterios externos. Algunos apuntes sobre la gramática profunda del elemento volitivo del dolo*, en LH Vives, Valencia 2009, pág. 1645.

27. Vid. VIVES, 2011, pág. 656, quien añade que tales criterios nunca podrán ser absolutamente seguros, ni constituir «ciencia» alguna, pero pueden proporcionar una seguridad «suficiente», que nos permita entendernos al hablar y valorar correctamente nuestras acciones. Vid. también GUARDIOLA, 2001, pág. 93.

28. WITTGENSTEIN, *Últimos escritos, II,* pág. 119, citado por VIVES, 2011, pág. 656.

29. Cfr. VIVES, 2011, pág. 271, nota 151, citando como ejemplo paradigmático lo que sucede con el *animus iniuriandi* en los delitos contra el honor. Sobre este ejemplo vid. además ya anteriormente VIVES ANTÓN, en VIVES/BOIX/ORTS/CARBONELL/G. CUSSAC, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia 1993, págs. 691 s.

30. Cfr. VIVES, 2011, pág. 271, y nota 152, quien añade «pues si la intención reside en el fondo del alma, de ningún modo podrá desvirtuarse cualquier atribución de intención: el ánimo no se puede exhibir». Vid. además ORTS/G. CUSSAC, *P.G.*, pág. 249.

31. Sobre ello vid. *infra* epígrafe 3.C.c)

32. Otro delito estructuralmente similar sería, v. gr., el contenido en el art. 386 párrafo 2º (tenencia de moneda falsa para su expendición o distribución).

33. La jurisprudencia se basa habitualmente en una serie de indicios para probar que la posesión es para el tráfico (o sea, el «ánimo de traficar»). Vid. por todos ORTS BERENGUER, en VIVES/ORTS/CARBONELL/G. CUSSAC/MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., Valencia 2010, pág. 609; JOSHI JUBERT/PASTOR MUÑOZ, en SILVA SÁNCHEZ (dir.) *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, Barcelona 2006, págs. 258 s.

34. Vid. VIVES, 2011, págs. 267 s. Vid. además ORTS/G. CUSSAC, *P.G.*, págs. 249 s., y, en referencia concreta a los elementos subjetivos del tipo, vid. GUARDIOLA, 2001, pág. 92. A favor también de construir normativamente los elementos subjetivos en el sector del Derecho penal económico, pero partiendo de un enfoque funcionalista, vid. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte general*, Universidad de Piura, 2003, págs. 518 y 539 s., quien propone recurrir a «las competencias de conocimiento del agente económico y sus circunstancias personales».

35. Vid. por todos DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas,* Valencia 1990, págs. 29 ss. y 303 ss., que es partidario del enfoque psicológico individual para la formulación y constatación de los elementos subjetivos. Para una crítica a este enfoque vid. además, desde otros presupuestos metodológicos, RAGUÉS VALLÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal,* Barcelona 1999, págs. 205 ss.

36. Vid. en esta dirección las interesantes reflexiones de PAREDES CASTAÑÓN, «Problemas metodológicos en la prueba del dolo», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2001-b, págs. 67 ss., con ulteriores referencias doctrinales; vid. además PÉREZ MANZANO, *Dificultad de la prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo*, en L.H. Gimbernat, Madrid 2008, págs. 1459 ss., quien se ocupa específicamente de la cuestión de los *déficits* probatorios o de aplicabilidad de las teorías psicológicas.

37. Cfr. VIVES, 2011, págs. 271 s.

38. PÉREZ MANZANO, 2008, pág. 1462.

39. Para la opinión dominante siempre ha sido evidente también que el tipo no existe si no concurre el (necesario) elemento subjetivo en el autor, mientras que, en cuanto al partícipe, basta con que éste *sepa* que tal elemento concurre en el autor. Y, por supuesto, en la coautoría el elemento subjetivo debe concurrir en todos los sujetos. Vid. por todos JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Berlin 1996 (hay trad. de M. Olmedo Cardenete, Granada 2002), § 30, III.

40. Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El contenido de la antijuridicidad*, Valencia 2013, *passim*.

41. Cfr. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, *Band I*, 4. Aufl., München 2006, (hay traducción española de la 2ª ed. alemana de Luzón/Díaz/De Vicente, Madrid 1997), § 10, Rn. 61.

42. Hay que resaltar la coincidencia que en este punto se produce con el pensamiento clásico. De nuevo, es ilustrativa la posición de RODRÍGUEZ MOURULLO (*P.G.*, págs. 259 s.), quien, al aludir a la distinción entre el dolo y los elementos subjetivos del injusto sobre la base de la doctrina social de la acción, afirmaba que «desde el punto de vista metódico, el tipo es conceptualmente previo al dolo. La existencia de dolo se comprueba tan sólo después de conocer los elementos del correspondiente tipo, y precisamente proyectando la falsilla del tipo sobre el contenido de voluntad que conforma ontológicamente la acción…».

43. Así cfr. QUINTERO, *P.G.*, pág. 342.

44. Vid. por todos, LUZÓN, *Lecciones*, *P.G.*, L.16/20.

45. Cfr. LUZÓN, ibid. L.16/21.

46. Vid. por todos GARCÍA ALBERO, *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal,* G. Quintero dir., 3ª ed., Elcano 2002, pág. 1423.

47. Vid. HEGLER, *Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs*, FS f. Frank, Tübingen 1930, pág. 287 ss., quien, partiendo de una concepción psicológica del dolo, entendía que el dolo sólo puede ir referido a lo objetivo externo, dado que pensar en un conocimiento y una voluntad de lo sabido y querido sería absurdo

48. La peculiaridad de la institución del *dolo specifico* hace que carezca aquí de utilidad examinar por qué la doctrina italiana dominante admite, empero, que dicha figura se revela como un objeto más del dolo genérico (vid. por todos GELARDI, *Il dolo specifico,* Padova 1996, pág. 341), algo aceptado incluso por el sector minoritario (vid. PICOTTI, *Il dolo specifico: un indagine sugli «elementi finalistici» delle fattispecie penali*, Milano 1993, págs. 570 ss.).

49. Vid. por todos ROXIN, A.T., § 12, Rn. 114.

50. Vid. por todos LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general, I,* Madrid 199, pág. 408, quien, de forma clarificadora, razona que «lógicamente tampoco hace falta requerir su conocimiento (scil. el de los elementos subjetivos específicos), pues si se actúa con el ánimo o disposición de ánimo en cuestión, ello ya implica que el sujeto lo sabe»; el elemento volitivo del dolo exige solo «querer realizar todos los elementos objetivos del tipo de los que se tiene conocimiento» (pág. 411). Vid. además QUINTERO, *P.G.*, pág. 342 y, ya anteriormente, GÓMEZ BENÍTEZ, 1984, págs. 205 y 237.

51. Vid. VIVES, 2011, págs. 266 s. Vid. además GUARDIOLA, 2001, pág. 88, quien, en referencia a los elementos subjetivos del tipo, añade que plantear que un elemento volitivo sea «querido» carece de sentido, porque «sobre los elementos psíquicos no puede formularse un nuevo juicio volitivo, cuando menos no en cuanto al Derecho penal interesa en sede de relevancia típica».

52. Cfr. ROXIN, A.T., § 12, Rn. 114.

53. Cfr. ROXIN, A.T., § 12, Rn. 115

54. Vid. GUARDIOLA, 2001, págs. 88 y 91.

55. Vid. GUARDIOLA, 2001, págs. 88 s., quien agrega que el autor «podrá, eso sí, errar sobre las circunstancias objetivas que tengan influencia en ellos; pero este error no puede recibir el tratamiento previsto en el artículo 14 del CP, porque no es un error sobre elementos típicos ni sobre la antijuridicidad de la conducta».

56. Vid. ROXIN, A.T., § 10, Rn. 1-6.

57. Con esa premisa, escribe ROXIN (Rn. 5) «difícilmente podrá el propio dolo ser objeto de un error de tipo».

58. Recuérdese que para la doctrina dominante el *dolo specifico* es una especie de dolo, caracterizado mayoritariamente como forma de culpabilidad (vid. por todos GELARDI, págs. 337 ss.). Eso sí, existe un sector que entiende que no es dolo, por lo que corresponde al ámbito de la tipicidad (vid. PICOTTI, págs. 497 ss.).

59. Vid. por todos ROXIN, A.T., § 10, Rn. 71.

60. Merece ser destacada la referencia a la distinción entre los elementos subjetivos del injusto y «los elementos objetivables de la actitud interna», que en su día recogió GÓMEZ BENÍTEZ (1984, pág. 240). En la moderna doctrina aluden a tales elementos de la culpabilidad, p. ej., COBO/VIVES, *P.G.*, pág. 403, GUARDIOLA, 2001, pág. 80, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., Valencia 2010, pág. 359.

61. Vid. singularmente LUZÓN, *Lecciones*, *P.G.*, L.16/11.

62. Vid. por todos JESCHECK/WEIGEND, A.T., § 30, I, 3 y § 42, II, 3.

63. Cfr. ROXIN, A.T., § 10, Rn. 71.

64. Para la comprensión de estos elementos es fundamental la monografía de SCHMIDHÄUSER, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, Tübingen 1958, por más que en trabajos posteriores este autor modificase su concepción originaria.

65. Vid. por todos ROXIN, A.T., § 10, Rn. 78, quien añade que cuando tales elementos poseen efecto agravatorio, no están exentos de reparos desde el punto de vista del Estado de Derecho, puesto que vinculan la punibilidad a la valoración judicial de momentos internos difícilmente comprobables.

66. Cfr. ROXIN, ibid., Rn. 79.

67. WELZEL, *Derecho penal alemán,* trad. de la 11ª alemana por J. Bustos y S. Yáñez, 4ª ed. castellana, Santiago de Chile, 1993, pág. 95.

68. LUZÓN, *Lecciones, P.G.*, L.16/11.

69. Vid. MIR PUIG, «Los términos "delito" y "falta" en el Código penal», en *ADPCP*, 1973, págs. 332 ss.

70. Vid. MIR, *P.G.*, L. 10/144. Ello no obstante, sería preferible desgajar los delitos con elementos de actitud interna de los delitos con elementos de tendencia intensificada, puesto que, en rigor, se trata de elementos de diversa naturaleza (cfr. en este sentido LUZÓN, *Lecciones*, *P.G.*, L.16/17); es más, a mi juicio, esta última categoría no existe.

71. GÓMEZ BENÍTEZ, 1984, pág. 241.

72. Vid. por todos LUZÓN, *Lecciones*, *P.G.*, L.16/16 y 53; QUINTERO, *P.G.*, pág. 280; RAMOS TAPIA, en J.M. Zugaldía (dir.) *Fundamentos de Derecho penal. Parte general,* 4ª ed., Valencia 2010, pág. 284, citando, respectivamente, los ejemplos de los arts. 217, 301, 320, 322, 329 y 446; los de los arts. 255-2, 346, 449 y 459; y los de los arts. 270-2, 281 y 408.

73. COBO/VIVES, *P.G.*, pág. 403. Téngase en cuenta que estas afirmaciones, al inscribirse en un enfoque neoclásico, van referidas a la culpabilidad como concepto general que incluye también el dolo.

74. Vid. PICOTTI, págs. 295, 507, 547 y 558 ss., para quien el tipo portador de un elemento de esta índole se caracteriza por ser un «nexo instrumental», esto es, por la relación de «medio a fin» que liga el hecho-base *objetivamente* descrito con un determinado fin del agente indicado solo *subjetivamente* (págs. 501 s.); ello le permite distinguirlo claramente del dolo (págs. 507 s.) y de los meros motivos (págs. 526 ss.).

75. Así, vid. ROXIN, A.T., § 10, Rn. 75, criticando con razón la opinión contraria de algunos autores.

76. Vid. ROXIN, ibid. En sentido próximo vid. en la doctrina italiana PICOTTI, págs. 211 s., quien añade que, al lado de la fórmula lingüística empleada, habrá que acudir al contexto gramatical y sintáctico, así como (pág. 499) a la estructura del delito de que se trate.

77. Vid. FINZI, «Il cosidetto «dolo specifico»: volizioni dirette verso un risultato che sta fuori degli atti esterni d'esecuzione di un reato», en *Studi in memoria di A. Rocco*, I, Milano 1952, págs. 396 s.; posteriormente GELARDI (págs. 156 ss.) señala que el *dolo specifico* se caracteriza por su «trascendencia», o sea, por su proyección sobre algo distinto y añadido a la conducta típica, y PICOTTI (pág. 518 s.) subraya que ha de ser «extrínseco» a la conducta externa.

78. GUARDIOLA, 2001, pág. 73.

79. Repárese en que con esta interpretación (que es discutida de *lege lata)* se concebiría el delito de hurto como un delito de intención, y no como un delito de tendencia intensificada, según explicaré posteriormente.

80. En el seno de la doctrina italiana dominante GELARDI (págs. 156 ss.), partiendo de la aludida base de que el carácter «trascendente» es un elemento diferenciador del *dolo specifico*, excluye también de esta categoría los casos de los delitos de tendencia intensificada.

81. A diferencia de los delitos de intención, en los delitos de tendencia interna intensificada y en los de expresión el ánimo o tendencia se proyecta sobre la propia conducta típica objetiva o sobre un elemento de ella (vid. por todos LUZÓN, *Lecciones*, *P.G.*, L.16/15 y 16), con lo que el autor no busca algo que esté más allá de la acción objetivamente típica, sino que realiza ésta confiriéndole un sentido subjetivo específico (cfr. MIR, *P.G.*, L.9/42 y L. 10/144).

82. Cfr., p. ej., CEREZO, *P.G.*, II, pág. 122; COBO/VIVES, *P.G.*, pág. 401; DÍEZ RIPOLLÉS, *Derecho penal español. Parte general en esquemas*, 3ª ed., Valencia 2011, pág. 188; GÓMEZ BENÍTEZ, 1984, pág. 239; MIR, *P.G.*, L. 10/143; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, 2ª ed., Madrid 1986, pág. 137; RODRÍGUEZ MOURULLO, *P.G.*, pág. 254, SUÁREZ-MIRA, *P.G.*, pág. 124.

83. Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *El hurto propio,* Madrid 1946, págs. 180 ss., DÍAZ PALOS, «Ánimo de lucro», en *Nueva Enciclopedia Jurídica,* C.E. Mascareñas dir., Barcelona 1950*,* GUARDIOLA, 2001, pág. 83.

84. Cfr. LUZÓN, *Lecciones*, *P.G.*, L.16/13ss.

85. GUARDIOLA, 2001, pág. 83.

86. Como, v. gr., CEREZO, *P.G.*, II, pág. 122, o SUÁREZ-MIRA, *P.G.*, pág. 125.

87. Vid. por todos MEZGER, *Derecho penal. Parte General*, (trad. Finzi), Buenos Aires 1958, pág. 279.

88. En la doctrina española vid. por todos RODRÍGUEZ MOURULLO, *P.G.*, págs. 329 s., quien añade que en la tentativa concurren los dos fundamentos que informan la categoría de los elementos subjetivos del injusto: resolver la equivocidad del aspecto objetivo y anticipar la línea de punibilidad.

89. Vid. COBO/VIVES, *P.G.*, págs. 727 s., quienes aclaran que la realización de actos ejecutivos constituye únicamente el elemento objetivo de la tentativa y que, por su propia naturaleza, ésta requiere además una resolución delictiva que constituye un elemento subjetivo del injusto. Ahora bien, este elemento presenta una doble dirección: «el querer ha de abarcar los actos que se realizan y, además, ha de hallarse dirigido a la realización de la totalidad de los elementos del delito consumado».

90. Cfr. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed. Berlin 1969 (=Welzel LB), págs. 60 s.

91. En nuestra doctrina vid. por todos CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general, III, Teoría jurídica del delito/2*, Madrid 2001, pág. 185, quien señala que la tentativa requiere dos elementos, el dolo y un principio de ejecución, y que el tipo subjetivo de la tentativa coincide con el del delito consumado; DÍEZ RIPOLLÉS, *P.G.*, págs. 497 ss. y págs. 504 ss., quien incluye como elementos: el principio de ejecución y «la resolución delictiva o dolo» y subraya que el dolo que ha de concurrir es el del delito consumado, por lo que no basta con que se dé un dolo de realizar la tentativa de delito.

92. Cfr. MIR, *P.G.*, L.13/78, quien aclara que, «puesto que la tentativa acabada requiere la ejecución de todos los actos necesarios para la consumación, la voluntad de ejecutar tales actos efectivamente manifestada puede y debe equivaler a la voluntad de consumación», esto es, requiere «el mismo dolo que el delito consumado».

93. Cfr. MIR, *P.G.*, L.13/77 (subrayados en el original).

94. Se le ha objetado fundamentalmente que confunde el hecho (cierto) de que el dolo debe persistir durante toda la realización del delito con la errónea creencia de que el dolo es un elemento que se va configurando a medida que se progresa en la realización del tipo, de tal forma que solo se daría plenamente una vez consumado el delito. Vid., p. ej., CEREZO, *P.G.*, III, pág. 185, DÍEZ RIPOLLÉS, *P.G.*, pág. 500, GIL GIL, *Derecho penal internacional,* Madrid 1999, págs. 242 ss.

95. Dentro del marco de la concepción significativa, vid. ORTS/G. CUSSAC, *P.G.*, pág. 258, quienes, si bien no se pronuncian explícitamente sobre la existencia de un específico elemento subjetivo distinto del dolo, parece que implícitamente se orientan en esta línea, al escribir: «la tentativa precisa de un elemento subjetivo, que … exige una voluntad de llevar a cabo los actos ejecutivos realizados y, además, también ha de abarcar como finalidad la realización total, o sea, la consumación, del hecho delictivo concreto».

96. SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona 1997, pág. 138.

97. Vid. ya COBO/VIVES, *P.G.*, págs. 402 s., quienes ejemplifican que «un individuo que trepa por una fachada realiza una conducta impune si lo hace, v. gr., por puro equilibrismo. La presencia del ánimo de robar o del de allanar la morada ajena es lo que dota a su conducta de la lesividad potencial indispensable para estimarla penalmente relevante, en principio».

98. Como ya razonaba acertadamente RODRÍGUEZ MOURULLO (*P.G.*, pág. 330), «en ocasiones ciertos actos contemplados únicamente en su dimensión objetiva resultan equívocos, de tal manera que no puede determinarse si constituyen tentativa o no, más que apelando al plano subjetivo y comprobando la presencia o ausencia de la intención de consumar el delito».

99. Vid., p. ej., JESCHECK/WEIGEND, A.T. § 49 III 1 b: «la tentativa exige el tipo subjetivo completo», en el sentido de que «también deben existir, además del dolo como general elemento subjetivo del tipo, los *especiales elementos subjetivos típicos* que exija el delito en cuestión, ya que en la estructura del concepto de delito se sitúan al mismo nivel que el dolo». Y ello porque «lo único que falta en la tentativa es la consumación del tipo objetivo» (§ 30 III 3).

100. Vid. por todos RODRÍGUEZ MOURULLO, en J. Córdoba/G. Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código penal*, t. I, Barcelona 1972, pág. 110; MIR, *P.G.*, L. 9/38 ss.

101. Cfr. GUARDIOLA, 2001, pág. 88, siguiendo a ZIMMERL («Zur Lehre vom Tatbestand», *Strafrechtliche Abhandlungen,* Heft 237, Breslau 1928, pág. 37).

102. Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, ibid., MIR, *P.G.*, L. 9/45

103. Vid., p. ej., GUARDIOLA, 2001, pág. 79.

104. Vid. por todos JESCHECK/WEIGEND, A.T., § 30, I, 1. En la doctrina española vid. ya, p. ej., OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *P.G.*, pág. 136. Modernamente vid. por todos RAMOS TAPIA, *P.G.*, pág. 283, citando, respectivamente, los ejemplos de los arts. 221 y 263-2-1.

105. Y no me refiero únicamente a los que pudiéramos calificar de remotos, representados por el *animus* en el Derecho romano clásico y justiniano y su evolución posterior (sobre ello, vid. por todos GELARDI, 1996, págs. 21 ss.), sino también a todas aquellas construcciones que son anteriores al nacimiento dogmático de la categoría, que obtuvo carta de naturaleza con la doctrina penal alemana de principios del siglo XX, de la mano de HEGLER (*Die Merkmale des Verbrechens,* ZStW, XXXVI, 1915) y M. E. MAYER (*Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts: Lehrbuch*, Heidelberg 1915) y con la difusión que le otorgó MEZGER (*Die subjektiven Unrechtselemente*, *Der Gerichtssaal,* LXXXIX, 1924.

106. El conocido calificativo entrecomillado es de MEZGER, 1924, pág. 258.

107. Vid. por todos JESCHECK/WEIGEND, A.T., § 30, I, 3.

108. Vid. WELZEL, *P.G.*, págs. 51 y 60.

109. Vid. CÓRDOBA RODA, *Notas al Tratado de Derecho penal, t. I, de R. Maurach*, Barcelona 1962, Nota 28 al § 22; vid. además *Una nueva concepción del delito: la doctrina finalista*, Barcelona 1963, págs. 18 ss.

110. Esta razón de ser de los elementos subjetivos del tipo fue apuntada ya con carácter general por RODRÍGUEZ MOURULLO, *La presunción legal de voluntariedad*, ADPCP, 1965, págs. 62 ss.

111. RODRÍGUEZ MOURULLO, *P.G.*, pág. 329. En la doctrina italiana suele señalarse también que en algunos supuestos los elementos subjetivos cumplen una función de adelantamiento de la punibilidad (vid. por todos GELARDI, págs. 167 ss., añadiendo que la admisibilidad de esta construcción depende de la efectiva puesta en peligro con una acción idónea y de que se esté tutelando un bien jurídico de relevancia constitucional y susceptible de una tutela anticipada).

112. Ambas funciones concurren conjuntamente también en la tentativa, algo que es reconocido asimismo por RODRÍGUEZ MOURULLO, *P.G.*, 329

113. LUZÓN (*Lecciones, P.G.*, L.16/10) pone el ejemplo de quien toma sin consentimiento una cosa ajena para utilizarla temporalmente o solo para poder alcanzar otra cosa suya que estaba debajo (p. ej., un abrigo). Y algo similar cabría predicar de otros ejemplos, como, v. gr., el de la posesión de drogas con la finalidad de traficar o el de la tenencia de moneda falsa para su expendición o distribución.

114. Recurre a estos ejemplos para explicar la función de adelantamiento de la línea de punibilidad: RODRÍGUEZ MOURULLO, *P.G.*, pág. 329.

115. En la doctrina italiana ha propuesto GELARDI (págs. 322 ss.) sustituir las locuciones referidas a momentos anímicos por expresiones objetivas reveladoras de una idoneidad causal del comportamiento base.

116. Ejs., posesión de drogas para traficar (LUZÓN, *Lecciones*, *P.G.*, L.12/34), tenencia de moneda falsa para su expendición o distribución (COBO/VIVES, *P.G.*, pág. 435, MIR, *P.G.*, L.9/41).

117. Estos delitos se distinguen de los mutilados de dos actos en que no exigen necesariamente una segunda actividad del autor: p. ej., falsedades para causar un perjuicio a tercero (COBO/VIVES, *P.G.*, pág. 436, LUZÓN, *Lecciones, P.G.*, L.12/34), celebración de matrimonio inválido para perjudicar al otro contrayente (MIR, *P.G.*, L.9/41).

118. Una fundamentación así concebida carece de significado desde la perspectiva que aquí nos interesa. Es más, cabe objetar que no se trataría de una fundamentación propiamente dicha, porque lo que ofrece es simplemente la descripción de una técnica legislativa.

119. Cfr. LUZÓN, *Lecciones, P.G.*, L.12/34.

120. Cfr. COBO/VIVES, *P.G.*, pág. 435.

121. Vid. por todos GUARDIOLA, 2001, pág. 79; NÚÑEZ CASTAÑO, en GÓMEZ RIVERO (coord.) *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte general,* 2ª ed., Madrid 2010, pág. 202. En la doctrina italiana suele señalarse también que en algunos supuestos los elementos subjetivos cumplen una función restrictiva de la punibilidad (vid. por todos GELARDI, págs. 167 ss. y 304 ss., añadiendo que en tales casos el elemento subjetivo ha de asociarse siempre a una conducta-base de por sí idónea, «*in abstracto*», para el fin en cuestión).

122. Así, vid. GUARDIOLA, 2001, pág. 79, quien, tras hacerse eco de las funciones propuestas en la doctrina añade que «en rigor, a mi juicio, formalmente operan siempre restringiendo la punibilidad de aquello objetivamente descrito en el tipo; y materialmente la conducta objetivamente descrita en el tipo se formula, en su caso, con tal amplitud porque se quiere fijar el umbral de punibilidad en un momento independiente ('anterior', en este sentido, si se quiere, aunque no siempre) al de la realización del objeto del elemento subjetivo».

123. Vid. por todos MARTÍNEZ PÉREZ, *Las condiciones objetivas de punibilidad,* Madrid 1989, págs. 45 ss.

124. Como bien indica LUZÓN (*Lecciones P.G.*, L.16/10), operando con el ejemplo del hurto, si falta el elemento subjetivo, «la conducta, no es que sea típica pero no culpable, sino que no está siquiera penalmente prohibida, no es típica».

125. Recuérdese que, como bien escriben COBO/VIVES (*P.G.*, pág. 400), el elemento subjetivo confiere «el potencial lesivo al injusto del hecho».

126. Vid. ORTS/G. CUSSAC, *P.G.*, pág. 243: «existen conductas que … si se realizan sin ese espacial ánimo … no poseen el significado necesario para crear un riesgo o para dañar el bien jurídico».

127. Vid. GUARDIOLA, 2001, pág. 81.

128. Vid. por todos GUARDIOLA, 2001, pág. 85, LAURENZO COPELLO, *Los delitos contra el honor*, Valencia 2002, págs. 133 ss., QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial,* 5ª ed., Barcelona, 2008, págs. 309 s., y bibliografía que se cita. La opinión contraria es en la actualidad claramente minoritaria: vid. singularmente MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 18ª ed., Valencia 2010, pág. 300, SUÁREZ-MIRA, *P.G.*, pág. 125.

129. Vid. por todos VIVES, P.E., 1993, págs. 677 ss., y en VIVES/ORTS/CARBONELL/G. CUSSAC/MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., Valencia 2010, pág. 341.

130. En la doctrina extranjera también se viene a reconocer que en los delitos contra el honor este problema debe ser resuelto en sede de antijuridicidad. En la doctrina italiana vid. PICOTTI, págs. 106 y 109.

131. Vid. indicaciones jurisprudenciales en LAURENZO, 2002, págs. 133 s., n. 347.

132. Vid. la bibliografía que se cita en DÍEZ RIPOLLÉS, en J.L. Díez Ripollés/C. Romeo (coord.), *Comentarios al Código penal. Parte Especial, II,* Valencia 2004, arts. 178-183, NM 91, n. 249. En la doctrina italiana también goza de predicamento esta idea: vid. PICOTTI, págs. 144 ss.

133. Vid. GUARDIOLA, 2001, pág. 87. Y, por supuesto, comparto la idea de que la formulación de determinados tipos (las denominadas figuras cualificadas) hace innecesario ya plantearse la posibilidad de que concurra un especial ánimo lascivo, porque «solo tienen un significado posible» (cfr. ORTS, 2009, pág. 1491, ORTS/G. CUSSAC, *P.G.*, pág. 245).

134. Vid. en este sentido ORTS, 2009, pág. 1492; ORTS/G. CUSSAC, *P.G.*, págs. 245 s.

135. GUARDIOLA, 2001, pág. 87.

136. DÍEZ RIPOLLÉS, ComCP, arts. 178-183, NM 12 y 91.

137. Vid. en este sentido, por todos, ORTS BERENGUER, en T.S. Vives (coord.), *Comentarios al código penal de 1995*, t. I, Valencia 1996, pág. 944

138. Vid. especialmente DÍEZ RIPOLLÉS, ComCP, arts. 178-183, NM 9-12, 22,23 y 89-91.

139. Vid. ORTS, 2009, pág. 1492, quien añade (pág. 1493) acertadamente que algo similar sucede en los casos de intervenciones de actores en obras o espectáculos en los que han de simular (o incluso ejecutar) actos de carácter sexual. Vid. también ORTS/G. CUSSAC, *P.G.*, pág. 246.

140. Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, ComCP, pág. 334. Recuérdese que este penalista (págs. 334 s.) identifica en el denominado tipo subjetivo de los delitos contra la libertad sexual dos elementos subjetivos diferentes del dolo: la tendencia de involucrar a otro en un contexto sexual y el ánimo lascivo o libidinoso.

141. Vid. críticamente, por todos, ya MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad social*, Madrid 1995, págs. 88 y s. Por ello, hay que elogiar la decisión de la LO 15/2003, que eliminó este elemento y asimiló plenamente el texto del art. 307 al del art. 305.

142. RODRÍGUEZ MOURULLO, «El nuevo delito fiscal», en *Revista española de Derecho financiero*, nº 15/16, 1977, pág. 722. Añadía este autor que lo normal es pensar que el contribuyente «hubiera preferido que ese lucro no fuese asociado a la defraudación, porque sabe que ésta es siempre, al menos en potencia, fuente de problemas para él» (págs. 722 y s.)

143. Vid. por todos MARTÍNEZ-BUJÁN, 1995, págs. 56 y 89. Sobre la superfluidad del ánimo de lucro en los delitos de apoderamiento, vid. las interesantes reflexiones de DE LA MATA BARRANCO, *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación,* Barcelona 1994, págs. 242 y ss. y 264 y s.

144. Vid. por todos GUARDIOLA, 2001, pág. 83.

145. Vid. por todos GÓMEZ TOMILLO, en M. Gómez Tomillo (dir.), *Comentarios al Código penal,* 2ª ed., Valladolid 2011, pág. 1815.

146. Cfr. GÓMEZ TOMILLO, ibid.

147. Vid. por todos GUARDIOLA, 2001, pág. 83.

148. Vid. por todos TAPIA BALLESTEROS, en M. Gómez Tomillo (dir.), *Comentarios al Código penal,* 2ª ed., Valladolid 2011, pág. 1782.

149. Sobre las dificultades del concepto de motivo vid. ya en nuestra doctrina DÍEZ RIPOLLÉS, *La atenuante de obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia,* ADPCP 1979, págs. 94 ss.

150. Vid. por todos LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia,* Bilbao, 2000, págs. 370 s. Vid. además DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación para la sanción penal,* en LH Jakobs, Universidad Externado de Colombia, 2003, pág. 517, subrayando algo que reviste interés desde el enfoque metodológico del presente trabajo, a saber, que lo que realmente «dota de relevancia penal al ilícito» es «la significación xenófoba, sexista, etc.».

151. Vid. LAURENZO COPELLO, «La discriminación en el Código penal de 1995», en *Estudios penales y criminológicos* XIX, 1996, págs. 281 ss.

152. En la línea propuesta en su día por STRATENWERTH, *Zur Funktion strafrechtlicher Gesinnungsmerkmale*, FS f. H. von Weber, Bonn 1963, págs. 171 ss.

153. Vid. LANDA GOROSTIZA, *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal,* Granada 2001, págs. 185 ss., quien por ello considera, con razón, inadecuada la tesis de MIR, consistente en entender que se aumenta el injusto *subjetivo* del hecho.

154. Cfr. LANDA, 2000, pág. 370.

155. DOPICO, 2003, págs. 522 s.

156. LANDA, 2000, pág. 190.

157. Vid. LANDA, 2000, pág. 371, y, en relación con la agravante del art. 22-4ª, 2001, págs. 185 ss., especialmente pág. 192. Vid. ya anteriormente, en cuanto a la referida agravante, LAURENZO, 1996, págs. 272 ss., especialmente pág. 281 y n. 118. En una línea similar vid. posteriormente DOPICO, 2003, págs. 508 ss.

158. En algunos delitos socioeconómicos se observa una opinión favorable a sobreentender un elemento subjetivo consistente en el «ánimo de perjudicar» al sujeto pasivo; sirvan de ejemplo los delitos de los arts. 312-1 y 313 CP. Sin embargo, semejante interpretación carece ya de todo sentido a la vista del contenido de injusto de tales delitos. Vid. por todos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*, 3ª ed., Valencia 2011, págs. 693, 695 y 708.

159. GARCÍA CANTIZANO, Falsedades documentales (En el Código penal de 1995), Valencia 1997, págs. 140 s.,

160. Vid. por todos ROXIN, AT, § 10/Rn. 84.

161. Vid. por todos SILVA SÁNCHEZ, en SILVA SÁNCHEZ (dir.) *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, Barcelona 2006, págs. 299 s.

162. Ejemplos que recoge GARCÍA CANTIZANO, 1997, págs. 138 y 141.

163. Así lo reconoce la moderna doctrina. Vid. por todos NÚÑEZ CASTAÑO, en GÓMEZ RIVERO (coord.) *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte especial*, Madrid 2010, págs. 570.

164. En lo que atañe al delito de posesión de drogas, recuérdese que hasta la reforma del CP de 1983 no se incluía elemento subjetivo alguno. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia consideraron que únicamente debería ser típica la conducta de posesión que estuviese destinada a un posterior tráfico, lo que motivó que se introdujese el elemento subjetivo como factor de restricción típica (vid. por todos BOIX REIG, en VIVES/BOIX/ORTS/CARBONELL/G. CUSSAC, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia 1993, pág. 345).

165. NIETO MARTÍN, *El delito de administración fraudulenta*, Barcelona 1996, pág. 306.

166. Vid. Diccionario de la RAE, 22ª ed. En su primera acepción, la preposición *en* «denota en qué lugar, tiempo o modo se realiza lo expresado por el verbo al que se refiere» («Pedro está en Madrid. Esto sucedió en Pascua. Tener en depósito»); en la segunda equivale a la preposición *sobre*; en la tercera «denota aquello en que se ocupa o sobresale alguien»; en la cuarta «denota situación de tránsito»; en la quinta equivale la preposición *por* («lo conocí en la voz»); en la sexta equivale a la locución «luego que, después que»; en la séptima «denota el término de algunos verbos de movimiento»; en la octava (como uso etiquetado de antiguo) equivale a la preposición *con* («alegrarse en una nueva»).

167. Esta es la opinión de un sector doctrinal. Vid. por todos MARTÍNEZ-BUJÁN, P.E., págs. 52 ss. Sobre esta cuestión es básico el trabajo de PAREDES CASTAÑÓN («Lo subjetivo y lo objetivo en el tipo del delito de alzamiento de bienes», en L.H. Valle Muñiz, Pamplona 2001, págs. 1629 ss.), quien ha sometido convincentemente a revisión la tradicional perspectiva subjetivista para la interpretación de este delito, y ha propuesto sustituirla por un enfoque objetivo que permita ofrecer criterios para la valoración objetiva de las conductas subsumibles en la descripción de «alzarse con sus bienes».

168. Vid. por todos indicaciones en MARTÍNEZ-BUJÁN, P.E., págs. 153 (con relación al art. 270-1), pág. 250 (art. 283) págs. 402 s. (art. 291), págs. 413 s. (art. 292).

169. Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, P.E., págs. 454 s.

170. De hecho, un sector doctrinal propone ya de *lege lata* interpretar esta expresión en sentido objetivo (vid. indicaciones en MARTÍNEZ-BUJÁN, P.E., pág. 172).

171. Uno de los postulados básicos para la tipificación de esta clase de delitos reside en simplificar la prueba, a cuyo efecto resulta necesario abandonar la técnica del recurso a los elementos subjetivos. Tener que demostrar que el autor actuó con la referida intención provoca dificultades para la aplicación del precepto, como ya sucedió en Italia o en Francia con figuras parecidas. Vid. por todos indicaciones en MARTÍNEZ-BUJÁN, P.E., pág. 258.

172. La doctrina censura, con razón, que el legislador haya recurrido a esta técnica del delito cortado de resultado, en lugar de requerir un elemento objetivo de idoneidad para la producción del resultado de la captación de inversores, etc. Vid. por todos indicaciones en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Estafa de inversores y de crédito*, Valencia 2012, págs. 115 s. y 120 s.

173. La distinción de tres grupos de delitos (con la inclusión de los de expresión, *Ausdrucksdelikten*) que contienen elementos subjetivos se recoge ya en el segundo trabajo de MEZGER sobre la materia, publicado en 1926 («Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände», FS f. L. Traeger, Berlin 1926, reimpresión Aalen 1979), págs. 200 ss. Tal distinción se mantuvo en su última reformulación al respecto: vid. MEZGER, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik: Eine ergänzende Betrachtung zum Lehrbuch des Strafrechts in seiner 3. Auflage (1949)*, Berlin-München 1950, pág. 23.

174. Vid. por todos CEREZO, *P.G.*, II, pág. 123; COBO/VIVES, *P.G.*, pág. 402; POLAINO, 1972, págs. 305 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, *P.G.*, págs. 254 s. Ello no obstante hay que reconocer que modernamente la validez de este grupo es puesta en tela de juicio: vid. por todos MIR, *P.G.*, L. 10/145 s.; LUZÓN, *Lecciones, P.G.*, L.16/16 («cuestionable»); DÍEZ RIPOLLÉS, *P.G.*, pág. 188 («no está suficientemente claro»).

175. Aclarando acertadamente que la calificación de elemento subjetivo presupone acoger la teoría subjetiva (algo que no siempre se explicita en la doctrina) vid., entre otros, CEREZO, *P.G.*, II, pág. 123; COBO/VIVES, *P.G.*, pág. 402;

DÍEZ RIPOLLÉS, *P.G.*, pág. 188; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *P.G.*, pág. 137. Por tanto, la calificación de dicho elemento como elemento subjetivo del injusto o como parte del dolo no depende de si se acoge una concepción causalista o finalista, como pretende MIR (*P.G.*, L. 10/146).

176. Esta es la premisa de la que parte VIVES (2011, pág. 287), para quien, consecuentemente, la «intención juega aquí un papel definitorio (scil., en el sentido más arriba apuntado de la *función definitoria*) y pertenece, pues, al tipo de acción». Vid. ya también COBO/VIVES, *P.G.*, pág. 402, subrayando coherentemente que lo que se castiga en el falso testimonio no es la falsedad objetiva de la declaración.

177. La teoría subjetiva es actualmente minoritaria en la doctrina española. Además de los autores citados, que reconocen el grupo de los delitos de expresión, vid., ORTS/G. CUSSAC, *P.G.*, págs. 244 y 248, SUÁREZ-MIRA, *P.G.*, pág. 126.

178. Sobre la polémica entre las teorías subjetiva y objetiva sigue siendo fundamental en nuestra doctrina el trabajo de TORÍO LÓPEZ («Introducción al testimonio falso», en *Revista de Derecho Procesal*, 1965, págs. 54 ss.), quien subraya que la teoría subjetiva está injustificada evolutivamente, desde el momento en que se produce el tránsito del perjurio al falso testimonio.

179. Vid. ya TORÍO, 1965, págs. 57 s. En la moderna doctrina vid. por todos MUÑOZ CONDE, P.E., pág. 955; BENLLOCH PETIT, en SILVA SÁNCHEZ (dir.) *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, Barcelona 2006, pág. 345. Un sector preconiza una concepción mixta, según la cual el testimonio es falso cuando se da una discordancia entre lo declarado y la realidad, y, además, con los conocimientos subjetivos del testigo o perito (vid. por todos ORTS, P.E., 2010, pág. 749); ello no obstante, a los efectos que aquí nos interesan esta tesis comporta acoger una concepción subjetiva de la falsedad, en el sentido de que ésta se sigue construyendo sobre la base de un elemento subjetivo.

180. Vid. ya TORÍO, 1965, pág. 58 (con respecto a la regulación del CP anterior, sustancialmente similar a la actual), sobre la base del bien jurídico protegido (la seguridad probatoria en el ejercicio de la jurisdicción, concretado en el proceso) y de otros argumentos perfectamente trasladables a la regulación del vigente CP. En igual sentido vid. MAGALDI/GARCÍA ARÁN, 1983, pág. 1150.

181. Vid., p. ej., ORTS, ibid.

182. Cfr. MUÑOZ CONDE, P.E., pág. 957, sin añadir el calificativo de inidónea.

183. En la doctrina alemana vid. ya en este sentido WELZEL, LB, 1969, pág. 526. De otra opinión, MAGALDI/GARCÍA ARÁN, «Los delitos contra la Administración de Justicia ante la Reforma penal», en *Documentación jurídica*, 37/40,1983, pág. 1150, n. 114, por entender que la punición de la tentativa «requiere un grado superior de afectación al bien jurídico».

184. Vid. TORÍO, 1965, págs. 58 s., quien aclara que para el juicio de antijuridicidad (material u objetiva) se requiere una concreta especie de declaración, esto es, aquella que se separa de la verdad del acontecimiento histórico; para el juicio de culpabilidad (léase en nuestro caso, para la infracción de la norma personal de conducta), conceptualmente ulterior, es preciso que el sujeto se haya apartado dolosamente del contenido de su conciencia. Así, es la coherencia entre el aspecto objetivo y el subjetivo la que funda la presencia del delito.

185. Cfr., p. ej., OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *P.G.*, pág. 137; LUZÓN, *Lecciones*, *P.G.*, L.16/16; MIR, *P.G.*, L.10/146; vid. también GUARDIOLA, 2001, pág. 86, para quien, «cuando el sujeto declare algo que no sea verdad el problema es de dolo», a cuyo efecto parte de una concepción objetiva de la falsedad, por más que comience proclamando que se pronuncia «sin intención ninguna de entrar a discutir las teorías objetivas y subjetivas que pretenden explicar este delito».

186. Con todo, algunos autores incluyen el conocimiento de la falsedad y el temerario desprecio hacia la verdad en la controvertida categoría de los delitos de expresión. Vid., p. ej., LUZÓN, *Lecciones, P.G.*, L.16/16, con la apuntada (y ciertamente importante) matización de considerar cuestionable esta categoría.

187. Recuérdese que la necesidad de añadir este grupo reside en que los delitos con elementos de actitud interna (sean puramente subjetivos o subjetivo-objetivos) no siempre pueden ser incluidos sin forzamiento en los grupos de los de-

litos de intención o de tendencia intensificada. Vid. por todos LUZÓN, *Lecciones, P.G.*, L.16/11,17 y 18, quien cita como uno de los ejemplos característicos el elemento del «manifiesto desprecio por la vida de los demás».

188. Vid. indicaciones en LAURENZO, 2002, pág. 85, n. 205.

189. GUARDIOLA, 2001, págs. 85 s.

190. Lo que ya no me parece correcto es que la expresión «con conocimiento de su falsedad» se entienda como una referencia al dolo directo, dado que esta clase de dolo viene caracterizada por su elemento volitivo y no por el conocimiento. Cfr. LAURENZO, 2002, págs. 85 s., n. 207.

191. Cfr. LAURENZO, 2002, págs. 85 ss.

192. Vid. por todos MUÑOZ LLORENTE, *Libertad de información y derecho al honor en el Código penal de 1995,* Valencia 1999, págs. 432 ss., VIVES, P.E., 2010, pág. 341.

193. Vid. por todos LAURENZO, 2002, págs. 90 ss. y bibliografía citada en n. 223.

194. Recuérdese que para el TC (vid. STC 11-3-1997, nº 51/97) la información veraz no es la verdad objetiva comprobada *ex post*, sino aquella que se difunde tras «la necesaria diligencia en la búsqueda de lo cierto». Vid. VIVES ANTÓN, en T.S. Vives (coord.), *Comentarios al código penal de 1995*, t. I, Valencia 1996, págs. 1023 ss.; VIVES, P.E., 2010, págs. 335 ss.

195. Vid. VIVES, ComCP, pág. 1031; P.E., 2010, pág. 341.

196. Esta deducción es la que debería haber plasmado con claridad el legislador. Con todo, en cuanto a la calumnia, el legislador ha incluido en el art. 207 la *exceptio veritatis* para excluir de pena al sujeto que había realizado el tipo (o sea, con inveracidad subjetiva) si a la postre demuestra la veracidad objetiva de lo imputado. Vid. VIVES, P.E., 2010, pág. 344.

197. Cfr. VIVES, P.E., 2010, pág. 341.

198. Vid. VIVES, ComCP, pág. 1031 (=P.E., 2010, pág. 341); LAURENZO, 2002, pág. 84 y n. 201

199. La opinión dominante admite el dolo eventual. Vid. por todos VIVES, P.E., 2010, pág. 343.

200. Cfr. LAURENZO, 2002, pág. 84.

201. Vid. LAURENZO, 2002, págs. 89 s.

202. Esta conclusión es compartida por LAURENZO (2002, pág. 106) en cuanto a la calumnia: «el tipo objetivo del delito de calumnia se agota en la imputación de un delito seguida de la correspondiente lesión del honor». Eso sí, hay que matizar la afirmación que efectúa al citar la opinión de VIVES (cuando menos a la vista de la reconstrucción del pensamiento de este a la luz de la concepción significativa). Y es que para VIVES no existe «un tipo objetivo» y un «tipo subjetivo», sino un tipo de acción, que no incluye el dolo; ahora bien, ese tipo de acción se nutre no solo de elementos objetivos sino además de elementos subjetivos, en la medida en que sean imprescindibles para caracterizar la acción; y esto es lo que sucede con la inveracidad subjetiva. De ahí que, en rigor, la opinión de VIVES en cuanto a la ubicación sistemática de este elemento no coincida con la que aquí se mantiene.

203. Cfr. LAURENZO, 2002, pág. 92.

204. Vid. LAURENZO, ibid.

205. Vid. por todos ORTS BERENGUER/ROIG TORRES, «El llamado delito de conducción homicida», en LH Gimbernat, Madrid 2008, pág. 2193; MUÑOZ CONDE, P.E., pág. 712. También se interpreta que la sustitución del vocablo «consciente» por «manifiesto» ha pretendido dar a la descripción típica una mayor objetividad, de tal modo que el canon de comprobación de si un hecho es típico estriba en constatar si para la generalidad de las personas, con la experiencia y los saberes acumulados en nuestra sociedad, encierra ese grave y evidente peligro para la vida de los

demás. Cfr. ORTS/ROIG, 2008, pág. 2199; vid. además DE VICENTE MARTÍNEZ, en M. Gómez Tomillo (dir.), *Comentarios al Código penal,* 2ª ed., Valladolid 2011, pág. 1459.

206. Así lo reconoce la opinión mayoritaria. Vid. por todos ORTS, P.E., pág. 653; DE VICENTE MARTÍNEZ, ComCP, págs. 1460 s.

207. De ahí que le asista razón a MUÑOZ CONDE (P.E., pág. 712), cuando escribe que «el art. 381 sería, por tanto, una anticipación de la intervención jurídico-penal a zonas periféricas a la tentativa o que aún no están muy claramente en la fase ejecutiva del homicidio, en lo que se refiere a su párrafo 2, es decir, al caso en que todavía no se ha producido un peligro concreto para la vida».

208. Vid. en sentido próximo DE VICENTE MARTÍNEZ, ComCP, pág. 1460, quien, partiendo de que se trata de un elemento subjetivo del injusto, aclara que «muestra un intento de alargar el contenido de la temeridad manifiesta hacia conductas más graves en las que actúa no sólo la nota objetiva, sino asimismo un componente subjetivo especificado en la redacción del precepto».

Fecha recepción: 30/01/2013
Fecha acpetación: 30/04/2013

FERRAJOLI AND AFTERWARDS: A CONSIDERATION ON FUNDAMENTALS OF THEORY OF LAW

RESUMEN

Este ensayo es una evaluación crítica de los fundamentos de la teoría del Derecho positivista y postpositivista en Ferrajoli, Haberlas y Alexy. La conclusión es una duda sobre el estatus y la validez de la Teoría general del Derecho y una resituación de la razón. Esa resituación conduce desde la razón teórica a la razón práctica, desde la Razón a las Razones, de la Gran Teoría a modestas historias y teorías y, finalmente de los argumentos coactivos a los persuasivos.

PALABRAS CLAVE

Razones Teóricas, razones prácticas, razón y razones, ciencia, ética y verdad, teoría y gramática de verdad, derecho, moral y justicia, derechos fundamentales, due process procedimental y sustantivo, ponderación, teoría de las buenas razones

ABSTRACT

This essay is a critical evaluation over the foundations of posititivist and postpositivist legal theory in Ferrajoli, Habermas and Alexy. The conclusion is a doubt over the status and validity of General Theory of Law and a replacement of reason. This replacement goes from the theoretical to practical reason, From the Reason to the reasons, from the Great Theory to the little histories and, theories and, finally, from the coactive arguments to persuasive ones.

KEYWORDS

Theoretical Reasons, Practical Reasons, Reasons and The Reasons, Science, Ethic, and True, Theory and Grammar of True, Law, Moral and Justice, Basic Rights, Procedural and Substantive, Due Process, Balancing Approach, Good Reasons Theory

FERRAJOLI Y DESPUÉS: UNA REFLEXIÓN SOBRE LOS FUNDAMENTOS DE LA TEORÍA DEL DERECHO

Tomás S. Vives Antón

Sumario: 1. Introducción 2. La idea de verdad en el pensamiento de Ferrajoli. A) Observaciones preliminares. B) La ambigüedad de la concepción semántica de la verdad. a) Teoría de la correspondencia y realismo. b) La verdad como concepto puramente semántico. c) Las últimas formulaciones de Ferrajoli. d) Significado y verdad: una tentativa de esclarecimiento. e) Una última propuesta: ¿teoría o gramática? 3. La separación entre derecho y moral. A) Una nota introductoria. B) Derecho penal y moral. C) Teoría del derecho y justicia. D) Un excurso conclusivo 4. LA AMBICIÓN DE LA TEORÍA. A) Delimitación previa. B) La perspectiva semántica: dogmática y teoría. C) ¿Un lenguaje ideal? 5. Las razones del derecho A) La razón y las razones. a) La razón «situada». b) El «escándalo» de la razón. B) Razón, derechos fundamentales y principio democrático. a) Sobre los límites de la jurisdicción constitucional. b) Del «caso especial» a la ponderación. 6. Epílogo. Nota bibliográfica.

1. INTRODUCCIÓN

Precedido por un *call for papers* para jóvenes investigadores, los días 26 y 27 de abril de 2012 tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia un Congreso dedicado a los *Principia iuris* de Luigi Ferrajoli, con motivo de la presentación de la traducción castellana de esa obra (Ed. Trotta, Madrid, 2011) que habían llevado a cabo Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel.

Asistieron al Congreso numerosos profesores de Filosofía del Derecho y, a lo largo de las sesiones, a las que asistí, tuvo lugar un extenso debate del que pensé valía la pena dar cuenta. Ése es el origen del presente trabajo que, sin embargo, ha cambiado de objeto. En efecto, en vez de relatar el debate que presencié, el modo en que éste se desarrolló, unido a la circunstancia de que en el número 34 de la revista *Doxa* se han publicado una serie de trabajos, cuya lectura basta y sobra para dar una idea de lo que se discutió en el Congreso, me han hecho cambiar mi propósito inicial. Me he referido al modo en que se desarrolló el debate y tal vez hubiera debido hablar de la forma en que lo percibí, pues tuve la impresión, quizás inexacta, de que las preguntas y las respuestas no se encontraban: salvadas, naturalmente, todas las diferencias, me parecía un diálogo de sordos, en el que, a menudo, los interpelantes y el interpelado exponían sus ideas sin llegar a entenderse.

Esa circunstancia ponía de manifiesto una discrepancia que a veces se formulaba expresamente y que no se limitaba a cuestiones puntuales, sino que afectaba a los fundamentos mismos de las distintas posiciones. Como mi conocimiento previo de la obra de Ferrajoli consistía, junto a la lectura de varios artículos y obras menores, principalmente en la lectura de *Derecho y Razón*, estudio admirable que, sin embargo, me había sumido en múltiples perplejidades, pensé que valía la pena (o, al menos, que podía resultar interesante) intentar despejarlas. De ahí que, de la crónica de un debate haya pasado a relatar mis reflexiones sobre algunos de los fundamentos teóricos de las distintas posiciones que allí se expresaron, con la esperanza de que, si es que no consigo orientarme en el laberinto de las cuestiones de fondo, otros más habituados que yo a enfrentarse con ellas lo hagan para ilustración de todos.

Dicho esto, debo añadir que en *Derecho y Razón* hay dos niveles de discurso, que merecen considerarse por separado.

En el *primer nivel* se halla un alegato en defensa de las garantías penales que comparto ampliamente, pues aunque en ocasiones pienso que resulta algo excesivo y en otras insuficiente, no deja de tener un núcleo completamente razonable y perfectamente asumible. Tal es, por ejemplo, el caso del rechazo de la prisión cautelar. Vale la pena transcribir, siquiera sea parcialmente, los términos de ese rechazo, que comienza con la exposición de las finalidades que se aducen para justificar la institución, en los términos siguientes:

> «¿Cuáles son entonces, si es que son, las «necesidades» —y no las meras conveniencias— satisfechas por la prisión sin juicio? Ya he hablado de la manifiesta incompatibilidad, reconocida por la doctrina más avisada, entre el principio de presunción de inocencia (o incluso sólo de no culpabilidad) y las finalidades de prevención y de defensa social, que también después de la entrada en vigor de la Constitución un nutrido grupo de procesalistas ha continuado asociando a la prisión del imputado en cuanto presunto peligroso. Quedan las otras dos finalidades: la del peligro de alteración de las pruebas y la del peligro de fuga del imputado, ya indicadas por Beccaria y reconocidas como únicas justificaciones por la doctrina y la jurisprudencia más avanzadas. Es cierto que ambos argumentos asignan al instituto finalidades estrictamente cautelares y procesales. Pero ¿es este motivo suficiente para considerarlos fundados? En otras palabras, las dos finalidades procesales ¿son verdaderamente legítimas y, en todo caso, no desproporcionadas al sacrificio impuesto por el medio para obtenerlas? O ¿es que no existen medios tan pertinentes pero menos gravosos que hagan no «necesario» el recurso a la prisión sin proceso?»

La respuesta de Ferrajoli a ambas preguntas es negativa. En cuanto a la primera finalidad, tras denunciar la ilegítima confusión entre la necesidad de impedir la alteración de las pruebas y la de interrogar al imputado y acaso obtener la confesión, Ferrajoli se pronuncia en los siguientes términos:

> «El interrogatorio del imputado, en una visión no inquisitiva del proceso, no es una necesidad de la acusación, sino un derecho de la defensa que debe servir, por tanto, no para adquirir pruebas de culpabilidad, sino sólo para oponerse a la imputación y para hacer posible al acusado su propia defensa. su asunción coactiva es, pues, un fin sólo no necesario sino simplemente ilegítimo, cuya utilización «para arrancar la confesión del reo —son palabras de Francesco Carrara— demuestra que «no ha muerto la estirpe de los que lloran en secreto la abolición de las torturas, ya que el *calabozo*, empleado en el sentido que ellos lo enseñan, no es sino un tormento disfrazado»
> Es más plausible, cuando se trate de delitos particularmente graves y complejos, la exigencia instructora de que el imputado no pueda encontrarse, antes del interrogatorio, en condiciones de alterar el estado de las pruebas y de procurarse falsas defensas. Pero una exigencia de esta clase puede verse satisfecha, mejor que por la prisión cautelar, por el simple traslado coactivo del imputado ante el juez y su detención por el tiempo estrictamente necesario —horas o al máximo días pero no años— para interrogarlo en una audiencia preliminar o en un incidente probatorio y quizá para realizar las primeras comprobaciones acerca de sus disculpas. Es éste, como afirma Bentham, el único período de tiempo en que, el acusado, es «necesario aislarlo». Es claro que una medida de este tipo, además de producir una limitación de la libertad personal incomparablemente más breve que la prisión preventiva, tendría menor resonancia pública y no produciría, o al menos reduciría, los efectos infamantes y difamatorios de la acción penal que constituyen hoy uno de los aspectos (extra-legales y extra-judiciales) más humillantes y aflictivos de todo el sistema punitivo. La única

noticia que llegaría al público es la de un ciudadano que ha sido conducido ante un magistrado para ser interrogado acerca de un delito.»

Por lo que respecta al segundo motivo Ferrajoli, tras denunciar la circularidad del argumento, pues el peligro de fuga, a su juicio «está provocado predominantemente, más que por el temor a la pena, por el miedo a la prisión preventiva» añade lo siguiente:

> «Pero incluso de no tener en cuenta esta circularidad, ¿por qué el peligro de fuga de un imputado ya interrogado tendría que bastar para justificar una violación, tan grave y perturbadora de todas las garantías penales y procesales, como es la pena anticipada sin juicio? La verdad es que semejante peligro no es un gran peligro. Sobre todo es muy difícil, en una sociedad informatizada e internacionalmente integrada como la actual, una fuga definitiva; y tal vez bastaría como medio disuasorio una mayor vigilancia del imputado, al obligarle a la clandestinidad y a un estado de permanente inseguridad, es ya de por sí, normalmente, una pena gravísima, semejante a la antigua *acqua et igni interdictio* prevista por los romanos como pena capital. En tercer lugar, cuando la fuga hiciera perder la pista del imputado, se habría corregido en la mayor parte de los casos el efecto de neutralizarlo, dando así satisfacción a los fines preventivos del derecho penal. En definitiva, el peligro de fuga es directamente proporcional a la severidad de las penas. Un ordenamiento —por ejemplo— que previera la pena de muerte muy difícilmente podría renunciar por algún tiempo a poner las manos sobre el acusado para colocarle a buen recaudo después de la condena del verdugo. De ello se desprende que la mitigación de las penas reduce proporcionalmente el peligro de fuga de los imputados. En particular, la abolición de la pena privativa de libertad o incluso sólo la reducción de la duración máxima de la misma a diez años —propuesta en el apartado 31—, al reducir drásticamente el miedo a la pena, favorecería después la desaparición de la prisión preventiva.»

Dejando de lado lo que tales argumentos puedan tener de utópico a día de hoy, lo cierto es que, de una parte, por experiencia personal puedo atestiguar que la mera limitación de la aplicación de la prisión preventiva a los supuestos para los que la contemplan la Constitución y las leyes podría reducirla a menos de la décima parte de su realidad actual; y, de otra, que la duración de algunos procedimientos es manifiestamente innecesaria: una adecuada reforma del proceso penal podría conseguir que la duración de la prisión preventiva fuese bastante menos escandalosa de lo que hoy es. Por ello, si no toda, Ferrajoli tiene gran parte de razón en sus críticas.

En cualquier caso, su denuncia de la inefectividad de las garantías en Italia es estremecedora y, *mutatis mutandis,* puede aplicarse en lo esencial a España y, ya sólo por eso, merecería la pena tomar muy en serio su obra.

En un momento en que nuestro ya suficientemente maltrecho Código Penal de 1995 se halla bajo la amenaza de un Anteproyecto desventurado, que prescinde de las más elementales garantías a las que debiera ajustarse el *ius puniendi*, vale la pena traer a colación cuanto dice Ferrajoli respecto a las exigencias de *taxatividad* en la definición de los delitos y, más aún, respecto a las de *retribución* en la imposición de las penas.

El *principio de taxatividad*, al que denomina de *estricta legalidad*, prescribe al legislador, según Ferrajoli, las siguientes reglas:

> «a) que los términos usados por la ley para designar las figuras de delito sean dotados de extensión determinada, por donde sea posible su uso como predicados verdaderos; b) que con tal fin sea connotada su intensión con palabras no vagas ni valorativas, sino lo más claras y precisas posible; c) que, en fin, sean excluidas de la lengua legal las antinomias semánticas o cuando menos que sean predispuestas normas para su solución. De ahí se sigue, conforme a esta regla, que las figuras abstractas de delito deben ser *connotadas* por la ley mediante *propiedades* o *características esenciales* idóneas para determinar su *campo de denotación* (o de aplicación) de manera *exhaustiva*, de forma que los hechos concretos que entran allí sean denotados por ellas en proposiciones verdaderas, y de manera *exclusiva*, de modo que tales hechos no sean denotados también en proposiciones contradictorias por otras figuras de delito connotadas por normas concurrentes.»

En cuanto al *principio retributivo*, esto es, en cuanto a la exigencia de que las penas constituyan la respuesta del Estado al delito cometido, Ferrajoli denuncia las medidas de seguridad por vulnerarlo al responder, no al delito cometido, sino a la peligrosidad del autor, parámetro tan inexacto que acaba resolviéndose

en la exclusión de determinadas categorías de personas asociales en vez de ser un castigo del hecho ilícito; pero, destaca, además, que conlleva una vulneración del principio de estricta legalidad, pues a la completa indeterminación del presupuesto se une la de la consecuencia jurídica. A lo que añade que la imposición de medidas de seguridad sobre la base de la peligrosidad lesiona el principio de «estricta jurisdiccionalidad», que implica «un modelo de proceso penal, como verificación empírica, en régimen de contradicción con el acusado, de un hecho enunciado como hipótesis de la acusación, que se presume falsa hasta prueba en contrario».

En consecuencia, el rechazo de la peligrosidad es absoluto, pues según dice, la peligrosidad no es un modo de actuar, sino un modo de ser «que actúa indebidamente como sustitutivo de la culpabilidad», cosa que resulta «progresivamente inquietante» al implicar la sustitución de un sistema retributivo por uno de mera prevención, en el que, sobre los tipos de hecho, comienzan a primar los tipos de autor.

Visto a la luz de estas declaraciones de Ferrajoli, un Anteproyecto de Código penal como el que se halla en trámite, que contiene tipos tan abiertos que no describen, ni siquiera de modo difuso, las conductas prohibidas y que, además, alardea de configurar la peligrosidad como fundamento irrestricto de cualesquiera medidas, incluso de ese castigo adicional en que la custodia de seguridad consiste, no parece sino lo que es: un paso más dado desde la democracia a la que habíamos llegado hacia el fascismo que algunos añoran.

Dicho esto, y subrayada así la importancia y actualidad de la obra de Ferrajoli, ha de abandonarse aquí ese nivel de discurso, pues el que ahora se debate es otro, más allá de la defensa de las garantías penales, a saber: el de la formulación, a partir del garantismo penal, de una teoría general del garantismo en la que se apuntan ya buena parte de los temas que constituyen la estructura básica de los *Principia iuris*. En ese nivel, los presupuestos de Ferrajoli me produjeron una serie de perplejidades que, a día de hoy, no se han despejado. Pasaré a analizar algunas de ellas, quizás no las más importantes, pero sí las que atañen más directamente a los fundamentos de la teoría. En consecuencia, me limitaré a analizar tres problemas que, desde la perspectiva adoptada, parecen capitales, a saber: el problema de la verdad en el pensamiento de Ferrajoli, su modo de configurar la separación entre derecho y moral y su concepción de la teoría y la delimitación de su papel frente a la dogmática. Naturalmente que, tras esa exposición, la evaluación de la obra de Ferrajoli apenas estará esbozada; pero, mi propósito no es completarla, sino sólo poner de manifiesto el estado en que se halla la teoría general del Derecho en algunas cuestiones fundamentales.

2. LA IDEA DE VERDAD EN EL PENSAMIENTO DE FERRAJOLI

A) OBSERVACIONES PRELIMINARES

En la primera parte de *Derecho y Razón*, que lleva por título *Epistemología. La razón en el Derecho Penal,* se enfrenta Ferrajoli con el problema de la *verdad procesal*, que descompone en *verdad fáctica* y *verdad jurídica* e, inicialmente, la concibe así:

> «A mi modo de ver, se puede deducir una caracterización semántica adecuada de estos dos conceptos dentro de un modelo ideal de jurisdicción penal rígidamente cognoscitivo de la definición de «verdad» elaborada por Alfred Tarski, que es también una estipulación general de las condiciones de uso del término «verdadero». Según esta definición, «una proposición P es verdadera si, y sólo si, p», donde «P» está por el nombre metalingüístico de la proposición y «p» por la proposición misma: por ejemplo, «la oración 'la nieve es blanca' es verdadera si, y sólo si, la nieve es blanca». Si aplicamos esta equivalencia al término «verdadero» tal y como es predicable de la proposición fáctica y de la jurídica en las que se puede descomponer la proposición jurisdiccional «Ticio ha cometido culpablemente tal hecho por la ley como delito», obtenemos por sustitución las dos siguientes equivalencias: a) «la proposición 'Ticio ha cometido culpablemente un hecho' es verdadera si, y sólo si, Ticio ha cometido culpablemente tal hecho», y b) «la proposición 'tal hecho está deno-

tado por la ley como delito' es verdadera si, y sólo si, tal hecho está denotado por la ley como delito». Estas dos equivalencias definen, respectivamente, la *verdad fáctica* y la *verdad jurídica*, respecto de las que sirven para aclarar las distintas referencias semánticas, que en el primer caso son los *hechos* ocurridos en la realidad y en el segundo las *normas* que hablan de ellos. Y definen, conjuntamente, la *verdad procesal* (o *formal*). Por tanto, una proposición jurisdiccional se llamará (procesal o formalmente) verdadera si, y sólo si, es verdadera tanto fáctica como jurídicamente en el sentido así definido.»

Se inclina Ferrajoli por la idea de correspondencia, frente a las de coherencia o aceptabilidad justificada, como definitoria de la verdad porque, a su juicio, en la concepción de Tarski la correspondencia expresa la definición, esto es, el significado de la palabra «verdad», mientras que la coherencia o la aceptabilidad justificada son *criterios de verdad.* Conjuga, en consecuencia, las tres teorías del siguiente modo:

> «No tiene sentido contraponer la coherencia y/o la aceptabilidad justificada a la correspondencia. Aquellos dos criterios, dada la obligación de juzgar del juez, son necesarios en el plano sintáctico y en el pragmático para establecer la verdad precisamente porque ésta es caracterizable, en el plano semántico, como *correspondencia* sólo *por lo que sabemos* y sólo de forma *aproximativa*: la coherencia, para afirmar que la tesis avanzada está confirmada y/o no refutada por una o varias pruebas recogidas y por una o varias interpretaciones jurídicas de otras normas y que, por tanto, es verdadera respecto del conjunto de los conocimientos de que disponemos; y la aceptabilidad justificada, para afirmar que tal conjunto, incluida la tesis avanzada, es más satisfactorio o plausiblemente verdadero que cualquier otro a causa de su mayor capacidad explicativa. No es inútil además poner de relieve —vistas las acusaciones de las que se ha hecho objeto a la concepción semántica de la verdad por parte de algunos post-empiristas— que esta concepción es la única que se acomoda a una actitud epistemológica no dogmática: así como permite pensar que una teoría podría ser falsa incluso si fuera perfectamente coherente y aceptada por todos como verdadera (o verdadera aunque no compartida por nadie y en contraste con otras tesis experimentadas con éxito), igualmente permite sostener la hipótesis de que un imputado podría ser inocente (o culpable) aunque tal hipótesis haya sido rechazada en todas las instancias de un proceso y esté contraste con todas las pruebas disponibles.»

La sencilla conciliación que Ferrajoli predica entre las principales teorías de la verdad me parece muy discutible, pues si a la teoría de la correspondencia se le asigna un papel definitorio fuerte, de modo que trate la verdad como un atributo de la oración, mal podría desempeñarlo sin ser, a la vez, criterio del uso de «verdadero/a» en los casos particulares. Lo cierto es que, como afirma Quine, «el enfoque de la verdad como **desentrecomillado** no define el predicado *verdad* en el sentido estricto de la palabra *definir*; pues una definición en sentido estricto nos diría cómo eliminar el término definido de todo contexto que elijamos, para sustituirlo por otra expresión previamente establecida»; lo que, como es obvio, no es el caso.

Sin embargo, Quine precisa después que el enfoque desentrecomillador sí que define la verdad en un sentido laxo: «Nos dice, para toda oración, en qué consiste que esa oración sea verdadera, y nos lo dice de una manera tan clara, para nosotros, como la oración misma». Veámoslo:

> «Entendemos en qué consiste que la oración 'la nieve es blanca' sea verdadera con la misma claridad con la que entendemos en qué consiste que la nieve sea blanca. Evidentemente, la gente no debería devanarse demasiado los sesos con el adjetivo 'verdadero', sino más bien con las oraciones de las que este adjetivo se predica. *'Verdadero' es un adjetivo transparente*»

Lo que queda por ver es si, así entendidos, los términos «verdadero» y «verdad» tienen algún contenido semántico.

Pero, incluso dejando, por ahora, de lado ese problema (y olvidando, a los solos efectos de este análisis, las dificultades que plantea la definición de Tarski incluso para lenguajes formales y, por supuesto, las que se sobreañaden al aplicar su fórmula al lenguaje ordinario (dada la inestabilidad del significado de sus términos) la concepción de la verdad expuesta por Ferrajoli me ofrece muchas dudas. Empezaré por poner en tela de juicio la idea de que la concepción semántica de la verdad como correspondencia sea la única que se acomoda a una actitud epistemológica no dogmáti-

ca, que permita sostener que una persona sea inocente o culpable, pese a que tal hipótesis haya sido rechazada en todas las instancias, pues la idea de falibilismo es común a todas las concepciones razonables de la verdad. Así, la tesis que concibe la verdad como aceptabilidad justificada remite, o bien a una situación ideal (Habermas) que, en principio, siempre se distancia de la real, porque cualquier situación real puede mejorarse, o a una situación futura y mejor (Rorty). Por lo tanto, más aun que la idea de la correspondencia permite distanciarse de cualquier juicio nacido en un estado de cosas determinado, por muy sólida que sea su posición en la realidad presente. De ese modo, desde la tesis de la aceptabilidad racionalmente justificada podría sostenerse que cualquier teoría, por mucho que fuera perfectamente coherente y avalada por buenas razones y tenida, en suma, por verdadera, podría ser falsa, como históricamente ha sucedido con la teoría de la verdad como correspondencia, al menos con anterioridad a su formulación semántica. Algo parecido puede afirmarse de la teoría de la verdad como coherencia, sostenida por Davidson a partir del holismo de Quine, según el cual lo que se confronta con la realidad no es una proposición aislada; sino todo un sistema, dado que, ni que decir tiene, que el sistema no se concibe como algo inmutable. Es más, Davidson sostiene que todo sistema puede contener proposiciones verdaderas y falsas y otorga a la *coherencia* una función *epistémica:* no es una definición de verdad sino un criterio para determinar lo verdadero, calificación que, en este punto, coincide con la de Ferrajoli.

Me preocupa, además, la aplicación de la idea de verdad como correspondencia a la que Ferrajoli llama verdad jurídica. Según señala Tarski, la concepción aristotélica, a cuyas intuiciones básicas quiere hacer justicia su propuesta, puede formularse diciendo que «la verdad de una oración consiste en su acuerdo (o correspondencia) con la realidad». En otros lugares habla de «acuerdo con los hechos»; pero, para Ferrajoli, mientras que la verdad fáctica es «resoluble por vía inductiva, conforme a los datos probatorios», la otra solo es comprobable «a través de la interpretación del significado» de las palabras de la ley. De modo que, aunque pudiéramos, que no parece que podamos, hablar aquí de alguna clase de «acuerdo con los hechos», ese acuerdo sería muy diferente del «acuerdo con los hechos» que requieren las verdades fácticas. Tan diferente que el propio Ferrajoli, al distinguir entre juicios de vigencia y juicios de validez de las normas constata una aporía teórica. La validez de una norma depende de juicios de valor contenidos en la Constitución que, como tales, ni son verificables ni refutables, dado que, respecto a ellos, al no poderse hablar de correspondencia con los hechos, la verdad es indecidible.

Ferrajoli da por sentado que ese problema de los juicios de valor se plantea sólo a la hora de determinar conforme a los criterios materiales contenidos en la Constitución la validez de las leyes, quizás porque entiende que las leyes penales no recurren a valoraciones de la misma índole. Pero, si estuviera más familiarizado con la evolución de la doctrina penal, habría advertido que un problema semejante al de determinar la validez constitucional de las leyes se plantea también a la hora de la aplicación de los tipos penales. Basta recordar, al efecto, las luminosas palabras de Beling (al que, por cierto, pese a ser el primero que perfilo la idea de *tipo objetivo* (*Tatbestand)* como concreción de las exigencias constitucionales de taxatividad, Ferrajoli ni siquiera menciona):

> «Todos los *Tatbestände* legales tienen un carácter puramente descriptivo; en ellos no se expresa todavía la valoración jurídica: «antijurídico»(tipo de injusto).
> Pero, de otro lado, sirven a los tipos de injusto ajustados a ellos: unos con otros hacen juego. Esto significa que la recta inteligencia del contenido del *Tatbestand* debe estar presidida por la respuesta a la cuestión sobre qué tipo de injusto tenía a la vista el legislador. Es que, en realidad, todos los conceptos jurídicos están «recubiertos de una película normativa» (LASK). Sólo algunos de estos conceptos patentizan por sí mismos una valoración jurídica (como, por ejemplo, el concepto de la culpabilidad); la mayoría de los mismos se ofrecen como objeto de regulación jurídica y no son, por ello, en sí, de carácter «normativo». Pero con respecto a todo lo que en un precepto jurídico aparece como objeto regulado, el jurista ha de preguntarse

en qué sentido el legislador lo ha entendido en ese precepto; lo que «perro», «tren», «veneno» signifiquen en un precepto jurídico, no lo pueden decir en redondo el zoólogo, el técnico ferroviario ni el químico; el jurista, antes bien, ha de examinar si el legislador tenía a la vista representaciones concordantes o diferentes de las de éstos. Para aclaración del contenido de los *Tatbestände* legales penales se necesita ponerlos en contacto con los tipos de injusto.»

Esta naturaleza valorativa de todos los conceptos jurídicos se refleja aún más claramente cuando se analizan términos de otra índole a los expuestos, pero que también aparecen en los tipos penales, como «injuria», «grave», «doloso», etc., a los que resulta muy dudoso que pueda atribuirse la calidad de descripciones; y, si ello es así, y así parece ser, el predicado «verdadero» atribuido a los juicios jurídicos resulta, en cualquier caso, inadecuado, si se profesa una concepción de la verdad como correspondencia con los hechos.

A esas primeras dificultades del planteamiento de Ferrajoli hay que añadir otra no menor, relativa a la que llama «verdad procesal». El propio Ferrajoli reconoce que la verdad procesal incluye elecciones en la decisión de las premisas de derecho, *inevitablemente opinables*, y también elecciones en la decisión de la conclusión de hecho, *inevitablemente probabilísticas*. Sin embargo, para él, esta incertidumbre de la «verdad procesal» no tiene nada de particular.

Justifica esa afirmación del siguiente modo:

«Decisiones y elecciones pragmáticas de tipo análogo a las que intervienen en el conocimiento judicial, tanto fáctico como jurídico, son necesarias, como sabemos, para justificar la verdad de cualquier aserción empírica. En las teorías científicas, por ejemplo, presiden la aceptación de las tesis primitivas, es decir, de los postulados y las definiciones que forman las premisas de los razonamientos deductivos, y, por otro lado, la inducción de las leyes científicas, que, como es sabido, nunca son, por su forma universal, enteramente verificadas, sino sólo aceptadas como más o menos probables o plausibles por su grado de confirmación y su capacidad explicativa.»

A su juicio, pese a esas observaciones, no cabe repudiar la teoría semántica de la verdad como correspondencia, por mucho que sea *inalcanzable*; pero, con esa observación, desfigura la naturaleza del problema: no se trata de que la verdad como correspondencia sea inalcanzable, que lo es cualquiera que sea su definición, sino que definirla así resulta o insuficiente o inadecuado.

En efecto, si el concepto de verdad se limita al ámbito semántico, entonces la correspondencia es una insignificante tautología; si, en cambio, con ella se pretende decir algo de la relación entre el lenguaje y el mundo, resulta profundamente inadecuada, como es patente en el caso de la «verdad jurídica», pero también en el de la «verdad fáctica» referida al proceso. Baste señalar que, incluso en el caso del proceso penal, donde se habla a menudo de verdad material, la idea de correspondencia tiene difícil aplicación, porque cuando el proceso empieza los hechos a los que se refiere ya han desaparecido y no es posible, por lo tanto, comparar las oraciones con que se describen con una figura objetiva que esté presente; sino que los hechos probados se establecen en un debate, en el que sólo debe prevalecer el relato cuya *certeza* quede establecida «más allá de toda duda razonable». De ese modo, por mucho que metafóricamente se hable de verdad, en el fondo, se trata de *certeza*.

B) LA AMBIGÜEDAD DE LA CONCEPCIÓN SEMÁNTICA DE LA VERDAD

Según acaba de decirse, la concepción de la verdad de Ferrajoli se debate entre la dimensión puramente semántica y la epistémica representada por un realismo metafísico más o menos explícito. Pero, esa ambigüedad no le es exclusivamente imputable, pues las tesis de Tarski contienen, ya en su genuina formulación, una ambigüedad semejante: se expresan, a veces, en términos de realismo metafísico, intentando «hacer justicia a las intuiciones vinculadas con la concepción aristotélica clásica de la verdad» expresada en la *Metafísica;* por eso se define en términos metafísicos a los que convienen formulaciones como las trans-

critas (acuerdo con la realidad, acuerdo con los hechos); pero, en otras ocasiones rechazan expresamente dichas expresiones «que no figuran en la formulación original y que son equívocas» pues producen la impresión de que la concepción semántica de la verdad tiene por finalidad establecer las condiciones para poder afirmar cualquier oración empírica, cosa que no es sino una ilusión. La ambigüedad de la concepción de la verdad tiene su origen, como señala Quine, en el hecho de que «*lo que es verdadero es la oración, pero su verdad consiste en que el mundo sea como la oración dice*».

Esa ambigüedad obliga a realizar un doble análisis de la concepción de Ferrajoli.

a) Teoría de la correspondencia y realismo

La concepción de la verdad de Ferrajoli se apoya notoriamente en la interpretación que Popper hizo de las tesis de Tarski, interpretación que transcribe expresamente. Popper se manifiesta en términos parecidos a los propuestos por Ferrajoli que acabamos de transcribir. Para él, gracias a la obra de Tarski, «la idea de verdad *objetiva o absoluta,* esto es, de la verdad como correspondencia con los hechos» puede ser aceptada por todos los que la comprenden. Y la principal dificultad para comprenderla radica en el dogma «muy difundido pero equivocado» de que una teoría de la verdad ha de ser una teoría de la creencia verdadera. Por ello, frente a la teoría objetiva de la correspondencia se alzan tres grandes teorías rivales, todas ellas de corte subjetivo, a saber «la teoría de la coherencia, que confunde la consistencia con la verdad, la teoría de la evidencia, que confunde *verdadero* con *conocido como verdadero* y la teoría pragmatista o instrumentalista que confunde la verdad con la utilidad».

Todas estas teorías, denominadas por Popper epistémicas o subjetivas, tienen un rasgo en común, a saber:

> «Todas ellas afirman, con mayor o menor énfasis, que la verdad es lo que se justifica que creamos o aceptemos, de acuerdo con ciertas reglas o criterios acerca de los orígenes o las fuentes de nuestro conocimiento, o de la confiabilidad, o de la estabilidad, o del éxito biológico, o de la fuerza de convicción, o de la imposibilidad para pensar de otra manera.»

Señala Popper al respecto de la *teoría objetiva* de la verdad algo que utiliza Ferrajoli para afirmar, según acaba de decirse, que es la única que se acomoda a una actitud no dogmática:

> «La teoría objetiva de la verdad da origen a una actitud muy diferente. Esto puede verse en el hecho de que nos permite hacer afirmaciones como las siguientes: una teoría puede ser verdadera aunque nadie crea en ella y aunque no tengamos razón alguna para aceptarla o para creer que es verdadera; y otra teoría puede ser falsa aunque tengamos razones relativamente buenas para aceptarla.»

A lo que, posteriormente, añade una frase profundamente enigmática; es la siguiente:

> «De este modo, una gran ventaja de la teoría de la verdad objetiva o absoluta es que nos permite afirmar, con Jenófanes, que buscamos la verdad, pero puede suceder que no sepamos si la hemos hallado o no; que no tenemos ningún criterio para establecer la verdad, no obstante lo cual nos dejamos guiar por la idea de la verdad como *principio regulador* (como habrían dicho Kant o Peirce); y que, aunque no hay ningún criterio general mediante el cual reconocer la verdad, excepto quizás la verdad tautológica, hay algo similar a criterios de progreso hacia la verdad.»

Nótese que la idea de una definición de «verdad» resulta entendida de este modo, enormemente debilitada, porque si no tenemos ningún criterio general mediante el que reconocer la verdad, difícilmente podemos definirla, más allá de la mera tautología, ni parece que podamos hablar de criterios de progreso hacia una verdad que no conocemos.

Esbozadas así las líneas medulares de la concepción de la verdad de Popper, cabe oponerle que, o la concibe en términos realistas, y entonces es incongruente con sus planteamientos, o la concibe en términos meramente lingüísticos, y en ese caso no cabe predicar de ella ni el carácter absoluto ni la objetividad que Popper le atribuye.

Si Popper concibe la verdad en términos de un realismo metafísico al que, según su pro-

pia expresión, Tarski ha «salvado», ese realismo resulta incompatible con la idea de que no hay teorías, de una parte, y hechos brutos que contrastar directamente con ellas, de otra; sino que hay teorías explicativas y teorías observacionales (Popper llega a afirmar que nuestros sentidos son teorías), con lo cual ninguna proposición teórica puede contrastarse directamente con hechos tal como son en el mundo, es decir, con hechos independientes de nuestras descripciones; sino que el contraste tiene lugar entre una teoría empírica y otra observacional. Si se sigue hablando de correspondencia, se tratará de una correspondencia intralingüística, de lo que Putnam ha llamado una correspondencia interna. Ciertamente, Popper reconoce que la dificultad de establecer una correspondencia cualquiera entre un enunciado y un hecho ha llevado a muchos filósofos a sospechar que la teoría de la correspondencia debía ser falsa o, aun peor, carente de significado. Frente a esa sospecha aduce Popper las afirmaciones siguientes:

> «El logro filosófico de Tarski en este campo fue, pienso yo, que invirtió esta decisión. Y lo hizo de un modo muy simple al reflexionar en que una teoría que se ocupe de una relación entre un enunciado y un hecho, debe estar capacitada para hablar *a)* sobre enunciados, y *b)* sobre hechos. Para poder hablar sobre enunciados, debe usar nombres de enunciados, o descripciones de enunciados, y quizá palabras tales como «enunciado»; es decir, la teoría habrá de expresarse en un metalenguaje, un lenguaje en el que uno pueda hablar sobre el lenguaje. Y para poder hablar sobre hechos y hechos pretendidos, tendrá que usar nombres de hechos o descripciones de hechos, y quizá palabras como «hecho». Una vez que disponemos de un metalenguaje, un lenguaje como éste en el que podemos hablar sobre enunciados y hechos, resulta fácil establecer afirmaciones sobre la correspondencia entre un enunciado y un hecho.»

La correspondencia resulta, así, «trivialmente posible» como afirma Popper; pero, no describe ninguna relación objetiva del enunciado verdadero con los hechos del mundo.

Pero, cuando lo hace, resulta incongruente; y es singularmente incongruente cuando expresa esa relación de correspondencia con la idea, a la que se adhiere Ferrajoli, de *aproximación a la verdad*. En el capítulo dedicado a «Las dificultades del realismo metafísico por un realista metafísico» del volumen 1 de su *Post Scriptum* a *La lógica de la investigación científica* defiende Popper esa idea con las siguientes palabras:

> «Tomemos la ingeniosa solución de Kant: que nuestro intelecto no lee las leyes en el libro abierto de la naturaleza, sino que impone sus propias leyes a la naturaleza. Esto es verdad hasta cierto punto; nuestras teorías son creación nuestra y nunca podemos describir hechos empíricos (o reaccionar ante ellos de otro modo) sin interpretarlos en términos de nuestras teorías (o de nuestras expectativas, tal vez inconscientes). Pero esto no significa, como creía Kant, que las leyes de la naturaleza, tales como la teoría de Newton, sean válidas *a priori* e irrefutables, aunque es cierto que las imponemos sobre los hechos empíricos mismos a los que tendríamos que acudir en busca de refutación. Por el contrario, hemos aprendido de Einstein que nuestro intelecto puede formar, al menos tentativamente, teorías alternativas; que pueden reinterpretar los hechos alternativamente en términos de cada una de esas nuevas teorías; que, en la competición entre esas teorías, podemos decir libremente, sondeando su profundidad y pensando el resultado de nuestras críticas, incluyendo nuestras contrastaciones; y que sólo de este modo podemos tener la esperanza de *acercarnos a la verdad*.»

Como resulta del sentido inmediato de sus palabras, dada la competencia crítica entre teorías podemos decidirnos por una que nos parezca mejor, a saber, que tenga mayor fuerza explicativa, que produzca mejores resultados, etc.; pero eso no quiere decir que se halle más próxima a una verdad por correspondencia con los hechos brutos del mundo, porque no llegamos nunca a tener contacto con tales hechos. Si su relación con Wittgenstein no hubiera sido tan atormentada (tal vez, en parte, por el conocido incidente del atizador) con la idea del *Tractatus*, según la cual que el mundo pueda ser descrito con una determinada red no nos dice nada del mundo; pero sí nos dice algo del mundo que pueda ser descrito con una determinada red *mejor* que con otra (*Tractatus* 6341-6342) podría haber expresado mejor su pensamiento que con sus propias palabras. Pues, en cualquier caso, así se nos dice del mundo que puede ser mejor descrito con una

determinada teoría; pero no porque esa teoría «corresponda» o «se aproxime» a ninguna verdad absoluta, sino por la capacidad de esa teoría para dirigir mejor nuestras acciones en el mundo, esto es, por consideraciones pragmáticas.

Para concluir, permítaseme una larga cita de Putnam al respecto:

> «La perspectiva que voy a defender carece de nombre que no sea ambiguo. Es un logro tardío en la historia de la filosofía, y todavía hoy se preocupa de que no se la confunda con otros puntos de vista de índole completamente distinta. La denominaré perspectiva *internalista,* ya que lo característico de tal concepción es sostener que sólo tiene sentido formular la pregunta *¿de qué objetos consta el mundo?* desde *dentro* de una teoría o descripción. Muchos filósofos internalitas, aunque no todos, sostienen además que hay más de una teoría o descripción del mundo verdadera. Desde la perspectiva internalista, la «verdad» es una especie de aceptabilidad racional (idealizada) —una especie de coherencia ideal de nuestras creencias— y no una correspondencia con «estados de cosas» independientes de la mente o el discurso. No existe un punto de vista como el del Ojo Divino que podamos conocer o imaginar con provecho. Sólo existen diversos puntos de vista de personas reales, que reflejan aquellos propósitos e intereses a los que se subordinan sus descripciones y teorías. («Teoría de la verdad-coherencia», «no realismo», «verificacionismo», «pluralismo», «pragmatismo»; pese a que se han aplicado todos estos términos a la perspectiva internalista, cada uno de ellos tiene connotaciones inaceptables debido a sus restantes aplicaciones históricas.»

En consecuencia, Putnam ha caracterizado la idea de la correspondencia, tal y como la profesa el realismo metafísico, como una *imagen* (*picture)* no como una *teoría*. A lo que hay que añadir que, desde la perspectiva del realismo interno al lenguaje que se emplee la correspondencia entre un enunciado descriptivo y la descripción que contiene sería mera *redundancia*.

b) La verdad como concepto puramente semántico

El otro término de la alternativa es el concepto puramente semántico de la verdad como correspondencia. Esta parece ser la concepción por la que definitivamente optó Tarski, según pasa a exponerse, y por la que Ferrajoli, a veces, parece inclinarse.

a') La posición ulterior de Tarski

A propósito de la concepción semántica de la verdad, Tarski efectuó algunas precisiones que conviene recordar.

Con referencia a las oraciones de la forma T —«la nieve es blanca» en castellano es verdadera si la nieve es blanca— en las que muchos afirman que consiste su definición de verdad, Tarski afirmó lo siguiente:

> «Debemos subrayar que ni la expresión (T) misma (que no es una oración sino sólo un esquema de oración), ni caso particular alguno de la forma (T) *pueden considerarse como una definición de la verdad*. Sólo podemos decir que toda equivalencia de la forma (T), obtenida reemplazando 'p' por una oración particular, y 'X' por un nombre de esta oración, puede considerarse una definición parcial de la verdad, que explica en qué consiste la verdad de esta oración individual. La definición general debe ser, en cierto sentido, una conjunción lógica de todas estas definiciones parciales.»

A lo que, posteriormente, añade:

> «En efecto, la definición semántica de la verdad nada implica respecto de las condiciones en que puede afirmarse una oración tal como (1)
> *La nieve es blanca.*
> Sólo implica que, siempre que afirmamos o rechazamos esta oración, debemos estar listos para afirmar o rechazar la oración correlacionada (2)
> *La oración 'la nieve es blanca' es verdadera.*
> De manera que podemos aceptar la concepción semántica de la verdad sin abandonar ninguna actitud gnoseológica que podamos haber tenido; seguimos siendo realistas ingenuos, realistas crítico o idealistas, empiristas o metafísicos: lo que hayamos sido antes. La concepción semántica es completamente neutral respecto de todas esas posiciones.»

Pero, dadas esas precisiones y límites, se enfrenta a la objeción de redundancia. El propio Tarski lo reconoce. Veámoslo:

> «Por este motivo, algunos han insistido en que el término *'verdadero',* en el sentido semántico, siempre puede eliminarse, y que por esta razón la concepción semántica de la verdad es del todo estéril e inútil. Y, puesto que las mismas considera-

ciones se aplican a otras nociones semánticas, se ha sacado la conclusión de que la semántica en su conjunto es un juego puramente verbal y, en el mejor de los casos, sólo un pasatiempo inofensivo.»

b') Una crítica: la verdad como redundancia

Sin embargo, la *tesis de la redundancia*, que afirma que, en oraciones como «la nieve es blanca es verdadera», el añadido «es verdadera» es una adición superflua es anterior a la formulación por Tarski de la concepción semántica de la verdad. Se contiene en el trabajo *Facts and Propositions,* en el que Ramsey, bajo la influencia de Wittgenstein, discute algunas tesis de Russell; pero, como el trabajo de Tarksi, refleja un eco de Aristóteles, que recurría a una redundancia obvia al definir la verdad diciendo: verdadero es afirmar de lo que es, que es.

Esa tesis no supone la inutilidad total de la concepción semántica de la verdad, sino que delimita el campo de su aplicación. En el seno de la semántica, ese modo de concebir la verdad pone, por ejemplo, de manifiesto el sinsentido de proposiciones tales como «hace frío, pero yo no lo creo» que, de concebir la verdad como un predicado no redundante, resultarían paradójicas. En efecto, si la afirmación de «hace frío» se entendiese sólo como la descripción de un estado objetivo y la no creencia la de uno subjetivo, parecería que una y otra son compatibles, pues la verdad de una descripción objetiva no resultaría contradictoria con una errónea creencia subjetiva Sin embargo, si la afirmación de la proposición «hace frío» comporta la de su verdad, el sinsentido de añadir «yo no lo creo» resulta patente.

En cualquier caso, la tesis de la redundancia no surge como una respuesta crítica a las formulaciones de Tarski, sino que la expresa por vez primera F.P. Ramsey en un trabajo publicado en 1927 como respuesta al artículo de Russell «On the Nature of Truth and Falsehood», aparecido en *Philosophical Essays* (1910). Vale la pena transcribir la tesis de Ramsey con alguna extensión:

«Pero antes de que lleguemos más lejos en el análisis del juicio es necesario decir algo acerca de la verdad y de la falsedad en orden a mostrar que no existe ningún problema independiente de la verdad, sino sólo una especie de confusión lingüística. La verdad y la falsedad se adscriben primariamente a las proposiciones. Las proposiciones a las que se adscriben esos predicados pueden ser explícitamente dadas o descritas de otro modo. Supongamos primero que la verdad o falsedad se afirman explícitamente; en tal caso, es evidente que «es verdadero que César fue asesinado» significa ni más ni menos que César fue asesinado y «es falso que César fue asesinado» significa que César no fue asesinado. Son frases que nosotros a veces usamos por énfasis o por razones estilísticas o para indicar la posición ocupada por el juicio en nuestro argumento. Así, también, podríamos decir «es un hecho que fue asesinado» o «afirmar que fue asesinado está en contradicción con los hechos».
En el caso en que la descripción de la proposición no contenga explícitamente la referencia a la verdad o falsedad nosotros podemos tener quizás más de un problema, pues podemos formular juicios de los cuales, en el lenguaje ordinario, no pueden eliminarse las palabras «verdadero» y «falso». Así, si yo digo que «él dice siempre lo correcto», quiero decir con eso que las proposiciones que afirma son siempre verdaderas y no parece que haya modo alguno de decir esto sin usar la palabra «verdaderas». Pero, supongamos que nosotros decimos lo mismo del siguiente modo: «para todo *p* si él afirma *p*, *p* es verdadera». Entonces, vemos que la función proposicional *p es verdadera* es simplemente lo mismo que la afirmación de *p*. Por ejemplo, si a la función proposicional le damos el valor «César fue asesinado es verdadera» es lo mismo «César fue asesinado». Nosotros añadimos «es verdadera» para dar a la oración un verbo olvidando que «*p* ya contiene un (variable) verbo». Esto puede, quizás, exponerse más claramente suponiendo por un momento que sólo una forma de proposición entra en juego. Sea la forma relacional *aRb:* entonces «él siempre dice lo correcto» se expresaría así «para cualquier *a, R, b* si él afirma *aRb*, entonces *aRb*».

A conclusiones muy semejantes llega Quine, a quien ya se ha aludido:

«Predicar la verdad de la oración no es lo mismo que predicar la blancura de la nieve; en eso consiste la correspondencia en este ejemplo. La atribución de verdad simplemente elimina las comillas. La verdad es **desentrecomillado**. De este modo, el predicado 'verdad' es superfluo cuando se predica de una oración dada; basta con proferir la oración.»

c') Concepciones «deflacionistas» de verdad

Brandom objeta a la concepción semántica de la verdad que intenta definir el contenido proposicional en términos de condiciones de verdad; sin embargo, ese orden explicativo sería posible, según él, sólo si el sentido de la noción de verdad pudiera establecerse antes que el sentido del contenido proposicional; pero, la concepción de Ramsey, que denomina «*content-redundancy theory of truth*», hace exactamente lo contrario: define la verdad a partir del contenido proposicional. Así resulta patente que la verdad no puede usarse en semántica para delimitar el contenido proposicional; y, en consecuencia, surgen las *teorías deflacionarias de la verdad,* que sostienen que la verdad no es un atributo de la proposición. A partir de esa premisa, se atribuyen a la afirmación de que una proposición es verdadera diversos significados expresivos que no importa especificar ahora. La tesis de Brandom es que, en cualquier caso, las llamadas *teorías prosentenciales de la verdad* muestran que el papel semántico que a ésta se atribuye lo desempeñarían mejor otros conceptos, como el de inferencia. Con lo cual, lo que se pone de manifiesto es, sencillamente, que el concepto de verdad no es filosóficamente importante: hablamos de verdad porque intercambiamos razones y son estas, las razones y no la verdad, las que importan.

Ciertamente, la justificación por razones (el criterio pragmático) no alcanza a transmitir ese momento de absoluto que, según Habermas, parece inherente a la noción de verdad; pero, eso no es un defecto, pues en ese momento de absoluto que posibilita un uso enfático del termino —un uso que cierra el paso a la deliberación— consiste, justamente, el peligro, nada remoto, que obliga a hablar de verdad con sumo cuidado.

c) Las últimas formulaciones de Ferrajoli

Pese a las muchas dificultades que comporta, Ferrajoli intenta atenerse a la concepción de Tarski: sigue remitiéndose a la idea de correspondencia y hablando de verdad fáctica y jurídica a pesar de que esta última conlleva, indudablemente, valoraciones cuya incompatibilidad con la verdad había establecido en *Derecho y Razón*. En efecto, dice así en el volumen primero de los *Principia*:

> «Son por consiguiente distintos los referentes y las condiciones de uso del término «verdadero» relativos a las proposiciones jurídicas de la dogmática y a las fácticas de la sociología del derecho: la llamada «verdad jurídica» de las primeras se basa en lo que dicen las normas; la llamada «verdad fáctica» de las segundas se basa por el contrario en lo que de hecho sucede. El significado del «normativismo» y el de «realismo», más que en la centralidad teórica asignada respectivamente a las normas o a las prácticas jurídicas, residen en esta asunción metateórica de las unas o de las otras como referente semántico de los dos tipos de discurso, dogmático y sociológico, acerca del derecho: la asunción normativista se expresa con las palabras metalingüísticas «una norma n establece que» (o «con arreglo a la norma n» vale que), independientemente de lo que suceda de hecho; la realista es expresada en cambio por las palabras, igualmente metalingüísticas, «sucede (en lugar de *l* y en el tiempo *t*) que», independientemente de lo que digan las normas.»

Tales afirmaciones, ni resultan compatibles con lo sostenido antes en relación con la indecibilidad de la verdad respecto de los juicios de valor, ni justifican, por sí mismas, que se hable igualmente de «verdad» para designar la ocurrencia efectiva de los hechos a los que hace referencia un enunciado y la determinación correcta del contenido de una norma. Pero, para reforzar esas afirmaciones, Ferrajoli las completa en nota del siguiente modo:

> «Naturalmente, en un sentido amplio de la palabra «fáctico» —esto es, en el sentido de «empírico» o «no analítico»— también es una verdad fáctica la verdad «jurídica», que es asimismo una verdad empírica referida a esos hechos lingüísticos que son los enunciados, documentos o fuentes normativas, investigados por el jurista de un modo específico por medio de la interpretación o el análisis del lenguaje- objeto en el que está formulado el derecho. Dicho esto, las expresiones «verdad fáctica en sentido estricto» o simplemente «fáctica» y «verdad jurídica» pueden perfectamente usarse sin equívoco alguno para hacer referencia con la primera a acaecimientos de hecho y con la segunda a lo que prescriben las normas.»

Aunque al relatar, en el número 9 de esta revista, el debate ente Putnam y Habermas sobre hechos, normas y valores (*Crónica de un debate filosófico-jurídico*) acepté que no existe entre unos y otras una separación tajante y absoluta, ni los autores de referencia ni yo mismo propugnábamos una confusión del orden de la que aquí propone Ferrajoli, que hace de lo fáctico una suerte de ámbito mágico en el que cabe hablar de hechos para referirse a los que usualmente se entienden tales; pero también al sentido de las normas o al contenido de los valores. ¿Cómo puede definirse lo fáctico en sentido amplio como lo «no analítico»? ¿Tal vez adopta Ferrajoli la tesis de los tres mundos de Popper, y le atribuye a cada uno de sus mundos su correspondiente dosis de hechos? Como señala Quine, un plan para mantener la teoría de la correspondencia podría consistir en postular *hechos*, cada uno de los cuales correspondiese a una oración verdadera; pero, así entendidos, los hechos no apoyan más que un apoyo meramente aparente a tal teoría. De modo, que finalmente, parece que Ferrajoli no tiene ningún plan para defender su postura; sino que, como Humpty Dumpty, cuando usa las palabras les hace decir lo que él quiere, ni más ni menos. Por lo tanto, las afirmaciones de Ferrajoli nos sumen en un mar de dudas, sin que haya ni siquiera un intento de responder a las múltiples objeciones que su idea de verdad despierta.

Dificultades a las que añade posteriormente, en su *Conversación* con Ruiz Manero que, a su juicio, la definición metateórica de verdad es una definición *estipulativa*, es decir, que ya no se trata de una definición informativa del uso general, ni de una que nos diga en qué consiste la verdad de una proposición; sino que, sólo dice como Ferrajoli va a entender los términos «verdad» y «verdadero». De ese modo, en una muestra de su criticado «irenismo», rebaja a la teoría de la correspondencia el valor fundamental que antes le ha dado. Con esa última rebaja, la exposición de su pensamiento en cuanto a la teoría de la correspondencia se desliza, desde un contenido realista fuerte, hacia un vaciamiento progresivo, que la va reduciendo a una relación redundante de identidad semántica entre lenguaje y metalenguaje (el desentrecomillado) y, finalmente, a una mera estipulación.

No sé bien lo que quiere decir Ferrajoli con todo eso e ignoro si cabría expresarlo con una oscuridad mayor.

Sin embargo, para dar un sentido a su equiparación entre lo normativo y lo fáctico, cabría recurrir a la posición de Brandom.

Según Brandom, el vocabulario normativo puede usarse para efectuar afirmaciones (por ejemplo, la de que los empleados de banca están obligados a llevar corbata). Esas afirmaciones, pese a explicitar normas, pueden ser tenidas por verdaderas o falsas, de modo que, en ese sentido y en una aproximación «ontológicamente relajada», pueda decirse que la distinción entre un vocabulario normativo y otro no normativo es una distinción entre hechos normativos y hechos no normativos. Habermas ha rechazado estas afirmaciones de Brandom con la siguiente argumentación:

> «Una justificación de la expectativa normativa de que los empleados de banca deben llevar corbata (si es que en genera existe una justificación plausible para esto) se apoyará menos en argumentos fácticos que e «valoraciones fuertes», por ejemplo, en la relación entre determinadas reglas de vestir y aquellas orientaciones valorativas que los miembros de una cultura burguesa conectan, desde su perspectiva, con la gestión fiable y solvente de los negocios bancarios. Y la justificación de un principio moral como *Neminem laedere!* invocará una determinada concepción de la justicia o la universabilidad de los intereses correspondientes; es decir, tampoco se remite esencialmente a los hechos, sino a puntos de vista normativos o a procedimientos normativamente valiosos».

El argumento de Habermas resulta esclarecedor; pero, si se examina más de cerca, no contradice las afirmaciones de Brandom. Brandom no dice que la justificación de la regla de vestir sea un hecho; sino que lo es (según una concepción ontológica *relajada*) la explicitación de su contenido normativo y que, en ese sentido, puede hablarse de hechos normativos y no normativos. Oigámosle:

> «Desde el momento en que los hechos son, exactamente, pretensiones verdaderas (*en el sentido de lo que es pretendido, no de la pretensión misma*) eso significa que el vocabulario que explicita las exigencias de una norma está en la línea de la afirmación de hechos.»

De todos modos, esa distinción puede llevarse a cabo con más claridad: en vez de hablar de hechos normativos, cabría hacerlo de hechos determinados normativamente; pero, en tales casos, como muestra la cita de Beling que se ha transcrito, una cosa es determinar un hecho mediante la percepción sensible y otra muy distinta hacerlo desde la determinación del contenido de una norma. Lo que aquí importa destacar es que, en este último caso, la idea de «acuerdo con los hechos» no puede entenderse como correspondencia, sino como corrección interpretativa, respecto a la que solamente de un modo «muy relajado» cabe aplicar la idea de verdad.

Pero, lo que no afirma Brandom, sí lo afirma Ferrajoli al pretender que la dogmática jurídica es una ciencia empírica, obrando como si ignorase que la dogmática no se limita a explicitar lo que la ley dice, sino que intenta *interpretarla*, esto es, sustituir las expresiones de la ley por otras que determinen, no ya lo que sus palabras dicen *prima facie*, sino que precisen mejor su contenido normativo postulando el sentido en que *deberían entenderse*; y tampoco describe cómo se aplican de hecho las normas positivas, sino que intenta decir como *deberían aplicarse*. En ese sentido, ningún hecho del mundo sensible corresponde a sus juicios; y, por lo tanto, o se acepta la existencia de un mundo platónico donde lo correcto, el deber, la justicia, etc. campan por sus respetos o las afirmaciones de Ferrajoli son un puro sinsentido. Pues como señala Habermas:

> «Las pretensiones de validez morales carecen de la referencia al mundo objetivo característica de las pretensiones de verdad. De esta forma están privadas de un punto de referencia que trascienda la justificación. En lugar de esta referencia al mundo aparece la orientación hacia una ampliación de los límites de la comunidad social y su consenso valorativo. Si queremos determinar con precisión la diferencia entre corrección y verdad debemos examinar si —y dado el caso cómo— esta orientación hacia una inclusión progresiva de pretensiones y personas ajenas puede equipararse con esa referencia al mundo que falta en las pretensiones de validez morales.»

Creo que Ferrajoli no podría dejar de suscribir esas afirmaciones de Habermas sin autocontradecirse; y, cabe añadir, en conclusión, que lo mismo ocurre con las pretensiones de validez jurìdicas.

d) Significado y Verdad: una tentativa de esclarecimiento

Para evaluar más completamente la validez de las ideas de Ferrajoli acerca de la verdad es preciso transitar por caminos distintos a los que él ha frecuentado. Con ello, no se pretende ni dar una definición indiscutible de verdad ni, menos aún, formular una teoría que proporcione una comprensión perfecta de la verdad, un tema sobre el que, como dijera Wittgenstein, «se hace la luz poco a poco» y sobre el que vale la pena llevar a cabo una reflexión muy profunda como recomiendan (quizás demasiado enfáticamente) las conocidas palabras de Marcuse «*Hay una conexión esencial entre la libertad y la verdad; cualquier concepción errónea de la verdad es, al mismo tiempo, una concepción errónea de la libertad*».

Como acaba de mostrarse, las ideas de significado y verdad se hallan estrechamente relacionadas, pues la verdad se predica de contenidos significativos.

Para comenzar con un esclarecimiento «prima facie» del significado de las palabras acudiré a la idea *de juego de lenguaje,* a la que Wittgenstein lo remite: el significado, según Wittgenstein, surge de diferentes juegos de lenguaje, que son las diversas situaciones en que las palabras, entrelazadas con acciones, cobran su sentido. El significado de una palabra u oración viene dado por el uso en esas posibles situaciones. De modo que, «para una gran clase de casos de utilización de la palabra 'significado' —**aunque no para todos los casos**— puede explicarse esa palabra así: el significado de una palabra es su uso en el lenguaje» (I.F. 43).

Subrayo que el uso de una palabra en el lenguaje no es el modo exclusivo de determinación del significado pues ni todos los usos son legítimos, dado que hay usos del lenguaje que conducen al sinsentido, ni el uso actual histórico agota el significado de toda clase de expresiones —v.g. las formulaciones matemáticas, pero también las expresiones del lenguaje ordinario— pueden tener un sentido con independencia de cualquier uso real o posible, pues la idea de *seguir una regla* comporta la de una serie indefinida de usos que hacen irreal la captación teórica de todos ellos (Crispin Wright). Por lo tanto, hemos de conformarnos con una sinopsis que alcance hasta donde llega nuestro posible conocimiento; pero, sin esa sinopsis no podemos hacernos una idea del significado efectivo.

En consecuencia, «una fuente principal de nuestra falta de comprensión es que no vemos sinópticamente el uso de nuestras palabras». De modo que, «el concepto de representación sinóptica es de fundamental significación para nosotros. Designa (…) el modo en que vemos las cosas» (I.F 122).

A partir de esas declaraciones de Wittgenstein, y dado que él no llevó a cabo ninguna sinopsis completa del uso de la palabra «verdad», ni de otras como «proposición» o «hecho» que se hallan en estrecha conexión con ella, en lugar de exponer su pensamiento al respecto, me remitiré previamente al análisis efectuado por Austin en su artículo *Verdad* que, si no es una sinopsis acabada del uso de esa palabra, se aproxima mucho a serlo; y aprovecharé, además, que discurre en una línea cercana a la de Ferrajoli, por lo que puede contribuir a completar el análisis de su pensamiento efectuado hasta ahora. Naturalmente, no puedo trascribir aquí el estudio de Austin; sino que me limitaré a dar cuenta de los pasos más importantes.

Empezando por el final del artículo, discute Austin la concepción de la verdad de Strawson, según la cual «verdad» no es una propiedad de los enunciados. Strawson, en el sentido de las concepciones deflacionarias de la verdad, refuerza la idea de la «superfluidad lógica» de «verdad, hasta el punto de que, para él afirmar que «la nieve es blanca es verdadera» no es más que *decir* que la nieve es blanca; pero, sin embargo, es *hacer* algo más que afirmar la oración, a saber: es concretamente confirmar o garantizar (o hacer algo por el estilo) respecto a la oración ya proferida o tomada como proferida.

Austin está de acuerdo en que, en la mayoría de ocasiones, la afirmación de la verdad confirma o garantiza la proposición a la que se refiere. Pero, a su juicio hace algo más: realiza una aserción sobre la oración de que se trate:

> «Así decir que te creo es, según la ocasión, aceptar tu enunciado; pero es también hacer una aserción que no es hecha por la emisión estrictamente ejecutoria 'acepto tu enunciado'. Es común el que enunciados perfectamente ordinarios tengan un aspecto realizatorio: decir que alguien es un cornudo puede ser un insulto; pero es también un enunciado que puede ser verdadero o falso. En consecuencia, añade, «si la relación entre palabras y mundo» (cualquiera que sea) «ocurre genuinamente ¿por qué la expresión 'es verdadero' no habría de ser nuestro modo de describirla? Y si no lo es, ¿qué otra cosa es?»

He situado al principio esas preguntas, porque intentaré responderlas con afirmaciones anteriores del propio Austin. Así, se ha preguntado previamente»¿cuándo un enunciado es verdadero?»; y ha dado la siguiente respuesta:

> «La tentación es responder (al menos si nos limitamos a enunciados 'directos'): 'Cuando corresponde a los hechos'. Y como trozo de castellano normal difícilmente puede esto ser incorrecto. En realidad, debo confesar que no creo realmente que sea incorrecto en absoluto: la teoría de la verdad es una serie de perogrulladas. No obstante, puede al menos ser desorientador».

Para precisar el sentido en que se habla de «hecho» y de «corresponder». Empezando por aclarar la primera de ellas, Austin intenta esclarecerla precisando dos sentidos diversos en que se emplea, a saber:

> «i) 'hecho' es sólo una expresión alternativa a 'enunciado verdadero'. Advertimos que cuando un detective dice 'Fijémonos en los hechos' no se arrastra por la alfombra, sino que procede a emitir

una cadena de enunciados; hablamos incluso de 'enunciar los hechos'.
ii) para todo enunciado verdadero existe 'uno' y su propio hecho precisamente correspondiente —para todo gorro la cabeza en que ajusta.»

A su juicio i) conduce a alguno de los errores de la teoría de la coherencia mientras que ii) a otros de las teoría de la correspondencia. Pues «o suponemos que no hay nada, excepto el propio enunciado verdadero, nada a lo que él corresponda, o en otro caso poblamos el mundo de *Doppelgänger* lingüístico (y lo superpoblamos lujuriantemente —todo pedazo de hecho 'positivo' veteado por una concentración masiva de hechos 'negativos', todo magro hecho detallado enriquecido con generosos hechos generales, etc.)». A partir de esas reflexiones concluye que:

«Cuando un enunciado es verdadero, hay, por cierto, un estado de cosas que lo hace verdadero y que es *toto mundo* distinto del enunciado verdadero sobre él; pero igualmente por cierto, sólo podemos *describir* este estado de cosas *con palabras* (ya sean las mismas o, con suerte, distintas). Sólo puedo describir la situación en que es verdadero decir que estoy sintiendo mareo diciendo que es una en la que estoy sintiendo mareo (o experimentando sensaciones de náuseas); sin embargo, entre el enunciar, por muy verdaderamente que sea, que estoy sintiendo mareo y el sentir mareo hay un gran abismo permanente».

Esclarecida así la noción de «hecho», queda por aclarar la de «correspondencia». Austin la describe del siguiente modo:

«'Corresponde' también da lugar a problemas, porque comúnmente se le da un significado demasiado restringido o demasiado colorista o uno que en este contexto no puede soportar. El único punto esencial es este: que la correlación entre las palabras (=oraciones) y el tipo de situación, evento, etc., (ha de ser tal que cuando se hace un enunciado con estas palabras con referencia a una situación histórica de este tipo y el enunciado es entonces verdadero) *es absoluta y puramente convencional*. Somos absolutamente libres de elegir cualquier símbolo para describir *cualquier* tipo de situación, en la medida, en la medida en que se trata meramente de ser verdadero. No hay ninguna necesidad en absoluto de que las palabras usadas al hacer un enunciado verdadero 'reflejen' de forma alguna, por muy indirecta que sea, cualquier rasgo que sea de la situación o evento; un enunciado no necesita más, a fin de ser verdadero, reproducir la 'multiplicidad', digamos, o la estructura o 'forma' de la realidad, que una palabra necesita ser onomatopoyética o una escritura pictográfica. Suponer que lo necesita, es caer una vez más en el error.»

Pero, tras esa sinopsis, las preguntas finales, que yo he colocado al principio, quedan sin respuesta. Lo único que puede decirse, según se infiere de las conclusiones de Austin que acaban de transcribirse, es que la relación entre palabras y mundo, que ha de afirmarse, desde luego, no puede, en cambio, ser descrita. Strawson inicia, por tanto, su artículo *Verdad*, afirmando lapidariamente que *«la teoría de la correspondencia requiere, no purificación, sino eliminación.»*

e) Una última propuesta: ¿teoría o gramática?

Como lo dicho me parece más que suficiente, dejo aquí un relato que podría detenerse en muchos otros episodios: en Moore, en Davidson, en Rorty, en Bernard Williams, en Dummet, en Crispin Wright, etc.; pero que, entonces, resultaría tan interminable como inútil.

Sin embargo, creo que lo dicho hasta ahora precisa de una reflexión ulterior. Para llevarla a cabo empezaré transcribiendo parcialmente una anécdota que cuenta Monk en su biografía de Wittgenstein:

«Rechazaba las tres 'teorías de la verdad' de Broad —la teoría de la correspondencia, la teorías de la coherencia y la teoría pragmática—: ' La filosofía no es una elección entre 'teorías diferentes'. Podemos decir que la palabra ['verdad'] tiene al menos tres significados distintos; pero es erróneo suponer que una de estas teorías puede darnos la totalidad de la gramática a la hora de utilizar la palabra, o esforzarse para que los casos que no están de acuerdo con ella encajen dentro de la teoría. Lo que reemplaza a la teoría es la *gramática*.»

Naturalmente, Wittgenstein se refiere aquí, no a la gramática superficial, cuyas reglas quebrantan a menudo las gentes normales; sino a la gramática profunda, la que determina el sentido de las palabras y que tan a menudo contravienen los filósofos. De esa gramática

llegó a decir que «*toda una nube de filosofía se condensa en una gotita de gramática*».

Pero, como acerca de la verdad se han formulado densos nubarrones filosóficos, para disiparlos haría falta, no una simple gota, sino una lluvia abundante; y Wittgenstein sólo nos ha dejado al respecto algunas relampagos previos. Transcribiré sólo dos de ellos:

> «La proposición de que sólo una *proposición* puede ser verdadera sólo puede querer decir que predicamos «verdadero» y «falso» de lo que llamamos una proposición. Y lo que es una proposición está en un sentido determinado por las reglas de construcción de las oraciones (de la lengua alemana, por ejemplo) y en otro sentido por el uso de los signos en el juego del lenguaje. Y el uso de las palabras «verdadero» y «falso» puede ser también una parte constitutiva de ese juego; y entonces *pertenece* para nosotros a la proposición; pero no 'se ajusta' a ella. (I.F., 136).»

En el primer inciso expone Wittgenstein la idea de que lo que llamamos proposición es cualquier argumento de una función de verdad y, a renglón seguido, expresa la implicación aparente de que podemos usar los conceptos de «verdadero» y «falso» para determinar si algo es una proposición. Sin embargo, de inmediato, repudia esa idea, pues «verdadero» y «falso» son partes de los «juegos» que jugamos con las proposiciones; pero, esas palabras no nos ofrecen nada que determine independientemente lo que la proposición es. De modo que, puede decirse que «verdadero» y «falso» definen sólo formalmente la proposición. La definición de la proposición como lo que puede ser «verdadero» o «falso» difiere de la definición del hombre como animal racional en que, aquí, las características definitorias tienen un contenido independiente del *definiendum*. Explicando la diferencia mediante una analogía, el concepto de verdad pertenece a la proposición del mismo modo que el concepto de «jaque», en el juego del ajedrez, pertenece al rey: uno no puede saber que puede dar jaque a esa pieza sin saber previamente que es el rey. Davidson cree poder rechazar el deflacionismo a partir de la afirmación de que para entender el significado de una proposición es preciso saber en qué condiciones puede afirmarse que es verdadera. Ciertamente, el empleo de la palabra «proposición» está entretejido con el empleo de «verdadera» o el uso de «regla» con el de la palabra «igual» (I.F.225). Pero, ese entrelazamiento no niega, sino que implica el deflacionismo, pues la afirmación de la verdad de una proposición, al estar entretejida con su significado, comporta una cierta redundancia.

También están entrelazadas las palabras «verdadero» o «falso» con la palabra «hecho»; pero de un modo que induce a confusión. Lo que Wittgenstein afirma al respecto es lo siguiente:

> «El uso de «verdadero» o «falso» tiene algo que nos confunde porque es como si me dijera: 'está o no está de acuerdo con los hechos'; y se podría preguntar qué es, aquí, 'acuerdo' (S.C. 200).»

Pero, previamente, no se había limitado a poner en cuestión el significado de «acuerdo» sino la totalidad de la pregunta. En efecto: en S.C. 191 se había expresado así:

> «Si ahora todo habla en favor de una hipótesis, y no hay nada que hable en contra —¿es verdadera con toda certeza? Podemos expresarlo así. Pero, ¿está de acuerdo tal hipótesis con la realidad, con los hechos? Con esta pregunta ya te mueves en un círculo.»

Y la pone en cuestión porque, una vez dicho de una proposición que todo habla en su favor y nada en contra, se ha dicho ya que está de acuerdo con los hechos y, por lo tanto, nuestra indagación es circular: para nosotros, el acuerdo con los hechos no puede consistir en otra cosa que en que todo hable a favor y nada en contra de una cierta hipótesis dado que no tenemos acceso a ninguna clase de «concepción absoluta del mundo» o, dicho de otro modo, que no tenemos acceso a hechos independientes de nuestras teorías (pues sólo podemos conocer el mundo bajo determinadas descripciones y cada modo de ver el mundo es, no absoluto, sino relativo a la descripción que nos lo hace presente).

Bastan estas mínimas observaciones para poner de manifiesto las complejidades de la gramática profunda de «verdad» y explicar la facilidad con que la transgreden los filósofos.

El problema filosófico de la verdad es como tantos otros problemas filosóficos, a saber:

> «No son ciertamente empíricos, sino que se resuelven mediante una cala en el funcionamiento de nuestro lenguaje, y justamente de manera que éste se reconozca: *a pesar de* una inclinación a malentenderlo. Los problemas se resuelven no aduciendo nueva experiencia, sino compilando lo ya conocido. La filosofía es una lucha contra el embrujo de nuestro entendimiento por medio de nuestro lenguaje.» (I.F. 109)

De modo que cuando los filósofos usan palabras como «conocimiento», «proposición», «verdad», «hecho» u otras semejantes, y tratan de captar algo así como la esencia de la cosa, una definición precisa y absoluta del concepto, marchan por un camino que no conduce a parte alguna: la única investigación con sentido es la de como se usa efectivamente esa palabra en el lenguaje en que tiene su tierra natal.

Es preciso, pues, reconducir las palabras de su uso metafísico al uso cotidiano (I.F.116): seguir ese consejo de Wittgenstein podría haberle ahorrado a Ferrajoli muchas especulaciones confusas e innecesarias, que sólo se justificarían si su confesada aspiración de cientificidad, que comporta la separación entre el Derecho, susceptible de conocimiento científico y la Moral, sobre la que no cabe conocimiento alguno, no le hubiera llevado a asignar a la dogmática jurídica la misma clase de verdad que, según cree, rige en el campo de las ciencias empíricas, con lo que se ve obligado a estilizarla y debilitarla progresivamente hasta llevarla casi al sinsentido.

Podemos, pues, concluir adhiriéndonos a cuanto afirma Habermas, según el cual la rectitud (corrección) de los juicios normativos no puede explicarse por medio de una teoría de la verdad como correspondencia. Pues los derechos son una construcción social, a la que no se puede hipostatizar y convertir en hechos. *Corrección* significa aceptabilidad racional, aceptabilidad apoyada por buenos argumentos. Parece que ese modo de entender la verdad debiera ser el que sostuviesen quienes, como Popper y Ferrajoli, mantienen que incluso las teorías científicas más acreditadas son «conjeturas» justificadas por su resistencia a los repetidos intentos de refutación; y, a partir de ese entendimiento, quedaría considerablemente allanado el abismo entre verdad empírica y corrección valorativa y, con él, las dicotomías entre cognitivismo y no cognitivismo y objetivismo y relativismo o contextualismo. Pero, no es este el lugar adecuado para desarrollar ese planteamiento, al que han apuntado pensadores de la talla de Dewey, Putnam o Toulmin; sino que basta señalar que las contraposiciones absolutas por las que circula el pensamiento de Ferrajoli son incongruentes.

3. LA SEPARACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL

A) Una nota introductoria

El problema de la relación entre Derecho y Moral es muy antiguo. Envuelve el viejo debate entre el positivismo y el iusnaturalismo y, en nuestra época, ha sido objeto de brillantes contribuciones de uno y otro lado.

Desde la perspectiva positivista, en la que Ferrajoli se sitúa, autores de gran renombre han defendido la tesis de la separación: basta citar a Hart, Bobbio, Raz o Hoerster; y otro tanto cabe decir desde la perspectiva contraria, la de los que sostienen que el derecho se halla internamente vinculado a aquella parte de la moral que trata de la justicia. Dworkin, Habermas o Alexy pueden figurar entre los más notorios.

Las ideas de unos y otros constituyen el suelo sobre el que descansa esta reflexión, por más que, explícitamente, me ocupe de modo casi exclusivo de Ferrajoli, para quien, como se desprende de lo dicho en el anterior epígrafe, la separación entre Derecho y Moral constituye un momento esencial de su *Teoría*. Pero, aunque Ferrajoli no proporcione un *status quaestionis* del pensamiento actual, sí que aborda la mayor parte de los problemas que en él se plantean. De modo que, quizás, el examen de su pensamiento me permita extraer algunas conclusiones desde las que evaluar los

fundamentos que se aducen en el debate general.

B) DERECHO PENAL Y MORAL

En el número 15 de *Derecho y Razón* desmenuza Ferrajoli los fundamentos de su opción por la separación entre derecho y moral. Singular importancia juega, en ese sentido, la resolución de la paradoja de Hobbes. Ferrajoli la plantea así:

> «La 'paradoja hobbesiana' señalada por Norberto Bobbio —para quien Hobbes 'arranca de la ley natural y llega a la construcción de una sólida concepción positiva del Estado' y es por consiguiente iusnaturalista 'de hecho' pero iuspositivista 'de derecho'— es en cierta medida común a todo el pensamiento contractualista de la Ilustración: iusnaturalista en la medida en que halla en el derecho natural los fundamentos del estado y sus principios de justificación externa; pero al mismo tiempo iuspositivista en tanto en cuanto esos fundamentos externos, empezando por el principio convencionalista de legalidad, sirven precisamente para fundamentar, así como para moldear y limitar, al derecho estatal positivo como el único vigente.»

Expuesta así la paradoja, Ferrajoli cree poder disolverla. Veámoslo:

> «La paradoja es en realidad aparente. El positivismo jurídico nace como exigencia iusnaturalista porque inicialmente, antes de consolidarse el monopolio estatal de las fuentes de producción y convalidación jurídica, tal monopolio era visto como un 'deber ser' más bien que como un 'ser'; y el principio de legalidad, que expresará el punto de vista interno de la validez separado del hecho del externo de la justicia, no correspondía aún a una tesis científica o descriptiva 'fundada', sino sólo a un principio axiológico o normativo 'fundante', dictado él mismo desde un punto de vista externo a las instituciones entonces vigentes. El problema de Hobbes era en definitiva el de fundamentar la *positividad* de las leyes civiles, para sancionar los imperativos que reiteran de las leyes naturales. Comparadas con la precariedad 'natural' de éstas, aquéllas son concebidas en efecto como la forma 'artificial' idónea para garantizar establemente sus contenidos; y es precisamente la *forma* artificial o positiva de tales contenidos que al menos en parte se realizará con la incorporación de los derechos naturales en las futuras constituciones en forma de garantías legales positivas la que se persigue, antes del nacimiento del moderno estado de derecho, como un 'deber ser'.»

Tras esa descripción, y un excurso dedicado a la que llama «regresión ideológica de la cultura decimonónica» (lo que muestra un menosprecio del siglo XIX, el siglo del liberalismo, difícil de justificar) parte de la siguiente afirmación:

> «Según la hipótesis de trabajo formulada anteriormente, la doctrina ilustrada de la separación entre derecho y moral, constituye el presupuesto necesario de cualquier teoría garantista y, al mismo tiempo, de cualquier sistema de derecho penal mínimo; mientras que las diversas doctrinas pre y también post —ilustradas de la confusión se encuentran en el origen de culturas y modelos penales sustancialistas y de una u otra forma autoritarios.»

Creo necesario analizar en profundidad ese somero punto de partida pues, en mi opinión, la problemática de las relaciones entre derecho y moral se enfoca desde una perspectiva confusa y difícil de asumir.

La primera de esas confusiones, bastante común entre quienes profesan el positivismo jurídico, es afirmar la separación entre Derecho y Moral o Derecho y Ética considerando la Moral o la Ética (pues ambos términos se utilizan) como un todo. De modo que se olvida que el pensador que pudiera considerarse arquetipo de la Ilustración, I. Kant, dividió la Metafísica de las costumbres en *Doctrina del Derecho* y *Doctrina de la Virtud.* En consecuencia, cuando en *Derecho Penal* se rechaza la confusión entre Derecho y Moral, tachando de autoritaria toda ideología que los confunde, ese rechazo se refiere al uso del Derecho Penal para promover, no ya la coexistencia pacífica de ciudadanos libres, sino para imponer coactivamente la virtud y, en consecuencia, para ahogar las libertades.

Eso se le hubiera hecho evidente con la mera lectura de la polémica entre Hart y Lord Devlin o consultando los escritos de cualesquiera penalistas liberales. La ecuación que traza Ferrajoli entre los partidarios de la separación entre derecho que es y derecho que debe ser y el liberalismo es, sencillamente, falsa. Ni todos los que sustentan tal separación, es decir, todos los positivistas, son liberales; ni, al contrario,

todos los que postulan una vinculación del derecho positivo a ciertos principios de justicia son autoritarios.

En efecto, aunque muchos positivistas han profesado ideas liberales, Wieacker ha hablado con razón de un «positivismo ilegítimo» que degeneró en Alemania en la monstruosa deformación totalitaria del derecho tantas veces denunciada, por mucho que esa degeneración no pueda ser atribuida a la ruptura positivista de la relación ilustrada entre derecho y justicia.

Tampoco tiene el menor viso de corrección asociar autoritarismo y iusnaturalismo, como podría haber advertido con sólo pensar en el gran penalista liberal italiano Francisco Carrara, al que tan a menudo cita. Si, como hace Ferrajoli, se tilda de autoritario todo pensamiento que niegue la existencia de una separación absoluta entre lo que se denomina usualmente «derecho que es» y «derecho que debe ser», a todo pensamiento que afirme que para contestar la pregunta «quid iuris» es necesaria una previa toma de posición acerca de la respuesta a la pregunta «quid ius», hay que concluir que se está dando pábulo a un gran error.

Para mostrarlo, baste un ejemplo: Ferrajoli califica la posición de Habermas como «constitucionalismo ético», es decir, como un constitucionalismo que entiende que las constituciones modernas internalizan algunos o todos los principios básicos de justicia o, dicho de otro modo, al menos parcialmente, dicen que debe ser derecho el derecho que debe ser. Al no asumir Habermas el punto de vista externo ni el carácter radical de la separación entre derecho positivo y derecho justo ¿pasa a ser un defensor del Estado autoritario? ¿Quedan, en su pensamiento, postergadas las libertades? Creo que, pese a las incongruencias en que a veces incurre Habermas, el propio Ferrajoli respondería que no, con lo que su afirmación de que la separación entre derecho y moral «es presupuesto *necesario* de cualquier teoría garantista» ha de ser puesta en entredicho.

Eso no significa que resulte tolerable la confusión entre el derecho positivo y el derecho justo; pero, he de puntualizar al respecto que, ni creo que el derecho positivo pueda entenderse correctamente al margen de toda idea de justicia, ni me parece una terminología adecuada la, tan extendida, que caracteriza al derecho positivo como derecho *que es* y al derecho justo como derecho *que debe ser*.

Hace ya muchos años (en 1979) dediqué algunas páginas a esa distinción, que resumo en el siguiente párrafo:

> «Las distinciones de Bobbio entre «derecho real y derecho ideal», «derecho como hecho y derecho como valor», «derecho que es y derecho que deber ser» y cualesquiera otras semejantes resultan muy poco pertinentes. Pues la norma positiva tiene, por cierto, una realidad, un ser, es un hecho. Pero, también tienen realidad y ser y son hechos normas no contenidas en la ley positiva. Y lo cierto es que el jurista en cuanto tal ni se ocupa de la «realidad», del ser o del carácter de «hecho» de las normas contenidas en la ley positiva ni de las que no se hayan formuladas en ella. En principio, parece que su tarea se centra en desentrañar el sentido de las primeras. Pero difícilmente puede llevarla a cabo sin tomar en consideración el de las segundas, el de las leyes no escritas.»

El positivismo jurídico parte de la idea de que las palabra de la ley tienen significado por sí mismas; pero, lo cierto es que, como todas, se inscriben en un «juego de lenguaje» muy complejo, en el que el sentido de las normas se halla entrelazado con las acciones que las aplican o trasgreden y las razones que las justifican y no puede, sin más, comprenderse al margen de unas y de otras.

El modo «positivista» de ver las cosas se halla ligado a menudo con la que se llama *perspectiva externa*. El teórico positivista se enfrenta a su objeto, el Derecho, como el físico se enfrenta al suyo: como algo que le es completamente ajeno; pero, desde esa perspectiva, el ordenamiento jurídico apenas se deja ver como tal. Permítaseme un breve excurso para explicar esa crítica.

Neil MacCormick intenta poner de manifiesto la insuficiencia del punto de vista externo recurriendo al inventario que, en los viajes de Gulliver, efectúan dos comisionados reales de los efectos que portaba el Hombre-Montaña:

«De la landre derecha, que albergaba en el fondo una maravillosa variedad de máquina, colgaba hacia fuera una gran cadena de plata. Le indicamos que extrajera lo que quiera que hubiera al final de aquella cadena y que parecía ser como una esfera plana, mitad de plata, mitad de algún metal transparente, pues en la parte transparente se veían ciertos signos extraños dibujados en círculo, que pensamos que podríamos tocar hasta que vimos cómo los dedos se nos paraban ante aquella materia translúcida. Nos acercó a la oreja ese aparato, que hacía un ruido continuo como el de una aceña, y conjeturamos que se trata bien de algún animal desconocido, bien del dios que él adora, aunque nos inclinamos más por lo último porque nos aseguró (si es que entendimos bien, pues se expresó muy imperfectamente) que pocas veces hace algo sin consultarlo. Lo llama su oráculo, y dijo que indicaba la hora de cada acción de su vida.»

Señala MacCormick que, pese a esa descripción minuciosa, los comisionados, que carecen del punto de vista del partícipe, del *punto de vista interno*, no llegan a saber lo que cualquiera de nosotros induce a simple vista de su descripción: que la máquina maravillosa es un reloj que Gulliver utiliza para saber la hora.

A partir de ese ejemplo, evalúa el análisis de las dos perspectivas que Hart propone. Hart diferencia entre regla y hábito señalando que el segundo comporta una mera convergencia de comportamiento social mientras que la primera requiere que la conducta desviada sea vista como una falta que, por lo tanto, es objeto de una crítica considerada legítima, notas a las que añade una tercera, en la que se expresa la perspectiva interna, a saber: «para que exista una regla social, por lo menos, algunos tienen que ver en la conducta de que se trata una pauta o criterio general de comportamiento a ser seguido por el grupo como un todo». Tras mostrar su acuerdo de principio con Hart, señala MacCormick que el punto de vista interno requiere una ulterior precisión, en la que ha de distinguirse el aspecto *cognitivo*, que permite al que actúa saber lo que se está haciendo (el juego que se juega) del *volitivo,* esto es, del compromiso con la observancia de la regla y, por lo tanto, *de las razones que lo avalan*.

He subrayado ese último aspecto, el de las razones que avalan el cumplimiento de la regla, aunque MacCormick no se refiere expresamente a él; pero, si las desviaciones de la regla son objeto de una crítica considerada legítima, ello comporta que hay razones para seguir la regla y, por ende, para comprometerse a seguirla. Sólo el punto de vista interno, el punto de vista del partícipe, permite conocer esas razones y atenerse o no a ellas; y, por lo tanto, el punto de vista del partícipe es esencial para conocer el contenido de la regla, pues ante toda regla surgen casos nuevos, cuya exterioridad no se halla suficientemente descrita y, para resolver si les es o no aplicable, es preciso, generalmente, acudir a las razones que la justifican.

Pondré un ejemplo relativo al Derecho Penal. Los Códigos Penales históricos consideraban como una circunstancia agravante ejecutar el delito de noche; pero, la llegada de la luz eléctrica cambió la intensidad del alumbrado nocturno que, al menos en determinados puntos de las ciudades, llegó a poder considerarse tan nítido como la luz del día. A partir de ese momento, se produjo una evolución en la jurisprudencia aplicativa de la circunstancia. Los tribunales, y también la doctrina, entendieron que, puesto que el sentido de la agravación era imponer un plus de castigo al que había realizado el delito al amparo de la oscuridad, aprovechando así la desprotección que en esas circunstancias pudiera tener la víctima, la agravante no era aplicable a los hechos ocurridos en lugares suficientemente iluminados.

Ese recurso a las razones que justifican las normas para determinar su contenido en los casos difíciles es casi tan antiguo como el propio ordenamiento jurídico y Ferrajoli, desde luego, no es insensible a él.

En efecto, al tratar de los principios generales del derecho, realiza las siguientes afirmaciones:

«Naturalmente, aunque dotados de valor normativo, los principios generales utilizados como criterios para argumentar el ejercicio del poder de disposición no tienen más que una capacidad debilísima de vinculación de las decisiones: en realidad, operan no ya (como criterios de decisión) sobre la verdad o sobre la equidad, es decir, sobre la correspondencia empírica, aun sólo aproximati-

va, entre las motivaciones aceptadas y los hechos y las leyes, sino directamente como (criterios de decisión sobre) valores de justicia sustancial, no definibles en abstracto y en ocasiones incompatibles entre sí. Y exigen, por tanto, elecciones y valoraciones irreductiblemente discrecionales que remiten a la responsabilidad, ligada inmediatamente a los valores de justicia sustancial expresados por los principios generales, representa sin embargo un factor de racionalización del poder de disposición y de limitación del arbitrio en otro caso a él conectado. La función específica de los principios generales es precisamente, en efecto, la de orientar políticamente las decisiones y permitir su valoración y control cada vez que la verdad procesal sea en todo o en parte indecidible. Se puede incluso decir que un sistema penal es tanto más próximo al **modelo garantista del derecho penal mínimo** cuanto más está en condiciones de expresar principios generales idóneos para servir como criterios pragmáticos de aceptación o de repulsión de las decisiones en las que se expresa el poder judicial, en particular de disposición. Y puesto que los principios generales son construcciones doctrinales elaboradas sobre normas o sistemas de normas, la riqueza de principios de un ordenamiento está determinada no sólo por los valores de justicia sustancial por él incorporados en el plano legal, sino también por el trabajo científico y jurisprudencial realizado sobre él por los juristas.»

A título de ejemplo de la no tan débil operatividad de los principios generales merece la pena citar un caso, el del concurso aparente de leyes penales, cuyas reglas de solución proceden de la interpretación doctrinal y jurisprudencial del ordenamiento en aplicación de un principio de justicia (*non bis in idem)* que se entendía, a la vez, de modo muy natural, como una suerte de exigencia lógica. En el Código Penal español se han incorporado esas reglas (art. 8), que venían rigiendo en la práctica pese a no estar recogidas en disposición legal alguna. Constituían entonces un modo de entender el contenido del ordenamiento, dependiente, desde luego, de entender que sus normas expresan una pretensión de justicia, que de alguna manera el propio Ferrajoli reconoce y que es difícilmente compatible con la idea de que entre Derecho y Justicia no exista ninguna relación intrínseca.

Pero, los argumentos en favor de esa clase de relación van mucho más allá de la operatividad innegable de algunos principios. En efecto, Ferrajoli concibe el Derecho Penal, según expresa en el subtítulo de una de sus obras, como *La ley del más débil* y lo define así:

«Está claro que, entendido de este modo, el fin del derecho penal no es reducible a la mera defensa social de los intereses constituidos contra la amenaza representada por los delitos. Es, más bien, la protección del débil contra el más fuerte: del débil ofendido o amenazado por el delito, así como del débil ofendido o amenazado por la venganza; contra el más fuerte, que en el delito es el delincuente y en la venganza es la parte ofendida o los sujetos públicos o privados solidarios con él. Más exactamente —al monopolizar la fuerza, delimitar sus presupuestos y modalidades y excluir su ejercicio arbitrario por parte de sujetos no autorizados—, la prohibición y la amenaza penales protegen a las posibles partes ofendidas contra los delitos, mientras que el juicio y la imposición de la pena protegen, por paradójico que pueda parecer, a los reos (y a los inocentes de quienes se sospecha como reos) contra las venganzas u otras reacciones más severas. Bajo ambos aspectos la ley penal se justifica en tanto que la ley de más débil, orientada a la tutela de sus derechos contra la violencia arbitraria del más fuerte. Las dos finalidades preventivas están conectadas sobre esta base: legitiman conjuntamente la «necesidad política» del derecho penal como instrumento de tutela de los derechos fundamentales, definiendo éstos normativamente los ámbitos y límites de aquél en cuanto *bienes* que no está justificado lesionar ni con los delitos ni con los castigos.»

No cabe negar —y creo que Ferrajoli no lo negaría— que ésta es una concepción del Derecho Penal basada en ideas de justicia que el Derecho positivo no ha incorporado plenamente; pero, quien la profesa ha de hacerla, en alguna medida, efectiva a la hora de interpretar y aplicar las leyes vigentes. Entre quienes se dedican al derecho penal esa, que expone Ferrajoli y que se halla muy cerca de las que he expuesto yo mismo, no es, ni con mucho, la única posible. Como han narrado Foucault y Agamben, la idea de un derecho penal de la *seguridad*, concebido para proteger los alimentos escasos de la turba de hambrientos, es expuesta nítidamente por Quesnay; y, para no hablar de otros tiempos sino de la actualidad, Denninger ha alertado frente a un desplazamiento del interés en la seguridad jurídica de las personas

hacia el interés en el aseguramiento de los bienes jurídicos, del que representa una expresión exacerbada el «Derecho Penal del enemigo» de Jakobs que, en aras de la tutela del *statu quo* (entendido como «constitución material» que se sobrepone al «pedazo de papel» en el que se halla escrita la Constitución Jurídica) permite negar la condición de persona y los derechos que le son inherentes a aquellos que no ofrezcan suficientes garantías de respetarlo.

Parece claro que, si los aplicadores adoptan la primera perspectiva, la perspectiva garantista, la praxis resultante será muy distinta de la que tendría lugar si adoptasen la perspectiva de la seguridad: los mismos textos legales cobrarían un contenido bien distinto, a consecuencia de las distintas concepciones de la justicia; y ello refuerza la idea de que el sentido del Derecho positivo, su contenido normativo, depende de las ideas que quienes los aplican sustenten acerca de cómo *debería ser* el derecho. Se trata, pues, de un *vínculo intrínseco* entre Derecho y Justicia, esté o no explícitamente incorporado al ordenamiento.

C) TEORÍA DEL DERECHO Y JUSTICIA

En el primer volumen de los *Principia iuris*, ya citado, se hace referencia a tres diferencias deónticas entre el «deber ser» y el «ser» del derecho. Ferrajoli describe la primera de ellas, la divergencia entre derecho y moral o entre justicia y validez del siguiente modo:

> «Se trata de una divergencia y de una separación generadas por el nacimiento del derecho moderno como derecho positivo, que tiene en el principio de la legalidad, y ya no en la justicia intrínseca, su metanorma de reconocimiento. *Auctoritas, non veritas facit legem* es la formulación hobbesiana de esta metanorma: una norma jurídica existe y es válida no porque se la considere verdadera, o justa, o razonable, como se podía sostener en los ordenamientos premodernos de tipo jurisprudencial, sino porque ha sido puesta por la autoridad legitimada para su producción, cualesquiera que sean sus contenidos, en las formas previstas por otra norma del ordenamiento al que pertenece. En este sentido, la separación entre derecho y moral, entre punto de vista jurídico y punto de vista axiológico, entre deber ser externo y ser interno del derecho, no es sino un corolario o, mejor aún, el significado mismo del «positivismo jurídico» (pág. 15).

Hasta aquí Ferrajoli parece expresarse en los términos usuales del positivismo: el vocabulario que emplea, distinguiendo entre «ser» *interno* y «deber ser» *externo* parece indicarlo claramente así.

Sin embargo, a renglón seguido efectúa un giro radical que da a su postura una apariencia nueva y singular. En efecto, añade inmediatamente:

> «Lo que no quiere decir, obviamente, que el derecho no incorpore valores o principios morales y no tenga en este sentido, según una fórmula a mi modo de ver equívoca, pero desde hace algún tiempo se ha hecho habitual, alguna "relación conceptual necesaria con la moral": lo cual sería absurdo, dado que todo sistema jurídico expresa al menos la moral (o las morales), cual (es)quiera que sea(n), de sus legisladores, o si se prefiere, como dice Robert Alexy, *su* «pretensión de corrección» (págs. 15-16).

La fórmula que comenta parece, con razón, equívoca a Ferrajoli, que se limita a decir que *no cabe negar* toda «relación conceptual necesaria» entre derecho y moral porque esa negativa sería claramente insostenible «dado que cualquier sistema jurídico expresa cuando menos la moral de sus legisladores». Según afirma en nota, la fórmula de la «conexión conceptualmente necesaria», entre derecho y moral, se ha hecho habitual gracias a los trabajos de Alexy, singularmente a *El concepto y la validez del derecho*, donde la defiende combatiendo la separación a lo largo de un buen número de páginas. De modo que, si no cabe negar esa relación, parece que deba afirmarse. Con lo cual, habría de cancelar la dicotomía entre el deber ser externo y el ser interno, sustituida por una diferencia menos fuerte.

Pero, no parece ser esa la posición que finalmente adopta Ferrajoli, pues en la nota correspondiente (27) «puntualiza» sus afirmaciones remitiendo a cuanto dice Prieto Sanchís al respecto quien, según Ferrajoli, «subraya el valor liberal del principio iuspositivista de la separación entre derecho y moral» contra las tentaciones del constitucionalismo «ético».

En consecuencia, Ferrajoli impugna «la tesis claramente iusnaturalista de Alexy», según la cual una norma pierde la validez jurídica si es extremadamente injusta. De modo que parece negar la negación y nos sume en la mayor perplejidad.

En *Garantismo* ocurre algo semejante: en primer lugar, invita a Alfonso García Figueroa a actualizar su definición paleopositivista de positivismo jurídico, abandonando su neutralidad valorativa en el caso de los juicios jurídicos sobre la validez sustancial de las leyes impuestos por las constituciones rígidas y, además, a admitir que, gracias al sometimiento al derecho de la producción del derecho mismo, «es el propio *deber ser* del derecho, no sólo su ser… lo que ha sido positivizado, lo que equivale al perfeccionamiento y a la plena realización del positivismo jurídico». Pero, a renglón seguido, y tras disentir de Habermas (que encuentra en la Constitución el fundamento de la legitimidad moral del derecho) y de Alexy (que como acaba de decirse, asume, en casos extremos al menos, la justicia como condición de validez) concluye afirmando que las constituciones democráticas, que defiende en el plano de la filosofía política porque incorporan las exigencias de justicia representan, desde el plano de la teorías del derecho «un hecho… absolutamente contingente y que, por tanto, no afecta al *concepto* de derecho».

No tiene nada de particular que, a la hora de calificar la posición de Ferrajoli, Vitale haya hablado de (cripto)iusnaturalismo; pero, su última palabra reside en la afirmación del que llama principio liberal y laico de la separación entre derecho y moral, esto es, la que el mismo Vitale denomina «una intransigente posición iuspositivista».

Resulta, cuando menos, pintoresco que, de una parte, sostenga que la positivación del *deber ser* del derecho (de la justicia) representa la plenitud de la positividad; y de otra, sostenga una separación radical entre derecho y justicia. A Ferrajoli, como afirma Ruiz Miguel, las cuentas no le cuadran.

Si lo que quiere decir con sus afirmaciones es que la positivación de la justicia no anula la posibilidad de pensar y argumentar que esa justicia, tal y como está siendo positivizada, puede no ser justa, que frente a lo que en un momento dado se entienda que dice el derecho positivo pueden oponerse mejores ideas de lo que es o no justo nadie ha pretendido negar tal cosa. Como señala M. Jiménez, Habermas habla al efecto de una *Verschränkung* (un entrelazamiento) entre forma jurídica y principio del discurso. Pues, según éste, sólo pueden considerarse válidas moralmente las normas a las que todos los posibles afectados pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales, lo cual quiere decir que en el propio seno del derecho positivo ha de estar garantizada la autonomía del individuo; pero, a la vez, la validez de las normas juridicas no puede quedar librada a la estimaciones de cada individuo autónomo, por lo que, en principio, queda ligada a la corrección del proceso de positivación. Pero, derecho positivo y justicia, por mucho que estén íntimamente relacionados, no son idénticos; y esa es una obviedad amplísimamente compartida por juristas y filósofos del derecho y que no coincide en absoluto con la postulada separación positivista entre «derecho que es» y «derecho que debe ser».

D) UN EXCURSO CONCLUSIVO

Con lo dicho podría terminar; pero, subsiste todavía una ambigüedad adicional que se manifiesta en las reservas que Ferrajoli muestra ante la oscuridad de la fórmula que niega o afirma la conexión conceptual entre moral y derecho.

Parece, pues, conveniente intentar aclararla, por mucho que eso requiera un excurso y, con esa aclaración, procurar clarificar mi propia posición en el problema de las relaciones entre derecho y moral, oscurecido a veces desde las dos orillas del debate.

Para llevar a cabo esa clarificación, conviene precisar, en primer término, que la expresión no procede de Alexy, que se limita a utilizarla para rebatirla, sino de Hart, que condensa, en el número 5 de su famosísimo *Postscript (*en el

que polemiza con R. Dworkin) una idea expresada previamente de modo menos conciso. Dice así:

> «Argumento en este libro, que aunque hay muchas distintas conexiones contingentes entre derecho y moral, no hay ninguna conexión conceptual necesaria entre el contenido del derecho y el de la moral; y, por lo tanto, prescripciones moralmente inicuas pueden ser válidas como reglas o principios legales.»

En primer lugar, Hart intenta formular un «concepto» de derecho, es decir, una definición de esa parte del sistema social que damos en llamar derecho. Quizás, para saber qué es eso que llamamos derecho hubiéramos tenido que analizar los diversos usos de la palabra y hacer una sinopsis de esos usos para llegar a captar sus distintos significados y, a partir de ellos, sus referencias. Pero, Hart rechaza ese camino como erróneo y emprende una vía esencialista que se adapta mal a la realidad del derecho, tan cambiante y disímil que no se deja apresar en una esencia fija; de modo que ese concepto es poco más que una convención. En efecto, frente al análisis *de dicto* Hart propone otro *de re*; pero, la *cosa* general llamada *derecho* **no existe**: sólo hay sistemas particulares de reglas de convivencia sociales a los que llamamos así y, por lo tanto, el significado de *derecho* sólo puede lograrse mediante una sinopsis del uso que hacemos de la *palabra* (como proponía Wittgenstein, a quien tan a menudo se encomienda Hart) y no por ninguna clase de concepto supuestamente extraído de la cosa misma.

Como señala, en efecto, Wittgenstein en el *Cuaderno Azul*: «la idea de que para lograr claridad acerca del significado de un término general haya que encontrar el elemento común a todas sus aplicaciones ha sido una traba para la investigación filosófica, pues no sólo no ha conducido a ningún resultado, sino que hizo además que el filósofo abandonase como irrelevantes los casos concretos que son los únicos que podían haberle ayudado a comprender el uso del término general». Si esa idea es correcta (y, como se verá más adelante, se halla estrechamente relacionada con la idea de que entre los individuos subsumibles en un término general hay muy a menudo sólo un *aire de familia,* idea que Hart dice aceptar; pero no parece haber asumido del todo) cabe concluir que, al definir el Derecho, ha seguido un camino equivocado.

Por lo tanto, a un concepto que, en definitiva, sería una mera estipulación, no parece que la idea de «necesidad» pudiera convenirle. Es más si, como sugiere Kripke, afirmar algo como necesario comporta que ha de ser verdadero, no solamente en todos los casos reales, sino también en todos los (mundos) posibles, parece claro que la conexión de que se trata no puede ser, en sentido absoluto, necesaria. Sólo hay, una necesidad, afirmaba Wittgenstein en el *Tractatus*, la *necesidad lógica* y, parece obvio que la conexión que aquí se trata, por muy fuerte que pueda ser, no es *lógica*.

Sin embargo, Hart no niega que haya conexiones entre Derecho y Moral, e incluso admite que pueden ser muchas y muy distintas; pero, eso sí, con tal de que sean *contingentes*. Y esa expresión necesita también ser aclarada, pues si contingente significa *no necesario*, estamos al cabo de la calle; pero, parece que pudiera interpretarse como ocasional, casual, etc. Pese a esa apariencia, creo que Hart se ha limitado a negar la necesidad en sentido estricto, y ha admitido que esas conexiones puedan ser algo más que una mera casualidad.

Si se lee cuanto dice en IX.2 de *El concepto de Derecho,* Hart habla en él de un contenido mínimo del Derecho Natural ligado a ciertas características permanentes de la naturaleza y de la sociedad humana. Su exposición comienza así:

> «Las exigencias comunes del derecho y de la moral no consisten, en su mayor parte, en prestaciones activas sino en abstenciones, y esas exigencias son formuladas usualmente en forma negativa, como prohibiciones. Las más importantes en ellas, para la vida social, son las que restringen el uso de la violencia que se traduce en matar o causar daños corporales. El carácter básico de tales reglas puede ser traído a la luz en preguntas como estas: Si no hubiera estas reglas ¿de qué nos serviría, a seres como nosotros, tener reglas de cualquier tipo? La fuerza de esta pregunta retórica se basa en el hecho de que los hombres están dispuestos,

ocasionalmente, a recurrir a ataques corporales y son vulnerables a ellos. Aunque esta es una verdad obvia, no es, empero, una verdad necesaria: porque las cosas podrían haber sido distintas o serlo algún día.»

Que el derecho se diferencia de la moral a través de un largo proceso (cuyas diversas etapas se han descrito muchas veces y ha narrado el propio Ferrajoli) es algo que nadie niega; pero, el proceso de positivación ha llegado a establecer entre Derecho y Moral una diferencia, no un abismo. De modo que si «la doble positivación —del ser del derecho y de su deber ser jurídico— equivale a la completa realización y a la ampliación del Estado de Derecho», como Ferrajoli admite, la relación entre derecho y moral (entre el derecho que es y el que debe ser) ha de ser algo más que una pura contingencia. Podría decirse, para definir esa relación, que pertenece a la **gramática** profunda de la palabra derecho, al juego de lenguaje donde esa palabra cobra su sentido pleno, por mucho que pueda utilizarse sin esa connotación de modo superficial. ¿Podemos llamar con toda propiedad *derecho* al «sistema» que «rige» en el país donde discurre *El Otoño del Patriarca* de García Márquez, en el que la voluntad del dictador está por encima de «las garambainas de la ley escrita»?¿Diríamos que Eichmann, al obedecer la voluntad del Führer hasta el punto de transportar a los campos de exterminio a millones de personas, actuó conforme a derecho?

Mi respuesta a esas preguntas es, sencillamente, que no, pues de lo contrario, las palabras «derecho» y «actuar conforme a derecho» perderían su sentido y pasarían a significar cualquier cosa; y creo que mal podría Hart haber contestado de otro modo sin contradecirse. No me preocupa lo más mínimo pensar con qué etiqueta puede calificarse esa respuesta: creo que es absolutamente respetuosa con el derecho positivo y con la positividad del derecho y que no comporta ninguna clase de confusión entre derecho y moral, sino que se limita a especificar la relación que usualmente establecemos entre uno y otra; pero no intentaré justificarlo, pues más bien creo que quien ha de justificar su manera de usar el lenguaje es quien opine lo contrario. Si, ante una reunión de víctimas de algún régimen semejante a los descritos iusnaturalistas y positivistas discutiesen si sus normas o decisiones más inicuas eran o no derecho cabría decir a la concurrencia, que no entendería nada: «Ni están locos, ni son cómplices. Están filosofando».

4. LA AMBICIÓN DE LA TEORÍA

A) DELIMITACIÓN PREVIA

He rotulado el presente epígrafe tomando prestado a Luhmann una parte del título de su libro *Sociedad y sistema.* En esa obra, expone Luhmann una pretensión teórica efectivamente ambiciosa: la descripción completa del universo social en términos de sistema autopoiético y entorno.

El resultado, por cierto, no es, finalmente, muy satisfactorio: las relaciones entre el individuo y el sistema social quedan descritas con una imagen directriz que, con alguna crueldad, describe Habermas como «el flujo de expedientes entre autoridades ministeriales» por un lado y «la conciencia encapsulada de un Robinson» por otro.

Expreso de ese modo el vértigo que me producen los proyectos intelectuales demasiado ambiciosos: por un lado, admiro la audacia de quienes los emprenden; pero, por otro, me acecha el temor de que acaben en un fiasco.

Tal es, desde luego, el caso de la Teoría del Derecho de Ferrajoli. Tras definir la Teoría del Derecho como «disciplina autónoma y sistemática, dirigida a la identificación y al análisis de las estructuras formales de los ordenamientos jurídicos con independencia de los valores que los informan y de sus concretos y variables contenidos prescriptivos», Ferrajoli fija los objetivos de la suya, que divide en tres partes que responden a las preguntas acerca de en qué se basa, cómo se justifica y cómo se construye la teoría, que denomina, respectivamente, semántica, pragmática y sintáctica.

Tras reconocer que su teoría «puede parecer hoy, bajo diferentes aspectos, escasamente actual», resume sus aspiraciones del siguiente modo:

> «En el plano ***metateórico*** refleja una aspiración de la filosofía de la ciencia expresada por el primer neopositivismo lógico y arrinconada por sus orientaciones posracionalistas más recientes, pero presente aún en los años sesenta del pasado siglo, cuando se proyectó este trabajo. En el plano ***teórico***, por otra parte, persigue la elaboración de un *modelo racional de derecho* anclado en el paradigma constitucional diseñado por las constituciones posteriores a la segunda guerra mundial y, sin embargo, cada vez más lejano a causa de la irracionalidad, la incertidumbre, las antinomias y las carencias producidas por la actual crisis de las viejas soberanías estatales, por la pérdida de la unidad y la capacidad regulativa del derecho y por la complicación y confusión de sus fuentes de producción. En el plano ***político***, finalmente, sugiere la hipótesis de una democracia fundada, tanto en los niveles de los ordenamientos estatales como en el del ordenamiento internacional, en la garantía de la paz y de los derechos vitales de todos, en años en los que asistimos al retorno de la guerra como instrumento de dominación y de solución ficticia de los problemas internacionales, a procesos de radical desregulación y a la vez de inflación legislativa, a la globalización de la economía y de las comunicaciones, pero no del derecho y de los derechos, al crecimiento exponencial de las desigualdades y de la devastación medioambiental, a la muerte cada año de millones de seres humanos por hambre o enfermedades no tratadas, a la proliferación descontrolada de poderes extralegales y salvajes, tanto públicos como privados».

Bobbio expresó una vez sus reservas ante los teóricos del derecho natural diciendo que hubiera sido mejor que toda la inteligencia y el rigor que habían empleado en construir un derecho ideal lo hubieran dedicado a reformar y mejorar el derecho vigente. Una reserva parecida me sugiere el proyecto teórico de Ferrajoli. Obviamente, no puedo enjuiciarlo de manera detallada, de modo que solamente voy a intentar analizarlo desde dos perspectivas, a saber: la primera, la de determinar si es humanamente posible reunir el conjunto de conocimientos requeridos para construir adecuadamente la teoría desde el punto de vista semántico; la segunda, la de evaluar si, en materias como las que Ferrajoli trata de abarcar —que involucran casi totalmente el conjunto de nuestra forma de vida— es posible elaborar un lenguaje ideal.

B) LA PERSPECTIVA SEMÁNTICA: DOGMÁTICA Y TEORÍA

Para responder a la pregunta acerca de la posibilidad de cumplir adecuadamente las exigencias que a la teoría impone la perspectiva que Ferrajoli llama semántica, es preciso delimitar la extensión y la intensión que pretende conferirle.

En cuanto a la primera, la extensión de la teoría del derecho «se identifica con la de los ámbitos de experiencia a los que puede ser aplicada y en los que sus tesis pueden encontrar respaldo». Ese ámbito queda determinado por el derecho y, especialmente, por el derecho moderno. Ferrajoli lo especifica así:

> «La adopción del derecho moderno como objeto privilegiado de la teoría conlleva el análisis —que se desarrollará desde la segunda parte— de su «positividad», es decir, de una serie de principios estructurales que hacen de él, en sus diferentes ramas, una formación histórico-institucional radicalmente distinta de cualquier otra del pasado. El derecho penal, informado por categorías de matriz ilustrada como la estricta legalidad, la culpabilidad, la materialidad de la acción, el principio de lesividad y la responsabilidad personal, es una construcción moderna. Lo es igualmente el derecho procesal penal pues la formalización del proceso penal sobre la base de las garantías legales de la publicidad, el principio de contradicción, la oralidad, la presunción de inocencia, la carga de la prueba por parte de la acusación, la condición de tercero del juez y los derechos de defensa se remonta a hace no más de dos siglos. Lo es más aún el derecho público, constitucional y administrativo, que nace a la vez que esa formación específica que es el estado representativo de derecho, basada en la soberanía popular, la igualdad política de los ciudadanos, los derechos fundamentales y la separación de poderes. Y lo es incluso el derecho civil codificado, que aun reproduciendo en buena medida categorías y principios de origen romanista se basa sin embargo en la equiparación jurídica de todos los seres humanos en tanto que sujetos dotados de personalidad, capacidad jurídica y de obrar, libertades y derechos civiles y, al menos en línea de principio, en la subordinación a la ley de los poderes privados de autonomía.»

En cuanto a la intensión, Ferrajoli se pronuncia así:

> «Si la extensión de la teoría del derecho se identifica con los ámbitos de experiencia a los que es aplicable, su intensión consiste en su concreto contenido informativo, esto es, en su referencia semántica a los fenómenos empíricos sobre cuya base es interpretable. Por lo tanto, será posible configurar la *teoría del derecho*, dentro de un modelo integrado de *ciencia jurídica*, como un sistema de conceptos y enunciados teóricos, interpretable, según cuáles sean los fenómenos asumidos como referentes empíricos, desde dos tipos de discurso —la *dogmática jurídica* y la *sociología de derecho*— distintos entre sí y sin embargo conectados como las dos caras de una moneda. Además, será posible asociar también una interpretación axiológica a gran parte de los conceptos y construcciones teóricas: la expresada por la valoración y la propuesta de configuración del derecho llevadas a cabo por la *filosofía jurídica*.»

Como la exposición anterior deja claro, la teoría trata de captar todas las ramas del derecho, tomado como referentes empíricos tanto las distintas dogmáticas como la sociología y las propuestas de valoración y configuración llevadas a cabo por la filosofía del derecho. Concediendo, por supuesto, a Ferrajoli conocimientos bastantes para llevar a cabo su tarea en el ámbito de la filosofía jurídica, me parece imposible hacer la misma concesión respecto a todas las dogmáticas y a toda la sociología del derecho, porque creo que eso excede cualquier capacidad humana.

Sin duda, los saberes de Ferrajoli son excepcionalmente amplios y su capacidad es descomunal; pero, sin necesidad de abordar otro ámbito que no sea la dogmática penal, y sin ánimo de menospreciar su obra en este campo que, como he dicho, valoro muy positivamente, no creo que haya podido estudiar la totalidad de esa dogmática con la profundidad suficiente para remontarse desde ella a una teoría general, pues ni siquiera los mejores especialistas llegan a conseguirlo.

En ese sentido, ya he mencionado la sorprendente ausencia de referencia alguna al gran penalista alemán E. Beling, tan relevante a la hora de determinar la proyección de los principios y garantías constitucionales sobre el Derecho Penal, o las exigencias de la presunción de inocencia para tener por «verdadera» la comisión del delito en el proceso penal; y, resulta aún más sorprendente el desconocimiento (¿quizás voluntario?) de qué parte de la moral entiende la doctrina penal liberal que ha de estar tajantemente vedada a la intervención coactiva del estado y, por ende, al Derecho Penal. Para no resultar prolijo, añadiré sólo una observación más: al criticar a G. Jakobs se centra en reprobar la *prevención general positiva* que, a fin de cuentas, no es más que un efecto inseparable de todo sistema penal bien calculado, sin reparar previamente en los aspectos más lamentables del pensamiento de este autor que, sobre todo desde un enfoque garantista como el de Ferrajoli, son mucho más relevantes. Pues, como es sabido, Jakobs apela a una suerte de constitución material que prevalece sobre el «pedazo de papel» en que se acaba convirtiendo en sus manos la Constitución jurídica, de modo que el reclamo de fidelidad al derecho que postula la prevención general positiva acaba significando la imposición coactiva del *statu quo*.

Lo que ponen de manifiesto esas deficiencias (y otras muchas que podría señalar) es una concepción de las dogmáticas que no parece sostenible. Pues Ferrajoli entiende la dogmática exclusivamente como una especie de saber empírico acerca de lo que las leyes dicen y, consecuentemente, no cree necesario analizarla en profundidad para elaborar su teoría general. Pero, como dice Viehweg, una dogmática se compone de uno o varios dogmas fundamentales a partir de los cuales se desarrolla **un** sistema; por eso afirma que «para poder cumplir con su función de unificación es necesario que los mencionados dogmas fundamentales contengan implícita o explícitamente una *teoría del derecho* material como fundamentación última». Mal podría, por lo tanto, elaborarse una teoría general del derecho que pudiera servir de referente a las distintas dogmáticas sin conocer a fondo las teorías particulares desarrolladas en las diferentes disciplinas. Pero, dada su riqueza histórica y su proliferación actual, esa es una tarea que, extendida a todas las

ramas del derecho, sobrepasa las posibilidades de cualquier ser humano.

Esa objeción parecería quedar salvada dado el carácter formal, esto es, independiente del contenido, de la *Teoría*. Pero no puede ser así, en primer término porque, como toda estructura formal, ha de adaptarse al contenido cuyas exigencias ideales pretende satisfacer; y, en segundo lugar, porque la teoría de Ferrajoli no es tan estrictamente formal como él postula, sino que contiene ciertas asunciones materiales que no se ajustan a los contenidos de los sistemas jurídicos vigentes.

Esas asunciones materiales se ponen de manifiesto en la afirmación de que la teoría axiomatizada del derecho y del paradigma constitucional no es solamente una teoría del garantismo sino que cumple un papel garantista respecto al derecho vigente porque nos dice, según Ferrajoli, que han de tomarse en serio tanto el derecho como los conceptos jurídicos y que han de extraerse de ellos las debidas implicaciones. Para ejemplificar esas ideas lleva a cabo, Ferrajoli, el siguiente razonamiento:

> «Considérese de nuevo, como ejemplo, la relación que será formulada en la teoría —entre derechos subjetivos y garantías. Si definimos *a)* 'derecho subjetivo' como expectativa positiva de prestaciones o negativa de no lesiones, *b)* 'expectativa' como figura deóntica a la que corresponde una obligación o una prohibición y *c)* 'garantía deóntica' como la obligación o la prohibición correspondientes a las expectativas, podremos afirmar también que *d)* la existencia de esos específicos derechos subjetivos que son los derechos fundamentales implica la existencia de las obligaciones y prohibiciones que constituyen sus garantías. Pero esta tesis teórica, evidentemente, es descriptiva del «deber ser» del derecho vigente, en el que es perfectamente posible que no se hayan dispuesto obligaciones y las prohibiciones correspondientes a los derechos establecidos; de manera que, en tal caso, ese «deber ser» equivale al deber de introducirlas».

Pues bien, a partir de esas afirmaciones y como muestra de los desajustes de que he hablado, me referiré solamente a uno de los muchos casos problemáticos: el de la definición de los derechos fundamentales sobre la base de su atribución universal.

La concepción de Ferrajoli al respecto se expresa así:

> «Los derechos fundamentales, si los tomamos en serio según la bella fórmula de Dworkin, son con seguridad configurables como derechos subjetivos, o sea, como expectativas a las que corresponden, por parte de otros, obligaciones o prohibiciones de no lesión o de prestación. Su especificidad respecto a los derechos no fundamentales consiste únicamente en el hecho de que se atribuyen a todos (en cuanto personas, o en cuanto ciudadanos, o en cuanto capaces de obrar, según sus diversos tipos) de forma que a ellos corresponden deberes *erga omnes* a cargo de la esfera pública. Naturalmente, esta es una definición estipulativa, ni verdadera ni falsa, sino sólo capaz de dar cuenta de las variadas clases de situaciones jurídicas comúnmente denominadas «derechos subjetivos» o «derechos fundamentales». Pero esto quiere decir que esta definición únicamente puede ser criticada oponiéndole una definición de las mismas palabras dotada de mayor capacidad explicativa.»

No comparto la afirmación final de Ferrajoli, según la cual su definición sólo podría ser criticada oponiéndole otra mejor: por el contrario, creo que puede objetársele, sin más, su inadecuación a la idea de derecho fundamental que transmiten las diversas Constituciones existentes. Eso es lo que le opone Ruíz Manero, que destaca que la ausencia de referencia, en el concepto de Ferrajoli, a que, cuando se habla de derechos fundamentales «se trata de instrumentos de protección normativa de bienes de la mayor importancia para los seres humanos», entendiendo que esa ausencia afecta negativamente a la capacidad del concepto, «para dar cuenta del papel de los derechos fundamentales en nuestras constituciones, en nuestra cultura jurídica y en la propia concepción (de Ferrajoli) de las tareas de la ciencia del Derecho».

Basta una cita de Rawls, que califica los derechos fundamentales como *libertades básicas* y afirma su prioridad, para comprender las razones de esa objeción:

> «Las libertades básicas iguales del primer principio de justicia se especifican mediante una lista como la siguiente: libertad de pensamiento y libertad de conciencia; las libertades políticas de expresión, reunión y asociación, así como las libertades (*freedoms*) especificadas en la libertad física (*liberty*) y

la integridad de la persona; y, por último, los derechos y libertades que se incluyen en el imperio de la ley (*rule of law*). No se otorga ninguna prioridad a la libertad general, como si el ejercicio de algo denominado «libertad» tuviese un valor preeminente y fuese el principal si no el único fin de la justicia política y social. Hay, ciertamente, una presunción general contraria a la imposición de restricciones legales o de otro tipo a la conducta sin una razón suficiente. Pero, esa presunción no determina una prioridad especial a ninguna libertad concreta…. A lo largo de la historia del pensamiento democrático se ha insistido en la consecución de ciertas libertades y garantías constitucionales específicas, como muestran, por ejemplo, diversas constituciones y declaraciones de derechos humanos. La formulación de las libertades básicas sigue esta tradición.»

A lo que, inmediatamente, añade:

«Algunos pueden pensar que especificar las libertades básicas mediante una lista es un expediente que debería evitar una concepción filosófica de la justicia. Estamos acostumbrados a doctrinas morales presentadas en la forma de definiciones generales y primeros principios inclusivos».

Sin embargo, según Rawls si puede hallarse una lista de libertades básicas que sitúen al individuo en las mejores condiciones posibles para el ejercicio de la razón pública se habrá logrado el «objetivo inicial» de la justicia como equidad. El intento de perfilar esa lista se ha continuado, entre otros, por Dworkin.

En la evolución histórica de los derechos fundamentales se perciben tres tendencias: la tendencia a la concreción (a pasar de las ideas generales de igualdad y libertad a sus concreciones históricas más relevantes), la tendencia a pasar de la definición programática a la garantía jurisdiccional y la tendencia a fundirse con los derechos humanos. En todos esos procesos la idea de importancia de las libertades en juego representa un papel esencial.

La respuesta de Ferrajoli a esa objeción de Ruiz Manero no combate esas razones; sino que consiste en sostener que la definición ha de poder dar cuenta de derechos «fútiles o, peor, inicuos, y que sin embargo están constitucionalmente previstos (como el derecho a llevar armas en la Constitución de los Estados Unidos). Dejando aparte la referencia a la Segunda Enmienda de la Constitución norteamericana (que es más que dudoso que pueda ser calificada en ningún sentido de derecho fundamental, pese a hallarse incluida en el *Bill of Rights*, no parece que la no inclusión en el concepto de derecho fundamental de derechos fútiles o inicuos sea, para una teoría que pretende ser un referente deóntico, una gran pérdida, sino al contrario, una ganancia. Pues si la condición de «inicuo» no priva a un derecho de su carácter de fundamental, pero puede hacerlo objeto de una interpretación restrictiva, en el caso concreto del supuesto derecho a poseer armas de fuego, esa interpretación, que es gramaticalmente la más adecuada dada la forma en que se expresa la Segunda Enmienda, comporta que el tal derecho se entienda como un derecho colectivo (el derecho de los Estados frente a la Federación, a tener una milicia armada); y, así entendido, el derecho pierde su universalidad y, con ella, la condición de fundamental. Pero, más allá de ese caso concreto, la pérdida genérica del carácter fundamental de cualesquiera derechos inicuos o fútiles vendría exigida por el carácter de referente deóntico de la teoría: una teoría que obligase a garantizar tales derechos resultaría deónticamente inaceptable.

Otra objeción que se alza frente a la definición es la de que hay derechos que no se atribuyen ni a todas las personas, ni a todos los ciudadanos, ni a todos los que tienen capacidad de obrar, citándose como ejemplo la libertad de cátedra de los profesores. Ferrajoli responde que se trata siempre de un derecho de la persona de forma no distinta a los derechos de asistencia sanitaria o a la libertad de expresión; pero, lo cierto es que todos **tienen** derecho a la asistencia sanitaria o a la libertad de expresión; y, teóricamente, todos pueden ser profesores, pero solamente **podrían tener** la libertad de cátedra si llegaran a serlo. No se trata, pues, de la misma clase de universalidad, por lo que, de una parte dado que sociológicamente hablando, no todos pueden ser profesores, la atribución no es universal en sentido sociológico y, por tanto, constituye un defecto de una teoría que quiere servir también de paradigma a la sociología del derecho; y, de otra,

esa segunda clase de universalidad no excluye los derechos patrimoniales, cuya fundamentalidad niega Ferrajoli.

A todo ello, cabe añadir que no sé si un mayor análisis de la historia y la dogmática referente a los diversos conceptos jurídicos podría ser de verdadera utilidad para alcanzar el fin que Ferrajoli se propone. Pues ignoro si un conocimiento más profundo, v.g. de la dogmática penal, le habría ayudado a formular una teoría mejor porque, como explicaré a renglón seguido, no creo que una tal teoría sea posible; pero, en cualquier caso, le habría situado de modo más completo ante los problemas que pretende resolver, por lo que su ausencia constituye, sin duda, un déficit, pues una estructura conceptual no puede proponerse como forma apta para servir de modelo ideal a contenidos tan diversos sin analizarlos previamente muy a fondo.

Creo que basta lo dicho para mostrar que, en el aspecto «semántico», la teoría adolece de carencias tan importantes que podrían expresarse afirmando que tiene los pies de barro.

C) ¿UN LENGUAJE IDEAL?

El objetivo de la teoría es, como se ha visto, formular un lenguaje ideal, a partir de una serie de estipulaciones definitorias de los conceptos relevantes y una ulterior axiomatización, para que sirva de modelo deóntico tanto a las disciplinas jurídicas particulares cuanto al análisis y valoración de los hechos.

Como el propio Ferrajoli declara ese ideal procede del positivismo lógico, que rechaza el lenguaje ordinario como ambiguo y fuente de errores y confusiones. El Manifiesto del Círculo de Viena lo expresa así:

> «Averiguar el orden lógico de las aberraciones metafísicas sigue prosperando, especialmente por medio de los trabajos de Russell y Wittgenstein. Dos errores lógicos fundamentales se encuentran en las teorías metafísicas y también en la formulación de preguntas: (i) una relación cercana con la forma de los *lenguajes tradicionales* y (ii) una ignorancia sobre los procesos lógicos del pensar. Por ejemplo, con respecto al lenguaje usual —primer error lógico fundamental—, éste utiliza la misma forma valorativa para el caso del sustantivo, tanto para las cosas («manzana»), como para las cualidades («dureza»), las relaciones («amistad») y los procesos («sueños»), de manera que induce a una concepción «cosista» de conceptos funcionales: hipóstasis y sustancialización. Por medio del lenguaje se indican numerosos ejemplos de equívocos similares que se han vuelto igual de fatales para la filosofía.»

En consecuencia, bajo el impulso de Frege y Russell, el Círculo se deslizó por las «heladas laderas de la lógica» en el intento de construir un lenguaje ideal que sirviera de expresión a la concepción científica del mundo y prescindiera de la vaguedad e imprecisión del lenguaje ordinario. La historia de esa aventura cooperativa, que pretendía llevar a una forma de expresión perfecta el pensamiento científico y defender con él los ideales de la Ilustración no pudo culminarse con éxito, cosa que Ferrajoli conoce perfectamente; pero, emprende solo otra, con parecidos objetivos y quizá de más envergadura; porque si Neurath, Schlick, Carnap y demás adherentes al Círculo se propusieron cooperativamente «solamente» construir un lenguaje perfecto de la ciencia, Ferrajoli ha pretendido, nada menos, que construir un lenguaje perfecto del derecho, es decir, de la vida, ignorando las dificultades lógicas que comporta semejante tarea.

En el número 98 de las *Investigaciones Filosóficas* reitera Wittgenstein la afirmación del *Tractatus* 5.5563, según la cual las oraciones de nuestro lenguaje están en orden tal como están. Pese a cuanto escribió Russell en el prólogo, Wittgenstein repudió siempre la idea sustentada por Russell y Frege de sustituir el lenguaje común por otro ideal. Según relatan Baker y Hacker en su canónico comentario de las investigaciones filosóficas, en una carta a Ogden explicitó que con eso quería decir que las proposiciones de nuestro lenguaje ordinario no son de ningún modo lógicamente menos correctas o menos exactas o más confusas que las proposiciones escritas con el simbolismo de Russell o cualquier otra «escritura conceptual», aclarando que el simbolismo adecuado sólo puede facilitarnos captar más fácilmente la forma lógica, por lo que sólo justificaba la

utilización de «lenguajes ideales» en sustitución del lenguaje común con fines terapéuticos. Añade, además, que «no *aspiramos* a un ideal: como si nuestras oraciones ordinarias, vagas, aun no tuviesen un sentido totalmente irreprochable y hubiera primero que construir un lenguaje perfecto».

Ulteriormente aclara esas ideas. Así, en el número 100 dice al respecto:

> «Pero no es un juego si hay una vaguedad *en las reglas* —¿Pero no es un juego?— Sí, quizá quieras llamarlo juego, pero en cualquier caso no es un juego perfecto. Es decir: está contaminado y yo me intereso por lo que está limpio. - Pero quiero decir: Malentendemos el papel que juega el ideal en nuestro modo de expresión. Es decir: lo llamaríamos también un juego, sólo que estamos cegados por el ideal y no vemos por ello claramente la aplicación real de la palabra 'juego'».

Lo que con ello quiere decir es que la vaguedad de las reglas no sólo no resulta realmente incompatible con ciertos juegos; sino que incluso puede ser adecuada; y la precisión y exactitud necesarias dependen de lo que persigamos con las concretas expresiones que llevemos a cabo.

En el número 88, tras una serie de ejemplos, lo expone en términos más generales:

> «'Inexacto' es realmente un reproche, y 'exacto' un elogio. Pero esto quiere decir: lo inexacto no alcanza su meta tan perfectamente como lo exacto. Ahí depende, pues, de lo que llamemos «la meta». ¿Soy inexacto si no doy nuestra distancia del Sol con 1 metro de precisión; y si no le doy al carpintero la anchura de la mesa en milésimas de milímetro? No se ha previsto un *único* ideal de precisón; no sabemos o que debemos imaginarnos bajo este apartado —a no ser que tú mismo estipules lo que debe llamarse así. Pero te sería difícil acertar con una estipulación; con una que te satisfaga».

Con lo dicho queda explicado en parte el rechazo de los «lenguajes ideales»: si adoptan un canon de exactitud y rigor demasiado exigente resultan inútiles para expresar las necesidades de la vida y, consecuentemente, para regular la complejísima red de relaciones que afronta el derecho: eso se expresa diciendo que el derecho precisa reglas; pero también principios. Incluso, dadas las múltiples acepciones que se da a esa distinción cabría afirmar, de modo más amplio, pero más sencillo, que el derecho precisa de modo muy básico un amplísimo conjunto de normas cerradas; pero, también, de una serie más o menos amplia de normas abiertas, dejando a un lado la cuestión de si son reglas o principios. (Esto es claramente perceptible en el caso del Derecho penal: los tipos delictivos y todas las circunstancias que fundamentan o agravan la pena han de ser cuanto más cerradas mejor; las circunstancias eximentes y atenuantes *pueden ser* abiertas y, en muchos casos, *han de ser* abiertas, pues de lo contrario resultarían injustas en v.g. en supuestos de inculpabilidad que no se hallaran expresamente descritos).

El otro fundamento del rechazo procede de los límites que es preciso trazar a la aspiración a la generalidad. Wittgenstein cree que la densa niebla que parece envolver nuestro uso ordinario del lenguaje y, nos empuja a construir lenguajes ideales, tiene también su origen en las ansias de generalidad, que son el resultado de diversas tendencias, entre las que menciona la tendencia a buscar algo común a todas las entidades que incluimos bajo un término general (a la que ya se ha hecho referencia) olvidando que a veces tales términos sólo evocan un *aire de familia* entre sus instancias particulares; la idea de que las propiedades son ingredientes de las cosas (v.g. que «la belleza es un ingrediente de todas las cosas bellas como el alcohol lo es de la cerveza»); la tendencia a pensar que a un término general corresponde una *imagen* distinta de sus instancias particulares y, sobre todo, nuestra preocupación por el método de la ciencia:

> «Nuestro ansia de generalidad tiene otra fuente principal: nuestra preocupación por el método de la ciencia. Me refiero al método de reducir la explicación de los fenómenos naturales al menor número posible de leyes naturales primitivas; y, en matemáticas, al de unificar el tratamiento de diferentes temas mediante el uso de una generalización. Los filósofos tienen constantemente ante los ojos el método de la ciencia y sienten una tentación irresistible a plantear y a contestar las preguntas del mismo modo que lo hace la ciencia. Esta tendencia es la verdadera fuente de la metafísica y lleva al filósofo a la oscuridad más completa. Quiero afir-

mar en este momento que *nuestra tarea no puede ser nunca reducir algo a algo, o explicar algo*. En realidad la filosofía es 'puramente descriptiva'».

Confesadamente, Ferrajoli ha sido arrastrado por esa fascinación por el método de la ciencia asociada, en su caso, a la de la lógica formal. Por ese camino ha construido una teoría cuya desmesurada generalidad la hace inadecuada para captar su objeto.

En el año 1979 escribí ya que, en mi opinión, la generalización jurídica tiene límites y objetivos distintos de la generalización de las ciencias naturales. Decía entonces que en las ciencias de la naturaleza «puede decirse que, a mayor grado de abstracción de una determinada formulación conceptual, mayor será su ámbito de aplicación y, por lo tanto, más fundamental y valioso el conocimiento que proporcione. En derecho, por el contrario, la generalidad, si ha de cumplir adecuadamente su contenido político, ha de anudarse a un cierto grado de especificidad.» A lo que, tras referir el rechazo de Neumann a un sistema que estuviera basado principalmente en clausulas generales (Generalklauseln), añadía:

> «El recurso a una abstracción por así decirlo 'pura' —a una abstracción que prescinda de toda especificidad— deviene en el campo jurídico en un procedimiento autocontradictorio: queriendo abarcar totalmente un sector de la realidad se le deja en la indefinición y en la penumbra. La generalización jurídica ha de estar orientada a la individualización. Se generaliza para individualizar. No se trata de buscar normas según las cuales puedan resolverse más y más especies de casos sino, al contrario, de buscar normas que se ajusten mejor a cada caso, que den cuenta con mayor exactitud de sus notas diferenciales. Y, si ello es así, la generalización jurídica sigue un camino totalmente opuesto al de la generalización naturalística: no el camino de una mayor abstracción (que proyecta el conocimiento sobre un ámbito más vasto), sino el de una mayor concreción (que permite una más adecuada contemplación valorativa del caso).»

Básicamente mantengo ahora lo que dije entonces. Por eso creo que no necesito emitir ningún juicio explícito sobre la teoría de Ferrajoli y, menos aun, analizar sus detalles. Admito, por supuesto, que el equivocado puedo ser yo; pero, las razones que Ferrajoli ha aducido hasta ahora no han sido suficientes para sacarme de mi error. A lo que, además debo añadir que esa crítica teórica para nada empequeñece la contribución de Ferrajoli a que las garantías constitucionales sean «tomadas en serio»

5. LAS RAZONES DEL DERECHO

A) LA «RAZÓN» Y LAS RAZONES

a) La razón «situada»

Me he referido anteriormente a la idea de Brandom, para quien lo que importa en filosofía no es la verdad sino la razón o, para expresar mejor su pensamiento, *las razones*. Porque si se acepta que el significado se origina en concretos *juegos de lenguaje*, irreductibles a un género común, las razones, que sólo pueden serlo en virtud de lo que significan, tampoco pueden ser reducidas a un concepto general. Pues, al hablar de «la razón», no se apunta a nada que tengan en común las innumerables clases de razones que intercambiamos a diario; sino que procede acudir también aquí a la noción de «aire de familia» a la que tantas veces se ha aludido.

Si la pretensión de formular una teoría de los juegos de lenguaje resulta inviable, como razoné más ampliamente en el capítulo XI.3 de los *Fundamentos del Sistema Penal,* tampoco es posible formular una teoría de la argumentación que nos diga cuándo una razón es una buena razón. El propio Habermas, al afirmar que «en la propia posibilidad de entendimiento lingüístico cabe leer un concepto de razón **situada** que eleva su voz en pretensiones de validez que dependen del contexto a la vez que lo trascienden «remite a una cita de Putnam, según la cual «la razón, entendida así, es *inmanente*, es decir, no cabe encontrarla fuera de los juegos de lenguaje e instituciones», aunque, como idea regulativa, que prescribe obrar en cualquier caso por buenas razones, trascienda a unos y otras.

Lo difícil es determinar cuándo una razón es una buena razón; y si no hay un concepto

general de razón, tampoco existe una teoría que pueda delimitar en términos genéricos en qué ha de consistir una razón para ser *buena*. Wittgenstein se limitó a decir al respecto que una buena razón es la que vale como razón, lo cual es poco más que una tautología; pero, indicó que las buenas razones no son «mis razones», sino las que puede aceptar el hombre razonable, a saber: las oraciones que exponen lo que aprecio inmediatamente por los sentidos, y de las que no puedo dudar, las proposiciones de la ciencia, las que estén mejor justificadas, las avaladas por el sentido común, etc. En definitiva, algo cercano a lo que dice García Amado: una racionalidad «más humana, más próxima, más de andar por casa».

Nada de eso pretende negar la utilidad indudable de una lógica material aplicada al derecho, tal como, a partir del *Organon* aristotélico, muestran v.g. las obras de U. Klug; ni de las diversas Teorías de la argumentación; sino sólo su incapacidad para mostrar qué razones son materialmente válidas.

Pretender construir esa teoría constituiría, quizás, esa petulancia que constituye una hipoteca que enturbia la capacidad de pensar del filósofo, pues las razones pueden ser de muy diversa índole y valer como razones en circunstancias muy diferentes y cada tipo de razones vale como tal cuando se aplica en el conjunto de circunstancias en las que está encajado y de las que depende su sentido. En consecuencia, es preciso renunciar a esa desmesurada aspiración de generalidad y, si se quiere saber qué es lo que hace que una razón sea válida, contentarse con intentar extraerlo de una sinopsis del uso (tarea inacabable, como muestra la obra de Toulmin); o, si no se aspira a tanto, como es el caso del presente ensayo, intentar, con algunos ejemplos especialmente relevantes, poner de manifiesto las formas de proceder que colman su objetivo y las que tornan baldío el esfuerzo de razonar.

b) El «escándalo» de la razón

Dicho esto, quisiera empezar esta mínima cala en el campo de las razones del derecho advirtiendo que el ámbito del uso de razones está, como todo el ámbito del lenguaje filosófico, lleno de trampas. Para citar una de las más significativas comenzaré reproduciendo una anécdota que cuenta Monk en su biografía de Wittgenstein:

> «La única vez, que se sepa, que pronunció una conferencia ante un grupo de filósofos de Oxford fue en mayo de 1947, cuando aceptó una invitación para hablar en la Jowett Society. Tenía que contestar a una ponencia presentada por Oscar Wood, un estudiante que desempeñaba el cargo de secretario de la sociedad, sobre el *Cogito, ergo sum* de Descartes. El encuentro se celebró en el Magdalen College y fue inusualmente concurrido. Mary Warnoch, una contemporánea de Wood, anotó en su diario: 'Prácticamente todos los filósofos que he visto en mi vida estaban allí'. Entre los más notables allí presentes se contaban Gilbert Ryle, J.O. Urmson, Isaiah Berlin y Joseph Pritchard. En su respuesta a la ponencia de Wood, Wittgenstein ignoró la cuestión de si el argumento de Descartes era válido, y en lugar de eso se concentró en aplicar su propio método filosófico al problema suscitado. Según la estricta ortodoxia de Oxford, representada por Joseph Pritchard, ésta fue una novedad no muy bien recibida:
> *Wittgenstein*: Si un hombre me dice, mirando al cielo «Creo que lloverá, luego existo», no le comprendo.
> *Pritchard*: Todo esto está muy bien; lo que queremos saber es: ¿es el *cogito* válido o no?
> Pritchard —descrito por Mary Warnock en su diario como: 'extremadamente viejo y sordo y con una terrible tos. Sin el menor tacto'— interrumpió varias veces a Wittgenstein en un esfuerzo por hacer que abordara la cuestión de si el cogito de Descartes era o no una inferencia válida. Y cada vez que lo hacía, Wittgenstein evitaba la cuestión, dando a entender que no era importante.»

La negativa de Wittgenstein a responder se fundamenta en que la duda de la propia existencia, que subyace al argumento cartesiano, es un sinsentido: si dudo de mi propia existencia ya no puedo afirmar nada; o, dicho de otro modo, todos mis juegos de lenguaje, incluso aquel en el que digo que pienso, descansan en que tengo la certeza absoluta de que existo. Por lo tanto, la inferencia cartesiana no se entiende. Ha descolocado la pregunta, fingiendo una duda fuera del lugar donde se expresa naturalmente la duda y, en consecuencia, ha

dislocado la respuesta: el yo empírico se afirma como pensante antes que como existente.

Kant ya rechazó «la teoría que declara o dudosa o indemostrable la existencia de los objetos sensibles en el espacio» (según el planteamiento de Descartes).

Según Marechal, la argumentación de Kant comienza afirmando que la tesis cartesiana «supone que el sujeto cognoscente puede referir a su Yo objetivo» (a su conciencia pensante) todas sus representaciones sin pasar a través de la experiencia de objetos materiales distintos de ese yo, lo que solo resultaría posible si el sujeto poseyera una intuición intelectual de su Yo.

En realidad, para Kant el conocimiento del Yo (la autoconciencia) sólo resulta posible mediante el conocimiento de los objetos del sentido externo, conocimiento que es *inmediato y primitivo* «sólo secundariamente, por reflexión sobre su conocimiento primitivo, descubrimos… el carácter de *espontaneidad*, de síntesis activa, por el cual nos oponemos, como *sujetos*» a los datos externos. Esos datos son fenoménicos y requieren la afirmación de la «cosa en sí», del *noumenon*, cuya afirmación equivale a la de que el objeto del conocimiento no se agota en los fenómenos. Es, por así decirlo, una necesidad inherente a la idea misma de «fenómeno»: por eso Kant consideró su negación como una suerte de «escándalo filosófico», frente al que no valdría la pena empeñarse, como hace Putnam, en demostrar que somos «cerebros en una probeta».

[Nada de eso empaña la grandeza de Descartes: su argumento tiene tan gran fuerza retórica que logró desplazar el interés de la filosofía, de un *mundo* desfigurado por una escolástica decadente, al *sujeto* libre de esas ataduras ideológicas y, con ello, abrir el paso a la actitud científica, como las *Cartas Provinciales* de Pascal, absolutizando los principios morales, nos desembarazaron de los que Toulmin ha llamado «abusos de la causística»].

La lección a extraer de todo ello es la de que, si confusiones de esta índole pueden haber atormentado el discurso de uno de los más grandes e influyentes pensadores de la historia, no tiene nada de particular que, aquí y allá, salpiquen todo el ámbito de la reflexión sobre el derecho, sin ser detectadas como vicios de la argumentación, como sofismas; pues «el lenguaje ha preparado las mismas trampas para todos». En efecto, «mientras exista un verbo *ser* que parezca funcionar como *comer* y *beber,* mientras existan adjetivos como *idéntico, verdadero, falso, posible* mientras hablemos de un flujo temporal y de una expansión del espacio, etc, etc, tropezarán los hombres siempre de nuevo con las mismas dificultades y mirarán absortos algo que ninguna aclaración parece disipar». En consecuencia, la misión de la filosofía consiste, para Wittgenstein, en «luchar contra el embrujo de nuestro entendimiento por medio de nuestro lenguaje»; pero, la terapia no puede terminar aquí, pues también hay un embrujo del lenguaje por medio del entendimiento (de la razón), ya que al creer que se tocan los límites del entendimiento humano se cree que se puede ver más allá. Por eso, la razón se disloca tan a menudo.

Ya se han visto, en el caso de Ferrajoli, algunas de las deslocalizaciones que derivan de lo que pudiera llamarse modelo cientifista de razón; pero, quienes decididamente apuestan por la razón práctica —e, incluso, por una razón débil— no se hallan libres de peligros semejantes.

B) RAZÓN, DERECHOS FUNDAMENTALES Y PROCEDIMIENTO DEMOCRÁTICO

Para mostrar que eso es así voy a aducir dos casos referidos, respectivamente, a Habermas y a Alexy, no, desde luego, porque en modo alguno quiera minusvalorarlos, sino justamente, por todo lo contrario: porque estimo que, tras el positivismo, representan dos de las alternativas mejor razonadas y más sólidas.

a) Sobre los límites de la jurisdicción constitucional

Empezando por Habermas, me propongo poner de manifiesto que en su análisis de la

legitimidad de la jurisprudencia constitucional se produce una *deslocalización* de las razones que esgrime que le llevan a afirmaciones incompatibles con su concepción del Derecho.

Habermas comienza ese análisis señalando las reservas que suscitó la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán que extraía de los derechos fundamentales proclamados por la Constitución un «orden objetivo de valores», jerarquizados según criterios extrajurídicos. Según Habermas, esas reservas críticas se dirigieron demasiado directamente «contra las consecuencias que suscita la preocupación desde la perspectiva de la salvaguarda del Estado de Derecho» perdiendo de vista que esas consecuencias «son secuelas de una falsa autointerpretación» del Tribunal Constitucional Federal.

Muchas de esas críticas se dirigieron contra la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 25 de febrero de 1975, que enjuició la ley de despenalización del interrupción voluntaria del embarazo y que influyó profundamente en la sentencia española, 53/1985 de 11 de abril que declaró la inconstitucionalidad del proyecto de Ley Orgánica de Código Penal por el que se introducía un artículo 417 bis, incluyendo determinados supuestos en que quedaba despenalizada la interrupción voluntaria del embarazo.

Tuve ocasión de analizar esa sentencia y, con ese motivo, intenté precisar en qué consiste la «falsa autointerpretación» de que habla Habermas. Los tribunales constitucionales alemán y español partieron de una filosofía de los valores como las sustentadas por Scheler o Hartman y ese punto de partida no deja de tener consecuencias:

> «Se parte de un sistema valorativo previo a la Constitución positiva, de un *parti pris,* a veces tan rotunda y decididamente que se deja de lado, por su insignificancia, el momento de la positividad. Y cuando se olvida ese pequeño detalle no sucede nada muy grave, sino que se deja de hablar de Derecho para hablar de otra cosa (moral, sociología, religión), y se utiliza una *inferencia arbitraria de las normas constitucionales* en apoyo de ideologías personales, tan respetables como se quiera, pero que no «son» la Constitución democrática y que carecen, a todas luces, de su legitimidad.»

En otras palabras, los tribunales constitucionales invaden con ese procedimiento el espacio del poder constituyente: en eso consiste la falsa autointerpretación que Habermas, con razón, denuncia.

Ulteriormente, emprende Habermas el análisis en Estados Unidos, describiendo algunas posturas respecto al alcance y los límites legítimos de la jurisdicción constitucional, llegando a la conclusión de que «la concepción más pertinente… es la de J.H. Ely».

Ely sostiene la que llama «una teoría reforzada de la representación» según la cual la jurisdicción constitucional ha de limitarse a enjuiciar si las resoluciones de los poderes públicos han sido adoptadas por procedimientos democráticamente correctos.

Habermas puntualiza, al respecto que, «si bien el escepticismo de Ely se endereza por igual contra una *jurisprudencia de valores* y contra una interpretación orientada por principios» en el rechazo de esta última «no es consecuente, por cuanto que ha de presuponer para su teoría la validez de principios», por cuanto «el concepto de procedimiento democrático» se apoya él mismo en un principio de justicia en el sentido de igual respeto a todos». Sin embargo, a renglón seguido, intenta neutralizar las críticas de Tribe a Ely haciendo la siguiente salvedad:

> «Pero de ello no se sigue **en modo alguno** que los principios que fundan la fuerza legitimadora que poseen la organización y el procedimiento de formación democrática de la voluntad, no sean lo suficientemente informativos a causa de su naturaleza procedimental y necesiten ser complementados por una teoría sustancial de los derechos.»

El problema de esa salvedad es, en primer término, que no hace justicia a los argumentos de Tribe y, además, que resulta incongruente con muchos aspectos de la propia concepción de Habermas.

Lo que Tribe afirma es que si el proceso democrático debe ser valorado ha de serlo por sus características intrínsecas: así, v.g., «ser oído es

parte de lo que significa ser una persona». Se da, en el caso del proceso, «una curiosa ironía»: quien cifra la constitucionalidad en la perfección del proceso parece incapaz de considerar el proceso en sí mismo como algo valioso, pues para ver el proceso como algo intrínsecamente valioso es preciso concebir la Constitución de modo inevitablemente sustantivo.

El entendimiento estrictamente procedimental de la Constitución resulta, por tanto, insostenible, pues los derechos fundamentales sustantivos son, a la vez, reglas del procedimiento democrático. Así lo ha expresado el Tribunal Constitucional español explícitamente en la STC 81/1998 de 2 de abril *(Tol 80937).*

> «Afirmamos ya en la STC 25/1981, fundamentos jurídico 5º, que los derechos fundamentales ostentan un doble carácter. 'En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art.1.1)'
> Pues bien, estas afirmaciones, que se proyectan sobre todos los derechos fundamentales, tienen, respecto de los que hemos llamado sustantivos, una consecuencia específica. Como elementos esenciales del ordenamiento objetivo de la comunidad nacional constituida en Estado de Derecho, los derechos fundamentales sustantivos adquieren una dimensión procedimental: son reglas básicas de todos los procedimientos de la democracia, de modo que ninguno de ellos puede calificarse de constitucionalmente legítimo si no los respeta en su desarrollo o si los menoscaba o vulnera en sus conclusiones.»

Sin embargo, Ely se empeña en un entendimiento procedimental de la Constitución refractario a englobar los derechos sustantivos que, en el caso norteamericano podemos describir como una opción por el *procedural Due Process* y un rechazo, por ilegítimo del *substantive Due Process;* y Habermas le sigue, sin advertir que Ely, al equiparar la «era Lochner» (que M. Kriele calificó como «corrupción del Estado constitucional por el individualismo posesivo) con la doctrina sentada en la sentencia Roe v. Wade, que no hace sino reconocer a las mujeres un elemental y restringido derecho a decidir su propia maternidad, hace del *substantive Due Process* una noche donde todos los gatos son pardos.

De modo que, tanto en el caso alemán como en el americano, rechazan las concepciones materiales de la Constitución, pese a que se trata de concepciones tan distintas que pudieran calificarse de contrapuestas.

Concretando estas observaciones en el problema de la interrupción voluntaria del embarazo: en Alemania se trata de limitar los derechos de la mujer para proteger un bien jurídico (el feto o embrión) cuya relevancia constitucional se extrae de una (muy discutible) conversión del derecho a la vida de las personas en el valor «vida humana»; en EEUU, por el contrario, se trata de reconocer a las mujeres el derecho a decidir si van a ser o no madres como un correlato inexorable de su derecho a configurar la propia vida; en Alemania, el Tribunal Constitucional recorta un derecho fundamental en virtud de razones que tienen muy difícil engarce en una Constitución que afirma enfáticamente los derechos fundamentales del individuo; en EEUU la afirmación del derecho a la *privacy* y la atribución, sobre esa base, del derecho a decidir de la mujer en un plazo razonable encajan perfectamente con un entendimiento liberal de la Constitución americana que siempre ha sido su soporte.

Esa postura puede, hasta cierto punto, explicarse en el caso de Ely; pero, resulta incomprensible en el de Habermas, pues no repara en que se trata de concepciones materiales con fundamentos muy distintos. En efecto, mientras que en el caso alemán el Tribunal Constitucional Federal ha invocado una doctrina ajena a la Constitución, mediante la cual ha proyectado los valores subyacentes a los derechos fundamentales mas allá de su ámbito, el Tribunal Supremo norteamericano ha intentado concretar el significado profundo de su

Constitución, aplicando la «Gran Enmienda XIV» según una interpretación no «originalista» pero perfectamente acorde con su significado literal y contextual.

El entendimiento sustantivo, no meramente procedimental, del *Due Process of Law* ha sido la palanca que ha permitido no sólo la nacionalización de las libertades civiles contenidas en el *Bill of Rights,* haciéndolas valer no sólo frente a la Federación, sino también frente a los estados miembros (como narra Wechsler en *The Nationalization of Civil Liberties and Civil Rights)*; sino también acabar con muchos de los mecanismos de exclusión de las minorías raciales o de las mujeres. Richard C. Cortner ha descrito detalladamente esa historia que Fallon Jr. ha resumido diciendo que «la jurisprudencia de los derechos fundamentales de casos tales como Roe vs Wade representa sólo la punta del iceberg». A su juicio, lo que se ha logrado a través de una interpretación sustantiva de la Enmienda XIV es mucho más, a saber:

> «En su forma más común, la doctrina del Due Process sustantivo refleja el principio simple pero de muy largo alcance, incorporado en la clausula de Igual Protección: que el gobierno no puede ser arbitrario… Esa idea intuitiva no es misteriosa: los funcionarios del Gobierno deben actuar guiados por la razón pública más bien que por motivaciones interesadas y debe haber una «racional» o razonable relación entre medios y fines.»

Habermas, que dedica en *Facticidad y validez* un epígrafe a la «disolución del paradigma jurídico liberal» parte, a mi juicio erróneamente de que los derechos fundamentales de defensa frente al Estado (*Abwehrrechte*), desde una comprensión articulada en términos de teoría del discurso, tienen un carácter *derivado*. De ahí que, puesto que como principios precisan de una interpretación constructiva «abren la puerta» (al T.C.) para una creación del derecho de inspiración política que, en su opinión habría de quedar reservada al legislador.

Sin embargo, en el modelo de democracia deliberativa que Habermas propone, el procedimiento democrático no puede caracterizarse sólo por la regla de la mayoría, ni siquiera por la de la unanimidad. Dado que ha de ser enjuiciado desde la que llama «situación ideal de habla» el contenido de los derechos fundamentales, sin los que no podría existir nada ni siquiera remotamente parecido a tal situación, no puede dejarse a un lado a la hora de enjuiciar ese procedimiento; porque es un presupuesto de su legitimidad, y, en las democracias con constituciones rígidas, el juicio acerca de los derechos fundamentales corresponde a la jurisdicción constitucional. Es difícil, en este ámbito, apreciar excesos; pero, sin excluir que pueda haberlos, las libertades democráticas de que gozan los ciudadanos de EEUU se deben, en buena parte, al Tribunal Supremo Federal. Creo que todo eso se ha omitido en el análisis de Habermas, que se ha extraviado tanto partiendo del primado sobre los derechos de un procedimiento democrático que no puede existir sin ellos como discutiendo opiniones de toda índole (pertinentes o impertinentes) y, con ello, ha *deslocalizado* (o dislocado) las razones al desatender las circunstancias concretas en las que se aducen. Apenas puede explicarse cómo el autor de *La inclusión del otro* ha podido poner en duda la legitimidad de esa jurisprudencia constitucional: el fulgor de la teoría le ha cegado.

b) Del «caso especial» a la ponderación

Alexy ha defendido que el discurso jurídico es un «caso especial» del discurso práctico general sometido a las limitaciones procedentes de la necesaria institucionalización. Al respecto, afirma que «una institucionalización satisfactoria incluye —de acuerdo con los criterios de la teoría del discurso— los principios del estado constitucional democrático como, por ejemplo, los de la democracia, de separación de poderes y los del Estado de derecho. En consecuencia, el principio de autoridad del derecho positivo apoyado por dichos principios exige que se dé prioridad a las razones constitucionales sobre las sustanciales». Pero, señala a continuación que esa es solo una prioridad *prima facie ya que,* según Alexy, las razones

sustanciales pueden acabar prevaleciendo sobre las constitucionales.

Pese a la certera crítica de Habermas, que rechaza la idea de una subordinación genérica del derecho a la justicia (que, de todos modos, Alexy sólo entiende admisible en los casos extremos) creo que la idea del «caso especial» no puede rechazase a la ligera (el propio Habermas admite que «resulta plausible desde puntos de vista heurísticos»). En efecto, si se reconoce que el moderno derecho constitucional positiviza expresamente la **relación gramatical** entre derecho y justicia, entonces parece inevitable que, si esa relación llega a romperse, los argumentos sustanciales prevalezcan sobre la forma jurídica que dejaría, en tal caso, de ser derecho. Los casos expuestos *supra* (III D) ponen de manifiesto como los argumentos sustanciales pueden prevalecer, no sobre los constitucionales, como dice Alexy, sino sobre una positividad formal que no merece el nombre de jurídica.

Sin embargo, a mi juicio, algunas tesis centrales de la *Teoría de los Derechos fundamentales* de Alexy representan un segundo caso de deslocalización. Alexy ha desarrollado su elaboradísima teoría a partir de algunos presupuestos muy discutibles.

En primer lugar ha definido las disposiciones de derechos fundamentales atribuyéndoles el doble carácter de reglas y de principios: «se obtienen normas de derecho fundamental con doble carácter si se construye la norma de derecho fundamental de forma tal que en ella los dos niveles estén ensamblados. Una vinculación semejante de ambos niveles surge cuando en la fórmula de la norma de derecho fundamental se incluye una cláusula restrictiva que se refiere a principios y, por lo tanto, implica la ponderación». Pese a esta afirmación, el carácter de reglas de los derechos fundamentales resulta prácticamente ignorado. En el desarrollo de la teoría se caracteriza, sin más, a los derechos fundamentales como principios, caracterización que, dado su carácter abstracto, parece, siquiera sea a primera vista, convenir quizás al derecho general de libertad y el derecho general de igualdad; pero, que encaja mal con otros derechos sustantivos, desarrollados de modo bastante minucioso por una tradición aplicativa que, inspirada en gran medida por la jurisprudencia americana, ha llegado a configurarlos como reglas. A lo que debe añadirse que incluso derechos que son generalmente reconocidos como principios comportan reglas: tal es el caso de principio de legalidad penal, cuyo contenido, a más de mandato de taxatividad, contiene v.g., la prohibición de retroactividad que funciona como una regla.

A esa primera operación, la de olvidar el carácter de reglas de muchos derechos fundamentales y concebirlos como principios, se suma otra: la de concebir esos principios como mandatos de optimización. No voy a insistir en el rechazo de la concepción de los derechos fundamentales como mandatos de optimización, que ha sido objeto de muchas críticas. Habermas lo rechaza en los siguientes términos:

> «Si los principios sientan un valor que debe ser realizado de forma óptima, y si el grado de cumplimiento de ese mandato de optimización no puede obtenerse de la norma misma, pues la norma ni lo establece ni lo puede establecer, la aplicación de tales principios en el marco de lo fácticamente posible hace menester una ponderación orientada a fines. Pero como ningún valor puede pretender de por sí una primacía incondicional sobre los demás valores, con tal operación de ponderación o sopesamiento la interpretación del derecho vigente se transforma en el negocio de una realización de valores, que concretiza a éstos orientándose por el caso concreto», esto es, operando con argumentos y decisiones *ad hoc.*

A juicio de Habermas el problema principal reside en la que C. Schmitt llamaba «tiranía de los valores» que se produce cuando los principios se asimilan indebidamente a valores.

«Los principios o normas de orden superior —dice— a cuya luz pueden justificarse otras normas tienen un sentido *deontológico,* los valores, en cambio, un sentido *teleológico*». A lo que, inmediatamente, añade:

> «Las normas y valores se distinguen, pues, primero, por la referencia que, respectivamente, hacen a la acción «deontológica», es decir, a la acción sujeta a obligaciones, y a la acción teleológica; segundo, por la codificación, bien binaria, bien gra-

dual, de su pretensión de validez, tercero, por su tipo de carácter vinculante, absoluto en caso de las normas, y relativo en el caso de los valores; y cuarto, por los criterios a los que han de satisfacer los sistemas de normas y los valores se distinguen en estas propiedades lógicas, de ello se siguen también importantes diferencias para su aplicación». (F.y V. págs 328-329)

De ahí que la identificación de los derechos fundamentales con principios o con valores, por mucho que contengan indudables referencias valorativas, es absolutamente inaceptable.

Por otra parte, un mandato de optimización ha de referirse a un contenido previo y, si eso es así, mal puede configurarse el principio general de igualdad como un mandato de optimización. Pues si lo que se optimizase fuese la igualdad se desfiguraría el contenido del principio, del que sólo se desprende que hay que justificar las diferencias (y no el mandato de optimizar la igualdad); pero, si lo que hubiera de optimizarse fuese la justificación de las diferencias, el principio general de igualdad no manda optimizarla, sino que la prescribe incondicionalmente en todo caso. Algo parecido sucede con la llamada libertad general de acción. No es un mandato de optimización de «la libertad» —hay libertades, como ya la comentada de portar armas, que deberían minimizarse—; si no que, como vimos que la perfilaba Rawls, consiste en una presunción general contraria a la restricciones de la conducta, que precisan para ser legítimas de una justificación suficiente.

A tenor de lo dicho, menos aún cabe entender como mandato de optimización los derechos específicos pues, incluso en tanto estén expresados como *principios*, al aplicarse en cada caso obligan incondicionalmente: son, como dijera Dworkin, triunfos frente a las consideraciones utilitarias.

Pero lo cierto es que, a partir de la caracterización de los principios como valores y de estos como mandato de optimización, la función que Alexy otorga al principio de proporcionalidad resulta, a su vez, desproporcionada. Pues en su *Teoría* este principio, que rige la limitación de los derechos fundamentales, se convierte en juez último de su contenido. En efecto, al negar sustantividad a la garantía del contenido esencial y dejarla reducida a un momento del principio de proporcionalidad niega a todos y cada uno de los derechos fundamentales incluso un contenido mínimo inmune a dicho principio. Desde esa concepción, la fundamentalidad del contenido semántico de los derechos fundamentales desaparece, pues se les puede sacrificar hasta donde resulte proporcionado, aunque el derecho desaparezca. Alexy trata de mitigar esa consecuencia, recurriendo a la idea de que cuanto más se desplace a un principio, más resistente se vuelve, de la que se sigue que «existen condiciones en las cuales puede decirse, con muy alta seguridad, que no tiene precedencia ningún principio contrapuesto». A lo que añade que «la convicción de que existen derechos que nunca son desplazados, ni siquiera bajo las circunstancias más extremas… puede considerarse autovinculante para un individuo… pero no puede ser válida desde el punto de vista del derecho constitucional».

Sin embargo, no es eso lo que la Constitución dice. La garantía del contenido esencial no puede perder su sentido semántico y resultar eliminada mediante la que acaba siendo una *interpretatio abrogans* inadmisible, pues la rotundidad del texto de la Constitución alemana lo impide. En efecto, el artículo 19.II afirma que el contenido esencial del derecho fundamental no puede ser violado **en ningún caso**; y la interpretación constitucional, por laxa que pueda ser, no puede llegar a sobreponerse al dictado explícito e inequívoco del texto. De modo que, que la multitud de teorías (absolutas, relativas o mixtas) que se profesan en la doctrina constitucional alemana han de respetar ese límite infranqueable a cualquier clase de proporcionalidad, con independencia de que puedan configurarlo de distintos modos.

En derecho español, el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico número 8 de la sentencia 11/1981, de 8 de abril *(Tol 109335)* ha caracterizado el contenido esen-

cial en términos semánticos, sin alusión a proporcionalidad alguna.

> «Para tratar de aproximarse de algún modo a la idea de «contenido esencial», que en el art. 53 de la Constitución se refiere a la totalidad de los derechos fundamentales y que puede referirse a cualesquiera derechos subjetivos, sean o no constitucionales, cabe seguir dos caminos. El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho. Muchas veces el nomen y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una recognoscibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo. Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea recognoscible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales.
>
> El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.
>
> Los dos caminos propuestos para tratar de definir lo que puede entenderse por «contenido esencial» de un derecho subjetivo no son alternativos, ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de cada concreto derecho pueden ser conjuntamente utilizados para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse. De este modo, en nuestro caso lo que habrá que decidir es la medida en que la normativa contenida en el Real Decreto-Ley 17/77 permite que las situaciones de derecho que allí se regulan puedan ser reconocidas como un derecho de huelga en el sentido que actualmente se atribuye con carácter general a esta expresión, decidiendo al mismo tiempo si con las normas en cuestión se garantiza suficientemente la debida protección de los intereses que a través del otorgamiento de un derecho de huelga se trata de satisfacer.»

A mayor abundamiento, aunque Alexy rechaza la idea de un orden jerárquico de valores en sentido fuerte, sí admite la operatividad de posibles órdenes *débiles*, establecidos mediante preferencias *prima facie* o mediante una red de decisiones concretas de preferencias; pero, si se trata de dos derechos fundamentales, al otorgarles el mismo rango, la Constitución no ha efectuado preferencia alguna (incluso en la Constitución norteamericana, pese a la declaración especialmente «fuerte» que se contiene en la Primera Enmienda, no existe, según el Tribunal Supremo Federal, precedencia alguna entre los derechos del *Bill of Rights*). Con ello, según las propias palabras de Alexy, «sólo se desplazaría el problema a asuntos insolubles relativos a la metrificación de las intensidades de realización».

El eje de la teoría llega, así, a descansar en la ponderación. Algunos autores hablan de ponderación como ponderación de razones a la hora de resolver los conflictos. Así parece hacerlo Ruiz Manero; y, aunque podría objetarse que los valores, derechos, etc, «son», también razones ha de distinguirse entre su consideración intrínseca y la de las razones que de ellos se desprende en un caso particular. Así entendida, la ponderación significa, según el diccionario de uso de Maria Moliner «la consideración imparcial de los diversos aspectos del caso». Tomando el ejemplo que Ruiz Manero propone, el conflicto entre la libertad de información y el carácter íntimo del tratamiento psquiátrico del presidente del gobierno, no se resuelve pesando o midiendo cuál de los dos

derechos tiene mayor entidad en el supuesto concreto, sino evaluando, según el sentido general de la Constitución, qué razones resultan operativas para que se resuelva en favor de la aplicación de uno o de otro; y cabe argumentar al respecto que la enfermedad del presidente del gobierno, que puede incapacitarle para ejercer su función, pierde el carácter íntimo para adquirir uno público, pérdida que implícitamente ha aceptado el titular en el momento de la asunción del cargo. En términos parecidos se expresa el Tribunal Constitucional español en la STC 5/1981 de 22 de febrero *(Tol 109400)* al analizar el posible conflicto entre la libertad de cátedra y la ideología del centro educativo. En consecuencia, nada tengo que oponer a la ponderación como ponderación de razones, aunque, como Ferrajoli, preferiría llamarla interpretación sistemática; y lo preferiría tanto para evitar confusiones, como para eludir el inevitable sentido cuantitativo que se asocia a la ponderación y respetar el calificativo de intérprete supremo con que su Ley Orgánica caracteriza al Tribunal Constitucional.

En cambio Alexy, al invocar la ponderación, se refiere a la *Güterabwägung* o al *balancing approach* tal como vienen estructurados en el último test del principio de proporcionalidad, esto es, a la hora de aplicar la «proporcionalidad en sentido estricto», que implica «pesar» bienes, valores, principios o derechos intrínsecamente considerados, no a «ponderar» las razones que de ellos deriven. «Ponderar» es un término polisémico y, en el caso de Alexy, significa pesar o medir bienes o valores. En efecto, la *ley de la ponderación* se expresa en los siguientes términos:

> «Cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.»

Esa ley, pese a las curvas y ejemplos numéricos con que trata de ilustrarla Alexy, acaba diciendo, realmente, muy poco. Los peligros del recurso genérico a la ponderación han sido denunciados muchas veces y el propio Alexy deja constancia de ello; pero, lo que cabe reprocharle no es solamente que los pasos que conducen a ella sean más que discutibles, ni siquiera que resulte «políticamente peligrosa»; sino que sólo puede proporcionar resultados útiles en supuestos limitados, a los que implícitamente remite el propio principio de proporcionalidad. En efecto, de ser el último momento de ese principio, que sólo entra en juego cuando se han superado los *test* de necesidad y adecuación, la ponderación pasa subrepticiamente a ocupar un lugar central que no le corresponde.

Alexy no explica bien por qué la ponderación, de último estadio del principio de proporcionalidad, pasa a ser su principal contenido. Tal vez la idea de proporcionalidad ha podido confundir a Alexy. En realidad el principio debiera mencionarse por su otro apellido, es decir, no como de proporcionalidad (*Verhältnismäsigkeit*) sino como de prohibición de exceso (*Übermassverbot*). Pues la proporcionalidad parece operar en ambos sentidos (sobre el derecho y sobre su límite) como a veces, indebidamente entiende el Tribunal Constitucional y, entonces, comporta la ponderación; mientras que la prohibición de exceso deja claro que solo opera sobre los límites y no tiene la virtualidad de determinar el contenido del derecho.

A estos efectos, resulta esclarecedora la jurisprudencia del T.E.D.H., que analiza los conflictos examinando si los límites de los derechos son «necesarios en una sociedad democrática», como expone M.L. Cuerda en este mismo número de la Revista.

Por todas las consideraciones anteriores la *Teoría* de Alexy, al diluir el componente semántico e interpretativo de los derechos fundamentales en el principio de proporcionalidad y convertir a dicho principio en árbitro supremo del contenido de los derechos no puede justificarse desde la perspectiva de un entendimiento adecuado de la Constitución, a más de que corre el peligro de disolverlos. Pues, desde su *Teoría*, la utilidad acaba prevaleciendo sobre los principios y, de ese modo, se desplaza de Kant y Rawls a Bentham.

Con eso quiero terminar ahora. Las grandes teorías son peligrosas y los derechos fundamentales pueden vivir perfectamente sin ellas, como muestra el caso norteamericano. Como no pueden subsistir es sin que todos, juristas o filósofos, más allá de nuestros aciertos o errores intentemos defenderlos sin desmayo. En ese sentido, creo que ni a Ferrajoli, ni a Habermas, ni a Alexy puede hacérseles reproche alguno.

6. EPÍLOGO

Quisiera concluir con un relato kelseniano. Al final de su autobiografía cuenta Kelsen que en 1942, cuando fue invitado como profesor visitante por un año a Berkeley, enseñó desde entonces Derecho internacional, jurisprudencia y origen de las instituciones legales en el departamento de ciencia política. A lo que añade la siguientes reflexiones:

> «Sin duda hubiera sido mucho más adecuada para una facultad jurídica mi Teoría pura del derecho, pero las escuelas de derecho norteamericanas no tienen un especial interés en una teoría científica de derecho. Ellas son *training schools* —escuelas para oficio jurídico— y su función es la preparación para el oficio práctico de un abogado. Se enseña casi exclusivamente derecho norteamericano de acuerdo con el *case method*. Dado que los tribunales estadounidenses fundan en el esencial sus decisiones en precedentes es comprensible que las escuelas de derecho consideren como el objeto de su enseñanza acostumbrar a sus estudiantes al mayor número posible de casos. Seguramente, un estudiante de derecho norteamericano está mucho mejor preparado para su oficio como abogado que un jurista austríaco o alemán después de terminar sus estudios de derecho. Es probable que el derecho como objeto de conocimiento científico, corresponda realmente más a una facultad de filosofía, de historia, o de ciencias sociales.»

Francamente, yo no sabría donde ubicar una Teoría del Derecho que pretende ser ciencia (que pretende explicar el derecho sin apenas comprenderlo en sus diversas manifestaciones singulares) y que, o rompe sus ataduras con la justicia o, si conserva ese lazo, intenta disolverlo en algún genérico paradigma ideal o en alguna clase de modelo mensurable con una exactitud, es decir, a un ideal numérico, dejando de lado la aplicación concreta de las razones singulares que hacen de la razón jurídica un caso especial de aplicación de la llamada razón práctica.

Aunque me he apoyado constantemente en el pensamiento de Wittgenstein, y he dedicado buena parte de mi obra a criticar desde la metadogmática los sinsentidos en que a veces incurre la dogmática penal, no comparto la identificación de la filosofía con la terapia, por muy importante que sea ese aspecto terapéutico. En efecto, Habermas señaló que en la actualidad, el papel de *acomodadora* (*Platzanweiser*) que había desempeñado la filosofía, señalando a cada rama del conocimiento su lugar, le ha sucedido otro más modesto, como *vigilante* (*Platzhalter*) *e intérprete*.

Sin embargo, no parece limitarse él mismo a esas funciones cuando, un poco más tarde, no sin cierta altanería, espete a la investigación de Toulmin, en *El puesto de la razón en la ética,* que «es una muestra de cómo es posible plantear en filosofía las preguntas adecuadas sin hallar las respuestas adecuadas».

Con eso parece indicar que no ha asimilado la lección de Toulmin, que consiste en aceptar que, para las grandes preguntas, puesto que no hay la Razón, sino solo razones, no puede haber tampoco la respuesta correcta, sino respuestas mejor o peor fundadas sin que a ninguna quepa otorgarle «el poder coactivo de un juez absoluto».

En consecuencia todo lo que cabe hacer es escudriñar los diversos «usos del argumento» en cada uno de los campos en que creemos poder esgrimir «buenas razones»: en las ciencias, en las humanidades, en la moral o en el derecho.

Las palabras de Kant, que se transcriben a continuación, reflejan el papel que asignaba a la filosofía en el ámbito del Derecho:

> «El concepto de un derecho externo en general procede totalmente del concepto de libertad en la relación externa de los hombres entre sí; y no tiene nada que ver con el fin que todos los hombres tienen de manera natural (la intención de alcanzar

felicidad), ni con la prescripción de los medios para lograrlo; de modo que por esa razón ese fin no tiene en absoluto que mezclarse con aquella ley, como fundamento de determinación de ésta. El derecho es la limitación de la libertad de cada uno a la condición de que esta libertad concuerde con la libertad de todos, en tanto ese concordancia es posible según una ley universal»

Ese papel ya no le corresponde porque, como Sergio Sevilla ha puesto de manifiesto, ni la libertad se deja pensar ni, por lo tanto, el derecho como totalidad tampoco. Por lo tanto la Teoría con mayúscula ha de dejar paso a la biografía de las distintas formas de argumentar y, en su caso, teorías particulares relativas a instituciones particulares, es decir, a teorías con minúscula, modestas y eficientes, como ha destacado Toulmin en su «regreso a la razón»; y a la filosofía queda librada, junto a la vigilancia de la racionalidad de esas historias y teorías, la tarea de ofrecer interpretaciones de todo los que nos importa en el problemático mundo en que vivimos, que nos permita orientarnos en él, no lo que no es, ni mucho menos, tan sencillo como Kant creía.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

Las presentes indicaciones bibliográficas no contienen, ni con mucho, toda la bibliografía referente a los temas tratados, ni siquiera toda la bibliografía utilizada. Se limitan a recoger, de entre los libros y artículos consultados, aquellos que, se estima, pueden ser más útiles para el lector. A veces, se acompañan de pequeñas acotaciones al texto con la misma finalidad de facilitar la comprensión de lo que en él se dice.

Ad I

Los párrafos de Ferrajoli relativos a la prisión provisional proceden de *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid, 2006, págs. 556-559.

La cita relativa a las exigencias de taxatividad procede de *Derecho y Razón*, pág. 121.

Una crítica de la peligrosidad y de las medidas de seguridad se contenía en mi primer trabajo, *Métodos de determinación de la peligrosidad* publicado en 1974 y reproducido en *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 17 y siguientes. Particular relevancia al respecto tienen, a fecha de hoy, los trabajos de B.E. Harcourt, *Against Prediction*, Univ. of Chicago Press, 2007 y *Punitive Preventive Justice: A critique*, The Law School, The University of Chicago, 2012.

Ad II-A

Las citas en las que se expresa la concepción de la verdad de Ferrajoli proceden de *Derecho y Razón*, págs. 48-49 y 66-67.

La cita de Quine, W.V, procede de *La búsqueda de la verdad* Barcelona, 1992, págs. 125-126.

Para los problemas de la aplicación de la concepción de Tarski al lenguaje ordinario, vid Padilla Gálvez J., *Verdad y demostración,* Plaza y Valdés, Madrid-México, 2007, págs. 73 y siguientes.

Para la cita de Beling, E. vid. *El rector de los tipos de delito,* Madrid, 1936, pág. 20.

Resulta llamativo que, al tratar de la verdad procesal en un libro dedicado al garantismo penal, no se haga referencia a la idea de «más allá de toda duda razonable», que constituye el canon de certeza exigido por la presunción de inocencia.

Ad II-B

La cita de Tarski A. procede de *La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica* Nueva Visión, Buenos Aires, 1972, página 12.

La cita de Quine procede de *La búsqueda* cit. pág. 125.

Las cuatro primeras citas de Popper proceden de su libro *El desarrollo del conocimiento científico: Conjeturas y refutaciones,* Ed. Paidós Buenos Aires, 1967, págs. 260-262.

La última cita de Popper procede de *Realismo y el objetivo de la ciencia*, Tecnos, Madrid, 1985, pág. 193.

Sobre el incidente del atizador han corrido ríos de tinta. Basta (y sobra) consultar la obra de Edmonds y Eidinow *El atizador de Wittgenstein*, Península, Barcelona, 2001.

La cita de Putnam procede de *Razón, verdad e historia*, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 59.

La concepción del realismo como imagen (picture) procede de *Realism with a Human Face*, Harvard University press, Massachusetts, USA, 1990.

Las citas de Tarski proceden de *La concepción*… cit. págs. 16 y 55.

La cita de Ramsey de la obra citada en el texto páginas 38, a 39.

Las citas de Ferrajoli corresponden a los *Principia iuris I. Teoría del Derecho,* Trotta, Madrid, 2011, pág. 10; nota 15, pág. 68.
Para la cita de Quine ver *La búsqueda*… cit. págs. 122-123.
La cita de Habermas puede leerse en *Verdad y justificación*, Ed. Trotta, Madrid, 1999, pág. 179; la de Brandom en Brandom, R.B. *Making it explicit, Harvard University press, Cambridge* 1998, pág. 625.
Una exposición más completa de las ideas de Wright puede verse en su obra *Wittgenstein on the foundations of mathematics,* especialmente en el capítulo 15, *The Idea of a 'Theory of Meaning'* (G. Duckworth, Londres, 1980).
Las citas de Austin proceden de su ensayo *Verdad,* en *Ensayos filosóficos*, Alianza Universidad, Madrid, 1970, págs. 119 y siguientes.
Para las citas de Strawson y Monk, vid. Strawson P., *Ensayos lógico-lingüísticos*, Tecnos, Madrid, 1983, pág. 216 y Monk R., *Ludwig Wittgenstein*, Anagrama, Barcelona, pág. 301.
Las citas de Wittgenstein corresponden a las *Investigaciones Filosóficas* (IF, Barcelona, Crítica, 1988) y *Sobre la certeza* (SC, Barcelona, Gedisa, 1988). La de Dewey a su «*Teoría de la valoración. Un debate con el positivismo sobre la dicotomía de hechos y valores*», Biblioteca nueva, Madrid, 2008; la de Toulmin a su obra *El puesto de la razón en la ética* Revista de Occidente, Madrid, 1964y la de Putnam, su obra *El desplome de la dicotomía hecho-valor y otros ensayos,* Paidós, Barcelona, 2004.

Ad. III B
Sobre la polémica entre Hart y Lord Devlin vid sus respectivos artículos R.M Dworkin ed., *La Filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1980.
La cita de Wieacker procede de *Historia del Derecho privado en la Edad Moderna*, Aguilar, Madrid, 1957, epígrafe 28: «La degeneración del positivismo legal».
Mi artículo «Dos problemas del positivismo jurídico» puede consultarse en *La libertad como pretexto,* Tirant lo Blanc, Valencia, 1995.
La cita de McCormick corresponde a *Legal Reasoning and Legal Theory,* Oxford University Press, 2003, apéndice, págs. 272 y siguientes.

Ad. III C
La obra de Ferrajoli tiene como primer título *Derechos y garantías*, Trotta, Madrid, 1999.
La discusión con Alfonso García Figueroa puede verse en *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia,* Trotta, Madrid, 2006, págs. 27-30 y el trabajo de aquel en *Los Fundamentos de los Derechos fundamentales,* Madrid, 2001, págs. 280-281.
Para la postura de Alexy, vid su obra *El concepto y la validez del Derecho,* Gedisa, Barcelona, 1997. La cita de M Jimenez puede consultarse en el *Estudio preliminar* a mis *Fundamentos del sistema penal,* Valencia, 2011.

Ad III D
Para la cita de Hart *The Concept of Law*, 3º edición, Oxford University Press, 2012, pág. 268.
La cita de Wittgenstein procede de *Los cuadernos azul y marrón*, Tecnos, Madrid, 2009, págs. 48-49. La de Kripke de *El nombrar y la necesidad*, UNAM, México, 1985.
Para la nueva cita de Hart vid. *El concepto de Derecho,* Editora Nacional, Buenos Aires, 1980.

Ad IV A y B
Las citas de Ferrajoli proceden de *Principia iuris,* cit. Vol I, págs. 10-11; págs. I y 8. Para la primera cita de la *Conversación* con Juan Ruíz Manero vid. las págs. 96 y 97 y cfr. con su artículo en *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2007, pág. 19.
Las citas relativas a la conversación con Juan Ruiz Manero se encuentran en *Dos modelos de Constitucionalismo,* Trotta, Madrid, 2012, normalmente sin indicación de página.
La cita de Rawls procede de *Sobre las libertades*, Paidós, Buenos Aires, páginas 32-33; la referencia a Dworkin apunta principalmente a *La democracia posible*, Paidós, Buenos Aires, páginas 15 y siguientes y 41 y siguientes.
Sobre el significado de la Segunda Enmienda basta consultar *The Oxford Companion to the Supreme Court of the U.S.,* Nueva York-Oxford, O.U.P, 1992, voz *Second Amendment*.
A las expuestas en el texto cabría añadir otra objeción. Ruíz Manero menciona en su *Conversación* con Ferrajoli (págs. 102 y 103), la existencia de algunos bienes respecto de los cuales pese a su cualidad intrínseca de poder ser distribuidos individualizadamente, son objeto de una directriz constitucional (un mandato de optimización) y no de un derecho o principio que imponga al Estado la obligación correlativa frente a todos y cada uno de los individuos; y ello pese a que se hable, *verbi gratia*, del derecho de todos al trabajo, pues no conocemos ningún programa económico que pueda garantizar el pleno empleo.

Ferrajoli, de acuerdo con su definición puramente formal de los derechos fundamentales, no puede dejar de reconocer como tal el derecho al trabajo puesto que se predica de «todos». Así las cosas, en su Teoría, le falta una garantía individualizada que comporta una laguna deóntica que debe colmarse. Sin embargo, si «debe» implica «puede», esa conclusión es insostenible.

Ad IV C

El Manifiesto del Circulo de Viena pude consultarse en abierto en la red. Sobre la evolución del positivismo lógico vid Reisch G.A. *Cómo la guerra fría transformó la filosofía de la ciencia. Hacia las heladas laderas de la lógica,* Universidad Nacional de Quilmes, Bernal, Argentina, 2009.

A las citas de las *Investigaciones Filosóficas* de Wittgenstein sigue otra del *Cuaderno Azul* (cit. pág. 47).

Para mi trabajo *«Dos problemas del positivismo jurídico»* al que corresponde el párrafo citado en el texto, vid. ahora *La libertad como pretexto*, cit.

Vid Andrés Ibáñez, P. ***G.*** *Una teoría crítica de la jurisdicción, en Garantismo***,** Carbonell y Salazar, ed. Trotta, Madrid, 2009 pág. 73

Ad V A

La cita de Habermas procede de *Pensamiento postmetafísico*, Taurus, Madrid, 1990, pág. 180. Habermas utiliza en otras ocasiones ese concepto de *razón situada* que debería conducir a lo que Muguerza ha calificado de «razón con minúscula» y Vattimo de «pensamiento débil»; pero no parece que lo haga pues Habermas critica a Toulmin, diciendo que su obra *El puesto de la razón en la ética* «es una muestra de cómo es posible plantear las preguntas adecuadas sin hallar las respuestas adecuadas», sin advertir que, al formular en esa obra la *good reasons theory,* Toulmin dice casi todo lo que se puede decir con fundamento.

Para la cita de García Amado *vid. Razonamiento jurídico y argumentación,* Eolos, 2013, pág. 173.

El párrafo transcrito se encuentra en *Wittgenstein*, cit. pág. 451.

En la exposición del argumento de Kant contra el idealismo de Descartes sigo la descripción de Maréchal, J., en, *El punto de partida de la Metafísica*, III, Gredos, Madrid, 1958, págs. 232 y ss.

Sobre la indudable relevancia de Descartes y Pascal, vid. Williams, B., *El proyecto de investigación pura*, Cátedra, Madrid, 1996. Cassirer, E. *El problema del conocimiento*, I, Fondo de cultura económica, Méjico, págs. 447 a 517 (Descartes) y 518 a 535 (Pascal); Pascal, B., *Las cartas provinciales*, Ediciones Ibérico-Clásicos Bergua, Madrid, 2011. Jonsen y Toulmin, *The abuse of casuistry: a history of moral reasoning*, University of California Press, 1988.

Las citas de Wittgenstein proceden de *Observaciones* (Vermischte Bemerkungen) Siglo XXI, Méjico, 1989, pág. 36; I.F. nº. 109, *in fine. Cfr.* esta última con Cuaderno Azul, cit. pág. 58: «la filosofía tal como usamos nosotros la palabra es una lucha contra la fascinación que ejercen sobre nosotros las formas de expresión.»

Ad V B

La cita de mi trabajo «Valoraciones ético-sociales y jurisprudencia constitucional», puede encontrarse hoy en *La libertad*, cit.

Las citas de Habermas proceden de *Facticidad y Validez,* Trotta, Madrid, págs. 327 y ss.

Sobre la opinión de L. Tribe, vid. *The Pointless Flight from substance*, en Harvard University Press, Cambridge, págs. 9 y ss.

Adopté la perspectiva, acogida en la STC 81/1998 *(Tol 80937)* que entiende los derechos fundamentales como reglas del procedimiento democrático en *La reforma del proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pág. 33; perspectiva que también asume, aunque en términos idénticos, Goerlich, H. *Grundrechte als Verfahrensgarantien*, Nomos, Baden-Baden, 1981.

El trabajo de Fallon, Jr., *Of speakable Ethics and Constitucional law: a review Essay*, Chicago, 56 University of Chicago Law Review, 1562.

Las citas de Alexy, R., proceden de *La argumentación judicial como discurso racional* en CGPJ, Madrid, 1995 y de su *Teoría de los Derechos fundamentales*, Trotta, 2ª ed., Madrid, 2012, págs. 114 y ss.

La cita de Habermas procede *Facticidad y Validez*, cit. págs. 328-329. *La de* Dworkin, de *A matter of principle*, Clarendon Press, Oxford, 1996, pág. 370.

Sobre las diversas concepciones del contenido esencial en la dogmática constitucional alemana vid. las que se exponen por Maunz y Schole en Maunz-Dürig *Grund Gesetz Kommentar, artículo 19 II, Becksche,* Munich, 1981. Señala Maunz que la ponderación abriría de par en par las puertas del derecho; vid. también Häberle, P., *Die Wessengehaltgarantie des Art. 19 Abs.2 GG*, 3ª ed., 1983. En castellano se ha publicado un trabajo suyo, traducido del texto italiano de 1993: *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Fondo editorial de la Universidad pontificia de Lima, 1997, cuyo último epígrafe trata del contenido esencial.

Respecto a la ponderación cambié impresiones con Ruíz Manero y no llegué a hacerlo con M. Atienza pues, pese a su ofrecimiento en tal sentido, no hubo ocasión de llevarlo a cabo. De modo que, aunque en algún momento habla de

«ponderación o interpretación», sus objeciones *parecen* indicar un disenso no meramente verbal que, hasta no tener perfectamente esclarecido en qué consiste, prefiero no analizar todavía.
Vid. Alexy, R., *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad* en *El canon neoconstitucional*, UNAM-Trotta, 2010, págs. 106 y ss.

Ad VI
Las citas de Habermas proceden del primer epígrafe de *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, Península, Barcelona, 1985.
La cita de Kant de *Teoría y Praxis* (Über den Gemeinspruch…), pág. 40.
La referencia a Sergio Sevilla puede hallarse en las primeras páginas de su obra *Crítica, Historia, Política*, Cátedra, 2000.
Toulmin subraya que el derrumbe del «fundacionalismo» ha destruido los sueños de una teoría integral (*Regreso a la razón*, Península, 2003, pág. 203).

Fecha recepción: 25/03/2013
Fecha aceptación: 30/04/2013

TEMAS DE HOY

La medida cautelar de administración judicial en el proceso penal. La seguridad jurídica y la tutela judicial en el Reino de España. El caso Intervida
Juan Montero Aroca

La LO 8/2012 de 27 de diciembre, ¿realmente medidas de eficiencia y profesionalización de la Justicia?
Javier Záldivar Robles

THE PRECAUTIONARY MEASURE OF JUDICIAL ADMINISTRATION IN THE CRIMINAL PROCESS. LEGAL CERTAINTY AND JUDICIAL PROTECTION IN THE KINGDOM OF SPAIN. THE CASE INTERVIDA

RESUMEN

En España no han sido frecuentes ni los libros de memorias de los hombres públicos ni las publicaciones atinentes a casos judiciales escritas por abogados. Pareciera existir un cierto pudor o puede que un exceso en el sentido del ridículo en los posibles autores. Los casos judiciales se han limitado a los comentarios a sentencias escritos por profesores universitarios que no han sufrido en la dirección de un asunto.

Este artículo da cuenta de un caso judicial concreto, el llamado Intervida o, mejor, de lo referido a la medida cautelar adoptada en ese caso, medida calificada de intervención judicial, pero que fue realmente una administración judicial, en tanto que supuso la suspensión en sus cargos de los gestores de esa ONG.

El caso empezó con unas diligencias de investigación fiscal, incoadas ante una denuncia anónima, que duraron cuatro años (2003-2007). Siguieron después unas diligencias previas y de cinco años de duración para terminar todo con un auto de sobreseimiento (2007-2012).

Pero, mientras las diligencias previas se dilatan sin contenido real alguno, primero se acordó la medida de intervención (=administración) judicial sin verdadera base legal y, después, pasados cinco años de instrucción inútil, se dictó auto de sobreseimiento si bien en el mismo se mantuvo la medida cautelar. Nunca hubo ni delitos ni delincuentes, pero todavía en la actualidad los gestores legítimos de la Fundación privada intervida no han sido repuestos en sus cargos.

El miembro extranjero del patronato de Intervida, persona que nunca fue imputada pero sí separada de su cargo, se pregunta ahora sobre la seguridad jurídica que ofrecen los tribunales españoles al ver cómo no ha sido repuesto en su cargo.

PALABRAS CLAVE

Tribunales españoles, medida cautelar, medida de intervención administrativa, seguridad jurídica

ABSTRACT

In Spain, there have not been usual either public men's memoirs nor publications written by lawyers regarding the case law. There seems to be a certain modesty or maybe an excess in the sense of the ridiculous of their authors. Case law has been limited to comments on sentences written by academics who have not suffered the direction of a matter.

This article gives an account of a specific case, the so-called Intervida, and particularly, of the precautionary measure taken in that case, which was qualified as judicial intervention, despite it was really a judicial administration, as this meant the suspension of the managers of this NGO.

The case began with a tax investigation, which began with an anonymous report. This investigation lasted four years (2003-2007). Afterwards, there were some preliminary proceedings, that end with a stay judicial decree (2007-2012).

However, while the preliminary proceedings delay without any real content, first, the intervention measure (= administration) was issued without any legal basis. Second, after five years of useless instruction, a dismissal order was issued although the injunction was maintained. There was neither crimes nor criminals, but even today the legitimate managers of the private Foundation Intervida have not been reinstated in their positions.

The foreign member of the board of Intervida, who was not impeached even though he was dismissed, wonders about the legal certainty offered by the Spanish courts when he glances that he has not been reinstated in his position yet.

KEYWORDS

Spanish Courts, precautionary measure, administrative intervention measure, legal certainty

LA MEDIDA CAUTELAR DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL EN EL PROCESO PENAL

La seguridad jurídica y la tutela judicial en el Reino de España. El caso Intervida

Juan Montero Aroca
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Valencia

Sumario: 1. Introducción. El inicio del drama judicial. 2. Adopción de una medida cautelar sin base legal. La intervención judicial que era administración judicial: A) Normas aplicadas: a) Artículo 13 de la Lecrim; b) Artículo 129.1, e) en relación con los artículos 515 y 520 del CP; B) Algunas irregularidades en la petición y en la concesión de la intervención judicial; C) Intervención y administración: dos realidades jurídicas diferentes; D) Medida más gravosa y nombramiento de administradores según lo dispuesto en la LEC; E) Nunca se acordaron medidas cautelares personales. 3. Y, después de todo, falta de competencia. 4. Sobreseer sin levantar la medida cautelar. Auto de sobreseimiento sin levantar las medidas cautelares: A) Sobreseer después de cinco años perdidos. B) Con mantenimiento de la medida cautelar; C) Recurso de apelación y su estimación: a) Sentido y contenido del recurso; b) Su estimación. 5. ¿Prórroga de la medida cautelar?: A) Las normas estatutarias; B) El ataque por la prorrogabilidad; C) La Fiscalía y la prórroga (*mutano d'accento e di pensiero*).- 6. La medida cautelar concluye pero los legítimos gestores no son repuestos en sus cargos: A) Cronología de los hechos; B) El Auto de 12 de julio de 2012; C) Desestimación del recurso de reforma; D) Desestimación de la apelación. 7. Sin conclusión. La medida cautelar se convierte en definitiva.

1. INTRODUCCIÓN. EL INICIO DEL DRAMA JUDICIAL

El drama del que aquí se da cuenta y razón comenzó cuando, en junio de 2003, se presentó una denuncia anónima ante la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y contra los dirigentes de la Fundación Privada Intervida.

En el derecho español las denuncias anónimas no permiten la incoación de actividad investigadora alguna [como se desprende claramente de los arts. 266 y 267 de la Lecrim y se dispuso ya en la Novísima Recopilación (XII, XXXIII, 7), salvo que los hechos tuvieran carácter notorio], pero la Fiscalía dicha incoó sus diligencias de investigación 55/2003. Esas diligencias duraron cuatro años y exigieron pedir ocho prórrogas al Fiscal General del Estado, el cual las fue concediendo de un modo dudosamente legal. El artículo 5 de la Ley 50/1981 (Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal) dispone que la duración de las diligencias de investigación fiscal no podrá exceder de seis me-

ses, salvo prórroga acordada mediante decreto motivado del Fiscal General del Estado. Prórroga en singular, no ocho prórrogas, pues ello supondría admitir una prórroga indefinida.

La octava prórroga se concedió el día 25 de junio de 2007 y en el Decreto del Fiscal General se decía que se concedía porque, conforme a lo solicitado por la Fiscalía de Barcelona, hasta la fecha no había elementos suficientes para interponer denuncia o querella. Con todo y sorprendentemente, el día 27 de junio —dos días después del Decreto anterior— la Fiscalía de Barcelona presentó querella. Habría que concluir que ¡en dos días! cambió la situación y que de la nada surgieron elementos suficientes.

La presentación de la querella estuvo precedida, como es ya habitual, por la filtración de la misma a los medios de comunicación afines, los cuales por esos días transcribieron párrafos enteros. Esos medios hablaban de que habían desaparecido 200 millones de euros de la Fundación Privada Intervida, aunque luego la cantidad fue descendiendo. El escándalo estaba servido y no cabe extrañarse de que la Fundación Privada Intervida, que llegó a tener 357.238 padrinos y unos ingresos de más de 90 millones de euros al año, perdiera en unos pocos días 60.000 padrinos, como daño inicial causado.

La querella, con 57 folios, se dirigió contra seis personas bien identificadas a las que se imputaban los delitos de estafa, apropiación indebida, societario y asociación ilícita, pero de manera que no se relacionaban las personas con hechos determinados ni con delitos concretos. No se darán aquí los detalles, aunque sí puede resaltarse que, repartida la querella al Juzgado de Instrucción núm. 17 de los de Barcelona, su titular, sin cuestionar su competencia y sin mencionar la querella incoó diligencias previas (con el habitual auto formulario y aludiendo a un inexistente atestado), acordó el secreto de las actuaciones y la intervención de varios teléfonos y ordenó a la Agencia Tributaria y al Banco de España remitir diversas informaciones (en algunos casos referidas a personas no querelladas y en otros atinentes a extranjeros no residentes).

Por fin, el Auto de 9 julio de 2007 admitió la querella y seguidamente, en otras resoluciones con la misma fecha, ordenó la entrada y registro de diversas oficinas y domicilios de particulares y requerir a entidades de crédito (unas identificadas y otras de este modo: «cualesquiera otras entidades bancarias») la remisión de información sobre 55 personas físicas y entidades (buena parte de ellas extranjeras y la mayor parte de las primeras no querelladas).

2. ADOPCIÓN DE UNA MEDIDA CAUTELAR SIN BASE LEGAL. LA INTERVENCIÓN JUDICIAL QUE ERA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL

Pero lo que más importante, aquello que marcó todo el proceso penal y a lo que atenderemos seguidamente, fue la petición de la medida cautelar de «intervención judicial» de siete entidades jurídicas, todas ellas ONG's, de las cuales tres estaban radicadas en Cataluña y cuatro en el resto de España.

Lo pedido fue literalmente: «intervención judicial y, por consiguiente, la suspensión temporal en todos sus cargos de las personas que forman parte del Patronato de las fundaciones y de la Junta Directiva de las asociaciones y el nombramiento de tres personas o de un ente público como administradores judiciales, quienes pueden ser propuestos por el Protectorado de Fundaciones de la Generalitat de Catalunya (sic), para que desempeñen el cargo de dirección y gestión, de las siguientes entidades».

La petición de la Fiscalía fue íntegramente acogida por la Juez de Instrucción, sin perjuicio de añadir algo en contra de lo pedido. Se pidió esa intervención, si bien diciendo que se acordara después de la entrada y registro de los locales y domicilios particulares, a los que antes nos hemos referido, y ello se hizo para poder luego cumplir con lo que disponía el artículo 129 del Código Penal: la intervención debe hacerse «previa audiencia» «de los titulares (de la empresa) o de sus representantes legales».

Dicho lo anterior, y atendido que la Juez de Instrucción acordó la intervención judicial, es precio ahora atender a esa decisión judicial poniéndola en relación con la legalidad entonces vigente, para lo que debe atenderse someramente a todo un conjunto de normas interpretándolas adecuadamente.

A) NORMAS APLICADAS

Según se dice en la querella, y se cita después en el Auto de 11 de julio de 2007, se está de entrada a la aplicación de los artículos 13 y 758 de la Lecrim. Luego la norma base fue el artículo 129.1, e) del CP.

a) Artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

Habida cuenta de que el artículo 758 Lecrim lo único que dispone es que el proceso abreviado se acomodará a las normas comunes, en tanto no exista norma especial, la única norma que se citó como aplicable de entrada acabó siendo el artículo 13 de la Lecrim. Hay que entender, por tanto, al sentido de esta norma.

A partir del artículo 8 se regula en la Lecrim la competencia de los tribunales penales y se hace distinguiendo entre órganos de la jurisdicción ordinaria y órganos de las jurisdicciones especiales, para establecer seguidamente una regla general: El conocimiento de las causas y juicios criminales corresponde en principio a los tribunales de la jurisdicción ordinaria (art. 8). Esta norma de competencia es general, con *vis attractiva*; por el contrario, la competencia de los tribunales especiales se determina con norma específica, de interpretación restrictiva.

Desde la regla general se contempla seguidamente en la Lecrim una posible contingencia, como es la necesidad, atendidas las circunstancias de hecho, de tener que acordar primeras diligencias o diligencias de prevención, que son siempre urgentes, en las causas de competencia de tribunales especiales. Esto es, cuando surjan hechos aparentemente delictivos que parezcan de la competencia de un tribunal especial, razones de urgencia pueden tener que llevar a la adopción de medidas urgentes o primeras diligencias. En este caso la norma dispone que la competencia para esas primeras diligencias puede corresponder a los tribunales de la jurisdicción ordinaria, sin perjuicio de que, adoptadas esas diligencias, el tribunal ordinario remitirá las actuaciones al tribunal especial competente para conocer de la causa (art. 12).

En ese contexto dispone el artículo 13 cuáles son las primeras diligencias, las urgentes, las que puede acordar un tribunal ordinario, que no es competente para conocer de la causa. Esas diligencias son, y eran en 2007, fecha del Auto de 11 de julio, «la de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito, y la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis o la orden de protección prevista en el artículo 544 ter de esta ley». Los dos artículos citados atienden a los casos de la que se ha llamado violencia de género.

Dejando a un lado el supuesto de la violencia de género, que no es ahora de interés, y estando a lo general del artículo 13, la pregunta inevitable es ésta: ¿Qué tiene que ver ese artículo 13 con la intervención judicial de siete entidades acordada en el inicio de una instrucción para la que el Juzgado no ha puesto en duda su competencia? La respuesta es: Nada; y de ahí que sostengamos que el Auto de 11 de julio de 2007, en este aspecto concreto, carecía de fundamentación en tanto que la misma era arbitraria. Citar una norma inaplicable es peor, si cabe, que no fundar jurídicamente.

b) Artículo 129.1, e), en relación los artículos 515 y 520, del Código penal

En el Derecho penal español, como en tantos otros, hasta 2010 se partía todavía de la

regla *societas delinquere non potest*, un brocardo propio del derecho canónico medieval, que se recogía de hecho en el artículo 31 del CP. Sin perjuicio de ello el artículo 129 de ese Código disponía, para los supuestos previstos en el mismo, la imposición a las personas jurídicas en la sentencia condenatoria de una serie de consecuencias del delito de muy difícil clasificación. La situación cambió con la Ley Orgánica 5/2010, de 23 de junio, que introdujo un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero lo que nos importa ahora es la situación legal en 2007, cuando se acordó la intervención judicial, pues lo posterior no es del caso al no poder ser aplicable.

En 2007 se podía imponer en la sentencia alguna consecuencia penal a las personas jurídicas, como la clausura temporal o definitiva, la disolución, la suspensión de actividades, etc., y la intervención judicial de la empresa por plazo no superior a cinco años, pero bien entendido que ello exigía que en la sentencia se condenara a alguien por el delito concreto de asociación ilícita y, además, que concurriera alguna de estas circunstancias: asociaciones constituidas para cometer delitos, bandas armadas y terroristas, las que utilicen medios violentos, las de tipo paramilitar y las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia. Tratándose del delito de asociación ilícita, y después de haber impuesto a los autores la pena correspondiente, cabía que el tribunal impusiera alguna de esas consecuencias de naturaleza penal que afectaban a las entidades jurídicas. Era claramente una consecuencia a imponer en la sentencia.

Lo que decimos es evidente si se atiende al tenor literal del artículo 129. La norma en el apartado 1 enumeraba las consecuencias penales a imponer en la sentencia, y eran cinco, de la letra a) a la e). Después el apartado 2 decía: «La clausura temporal prevista en el subapartado a) (de la empresa, sus locales o establecimientos) y la suspensión señalada en el subapartado c) (de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación) del apartado anterior, podrán ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa». Es decir, de las cinco consecuencias del apartado 1, dos de las mismas, las de los subapartados a) y c), se podían adoptar por el Juez de Instrucción durante la etapa procesal de instrucción de la causa, lo que tiene que suponer, *a contrario sensu*, que las otras tres, las de las letras b), d) y e), no se podían adoptar como medida cautelar; y entre ellas está la intervención.

Una de las partes impugnó en reforma el Auto de 11 de julio, aquél en el que se acordaba la intervención judicial, y en el Auto de 13 de agosto de 2007, la titular del Juzgado de Instrucción núm. 17 de los de Barcelona se limitó a decir para desestimar el recurso:

1) Las consecuencias del artículo 129 del Código Penal son también de aplicación en la fase instructora.

2) La razón jurídica de ello ésta en el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues éste permite practicar como primeras diligencias las que se enuncian en el mismo y dentro de esas medidas están las previstas en el artículo 129 del Código Penal. Y ahora literalmente: «… y en consecuencia, que como tal medida cautelar no puede circunscribirse al mero ámbito sentenciador sino con carácter previo para preservar las pruebas del delito y la defensa de los perjudicados».

3) Y parece añadir que esa medida es cautelar civil y «también de aplicación conforme al art. 4 de la L.e.c. y conforme previenen los arts. 726 y ss de la L.e.c.». Estas normas se citan por primera vez en el Auto que decide un recurso y casi como de pasada.

B) ALGUNAS IRREGULARIDADES EN LA PETICIÓN Y EN LA CONCESIÓN DE LA INTERVENCIÓN

Lo que más llamaba la atención en la pretendida intervención judicial eran aspectos procesales en los que se descubrían errores en la petición fiscal y en la concesión judicial de la intervención. Aludiremos a algunos ejemplos y sólo para que se advierta que tenía que haber algo más que la mera aplicación de la ley.

1ª) La petición de la Fiscalía sobre la intervención consistía en que ésta se acordara después de practicar la diligencia de entrada y registro de siete locales y de domicilios, para que de este modo pudiera cumplirse con la exigencia del artículo 129.1 CP que imponía la audiencia de los titulares de las fundaciones y asociaciones. Pero la Juez, sin fundamentación alguna, no oyó a nadie y decretó la intervención sin audiencia de los patronatos de las fundaciones y de las juntas directivas de las asociaciones.

La norma general (que es el art. 733.1 de la LEC, la norma procesal de aplicación general, según la propia Juez de Instrucción, como hemos visto) impone oír a las partes y la norma especial (en el art. 733.2) permite acordar una medida cautelar sin audiencia de las partes, pero para aplicar la norma especial es necesario, primero, que lo pida una parte (en este caso sería la Fiscalía, aunque ésta pidió justamente lo contrario) y, después, que el juez fundamente que concurren razones de urgencia que aconsejan acordar la medida sin audiencia de las partes (en el caso, la Juez acordó la medida sin fundamentación alguna atinente a la no audiencia de las partes).

2ª) No se dijo qué personas debían quedar suspendidas temporalmente en los cargos de los Patronatos (fundaciones) o Juntas Directivas (asociaciones). Hubo una petición genérica de la Fiscalía —todas las personas y sean cuales sean— y una concesión en el mismo sentido, de modo que no se puso en relación a las personas imputadas con los cargos que ocupaban en esas entidades. Se limitaron la Fiscalía y la Juez de Instrucción a decir, de modo genérico y sin especificar nombres de personas y cargos que ocupaban, que todas las personas que figuraran en los cargos de dirección, y fueran quienes fueren, eran meros testaferros de los querellados. De este modo las personas que fueron legítima y legalmente elegidas para los cargos directivos de esas entidades, pues no hubo manifestación alguna de los Protectorados respectivos, fueron expulsadas de esos cargos sin hacer alusión aunque no se les imputara delito alguno.

Simplemente como curiosidad. Como la suspensión temporal se refería a los miembros de los patronatos y como sólo uno de los querellados formaba parte del Patronato de la Fundación Privada Intervida, resultó que los sí querellados siguieron en sus puestos directivos. Ante ese contrasentido se dio el caso de que los administradores judiciales hubieron de proceder después a despedirlos en aplicación de la legislación laboral, en algún caso de altos cargos.

3ª) La intervención se refirió a siete entidades de las cuales tres estaban sujetas a la regulación especial de Cataluña y cuatro a la general de España y, sin embargo, se pidió por la Fiscalía y se acordó por la Juez que los administradores serían propuestos, todos ellos, por el Protectorado de Fundaciones de la Generalidad de Cataluña, y a los que fueron propuestos por la Consejera de Justicia, Doña Montserrat Tura i Camafreita, se les nombró sin más. A los Protectorados de las entidades de ámbito nacional no se les oyó y tampoco se les informó.

C) INTERVENCIÓN Y ADMINISTRACIÓN: DOS REALIDADES JURÍDICAS DIFERENTES

Queda un extremo muy importante que es distinguir entre intervención y administración. Esta distinción es manifiesta en nuestro Derecho y a la misma se refiere de modo directo el artículo 727 de la LEC cuando determina las medidas cautelares específicas. Debemos insistir en que la aplicación de los artículos 726 y siguientes de la LEC fue afirmada de modo expreso por la Juez de Instrucción en su Auto de 13 de agosto de 2007, por lo que estamos dentro de lo por ella aducido.

En el artículo 727, 2ª se distingue con toda claridad entre intervención y administración, como dos situaciones jurídicas diferentes y, por tanto, no cabe pretender que cuando una norma dice intervención lo que quiere decir es también administración. El Derecho dejaría de tener sentido si cuando una ley dice intervención un juez pudiera decretar la administración judicial. Cuando se interviene una em-

presa o entidad se procede al nombramiento de interventores, y la función de estos es controlar como los administradores, que siguen siendo los titulares de la empresa o entidad, realizan su cometido. Mientras que cuando la ley habla de administración lo que se nombran son administradores, los cuales han de sustituir a los que realizaban esa función antes de la decisión judicial.

Esto supone una conclusión evidente. Si la ley —cualquier ley— dice que cabe intervenir judicialmente una empresa o entidad no está diciendo que el Juez puede proceder a nombrar administradores. Es absurdo pretender que las palabras intervención y administración son sinónimas o querer hacer que la ley diga lo que un Fiscal y un Juez quieren que diga. Es posible que en la actualidad, perdida la precisión técnica a la hora de la interpretación de los textos jurídicos y de la aplicación de los mismos, perdido el sentido de las diferencias entre los contenidos de las palabras, olvidando que no es lo mismo que la ley diga una cosa u otra, se haya creído por algunos que el Derecho es *totum revolutum* donde todo es lo mismo y todo vale, para acabar concluyendo que intervención judicial es lo mismo que administración judicial.

Lo que estamos diciendo es que —dando por supuesto hipotéticamente que fuera aplicable el artículo 129.1, e) del CP, lo que hemos negado antes— en el mismo se habla de intervención, no de administración, por lo que la Fiscalía acaso pudiera pedir y el Juzgado conceder una intervención, procediendo al nombramiento de interventores, no de administradores. Pero el Auto de 11 de julio de 2007 dispuso una intervención judicial y, seguidamente, acordó suspender a los miembros de los patronatos y nombrar administradores.

D) MEDIDA MÁS GRAVOSA Y NOMBRAMIENTO DE ADMINISTRADORES CONTRA LO DISPUESTO EN LA LEC

Y en ese orden de cosas, admitida la aplicación de los artículos 726 y siguientes de la LEC, el Juzgado debió tener en cuenta dos circunstancias legales de indudable aplicación.

1ª) Según el artículo 726, precisamente el citado por el Juzgado, debe acordarse la medida cautelar que sea menos gravosa o perjudicial para el demandado, siempre que esa medida sea igualmente eficaz que la más perjudicial. Es obvio que la medida más perjudicial para la Fundación Privada Intervida y para los querellados era la administración judicial, como se ha demostrado en la realidad de los hechos, pues desde junio de 2007 hasta junio de 2012 se han perdido sobre 250.000 padrinos, es decir, más de 60 millones de euros de recaudación al año.

También parece obvio que la intervención judicial, nombrando interventores que controlaran a los administradores, podía alcanzar la misma efectividad que la administración, por cuanto se podría haber garantizado la efectividad de la posible decisión futura de condena (condena que nunca llegó, por otra parte, como era previsible vista la poca precisión de la querella).

2ª) El artículo 738 de la LEC, siempre dentro de los aplicables según el Juzgado, regula cómo se debe acordar la administración judicial, y lo hace por medio de una remisión a lo dispuesto en los artículos 630 y siguientes. Estas normas fueron desconocidas por la Fiscalía y por el Juzgado.

En lugar de aplicar las normas que regulan el nombramiento de administradores, la Fiscalía y el Juzgado prefirieron designar administradores de manera que los propusiera la Generalidad de Cataluña y que el Juzgado se limitara a nombrarlos. De esta manera la propuesta y el nombramiento recayeron en tres personas de curriculum político y no técnico.

E) NUNCA SE ACORDARON MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES

Ni la Fiscal pidió ni la Juez acordó medida cautelar alguna referida a las seis personas contra las que se dirigió y se admitió la querella.

Esto es algo que puede parecer sorprendente; en efecto, si a los querellados se les imputaba el «desvío» —eufemismo para decir la apropiación— de casi 200 millones de euros, lo natural hubiera sido que la Fiscal pidiera y que la Juez acordara la inmediata prisión provisional de todos ellos por el riesgo evidente de que se fugaran con el dinero «desviado» y que no volvieran nunca a España para ser juzgados y condenados. Y, sin embargo, no se pidió ni se acordó medida personal alguna, ni siquiera la privación del pasaporte. Ninguno de los imputados puso tierra de por medio; todos los españoles han permanecieron en España, a disposición de la justicia, y lo hicieron voluntariamente.

Se pidió y se acordó nada menos que la intervención de siete ONG's, pero curiosamente ¿por qué no se pidió la prisión provisional de aquellos a los que imputaba el «desvío» de esos casi 200 millones de euros? Si se imputaba el delito de apropiación indebida por esa importante cantidad con la que vale la pena fugarse y no volver a España nunca más ¿cómo se dejó libres a los presuntos autores de esa apropiación? ¿cómo no se adoptó medida personal alguna, ni siquiera la retirada del pasaporte?

3. Y, DESPUÉS DE TODO, FALTA DE COMPETENCIA

A pesar de lo anterior, a pesar de que la titular del Juzgado no puso en cuestión su propia competencia mientras en el mes de julio de 2007 fue acordando gravísimas medidas coercitivas y cautelares, a pesar de que no se practicaron actos de investigación que descubrieran nuevos hechos, aparte de los relatados en la querella, por Auto de 16 de agosto de 2007 se declaró incompetente y acordó inhibirse a favor de los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional. Leído ese Auto resulta que todo lo que sirve para fundar esa declaración de incompetencia estaba ya en la querella, de la que se copian párrafos literales. No hay ningún hecho nuevo que justifique un cambio de criterio sobre la competencia.

Está claro es que las razones aducidas para estimarse incompetente ya existían en el primer momento, en el de la admisión de la querella, por lo que lo procedente hubiera sido inadmitirla por incompetencia, pero la Juez prefirió admitir la querella, para la que era incompetente —según ella misma—, acordar toda la serie de medidas cautelares, y de modo especial la intervención con administradores de las siete entidades y luego, sin hacer nada y más y sin oír a las partes personadas, ni siquiera a la Fiscal, declararse incompetente. El día 20 de agosto de 2007 se remitió por la Juez testimonio de las actuaciones (tres tomos de pieza principal y ocho piezas separadas) al Presidente de la Audiencia Nacional. Inmediatamente los medios de comunicación «notificaron» a las partes e informaron al público en general que el asunto había sido turnado al Juzgado Central de Instrucción núm. 5, del que era titular Don Baltasar Garzón

El Juzgado Central de Instrucción núm. 5 esperó hasta el 22 de octubre para acordar que aceptaba la competencia para conocer del asunto y hay que esperar al 27 de diciembre de 2007 para que dictara la primera providencia. El día 29 se ordenó citar a los querellados para tomarles declaración, unos el día 21 y otros el 22 de enero. Después de más de seis meses de admitida la querella por fin se dio traslado a los querellados residentes en España de la misma y se les informó de sus derechos.

4. SOBRESEER SIN LEVANTAR LA MEDIDA CAUTELAR. AUTO DE SOBRESEIMIENTO SIN LEVANTAR LAS MEDIDAS CAUTELARES

En la historia de nuestro caso dejaremos pasar casi cinco años, desde aquel 11 de julio de 2007 y ya estamos en marzo de 2012. Se ha perdido el tiempo en una instrucción y se ha hecho de modo tan claro que, al final, la Fiscalía Anticorrupción y el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de los de la Audiencia

Nacional tienen que reconocer que no se ha llegado a parte alguna.

A) SOBRESEER DESPUÉS DE CINCO AÑOS PERDIDOS

Después de todo ese tiempo la Fiscalía Anticorrupción pidió el sobreseimiento provisional en atención a: «no haber quedado debidamente acreditada la perpetración» de los delitos de competencia de la Audiencia Nacional y por parte de ninguno de los querellados. De modo muy especial hay que resaltar la afirmación de la Fiscalía asumida por el Juzgado: Respecto de la imputación del «presunto desvío de fondos por parte de los querellados constaban ya en las propias diligencias de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña informes que presuntamente acreditaban el cumplimiento de los fines sociales por 'Intervida' a través de las entidades del grupo en Perú y Guatemala».

En el escrito de la Fiscalía y en el Auto del Juzgado —que tienen literalmente el mismo contenido— se afirma que «no concurren elementos indiciarios suficientes de haberse perpetrado por ninguno de los querellados una actividad incardinable en los delitos de estafa, apropiación indebida y societarios recogidos en la querella». Y luego atiende a cada uno de esos delitos para explicar, ya en detalle, la causa del sobreseimiento en concreto.

Ahora deben compararse dos expresiones legales y luego estar a las frases del Auto:

a) Expresiones legales:

1) Libre: No existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho.

2) Provisional: No resulte debidamente justificada la perpetración del delito.

b) Frases del Auto:

> «no concurren elementos indiciarios suficientes de haberse perpetrado por ninguno de los querellados una actividad incardinable en los delitos de estafa, apropiación indebida y societarios recogidos en la querella».

Concurre, además, algo muy importante. En el Auto de sobreseimiento el delito de asociación ilícita ni se menciona. Vimos antes que sólo con base en la imputación de ese delito se pudo pedir y adoptar la medida cautelar de intervención judicial. La aplicación del artículo 129.1 e) del CP sólo podía referirse a la imputación del delito de asociación ilícita de los artículos 515 y 520 de ese Código y ahora resulta que de ese delito, por no ser necesario dada la ausencia total de indicios, ni se hace mención en el Auto de sobreseimiento.

Casi cinco años de administración judicial, cinco años de medida cautelar apartando a los legítimos y legales gestores de sus funciones, cinco años en que la Fiscalía y los tribunales llevaron a la Fundación Privada Intervida al descrédito y casi a la ruina, para que después de todo, al final y cuando ya no hay remedio, se diga por la Fiscalía y por el Juzgado, por lo menos implícitamente, que la intervención judicial nunca debió acordarse, y ello por la sencilla razón de que nunca hubo indicios de la comisión de delito alguno.

B) CON MANTENIMIENTO DE LA MEDIDA CAUTELAR

En el Auto hay algo más que precisa una explicación aparte. En el escrito de la Fiscalía se pidió y en el Auto del Juez se acuerda no levantar la medida cautelar de intervención judicial, y esto se quiere justificar en atención a la concurrencia de otro delito que, además, se afirma no ser de la competencia de la Audiencia Nacional.

Esta nueva cuestión comenzó en fecha no bien determinada, pues en la causa los escritos no están por orden de fechas de presentación, pero sobre abril, mayo o junio de 2008 cuando los Administradores judiciales de Intervida presentaron en el Juzgado un escrito en el que, entre otras cosas, manifestaron que habían tenido conocimiento de que el mismo día 11 de julio de 2007, aquél en el que se efectuaron las entradas y registros y se acordó la intervención judicial, se había producido la transferencia de cantidades importantes de millones de dólares

de una asociación peruana a otra de la misma nacionalidad y estando las dos cuentas radicadas en el mismo banco de Lima. En el Auto de 17 de julio de 2009 se realizó la imputación por el que se calificó, bien de delito de apropiación indebida (del art. 252), bien del delito de alzamiento de bienes (del art. 435, sic). Y en el Auto de sobreseimiento se califica de delito de insolvencia punible del artículo 451.1, 2º CP.

Con esa imputación de hechos y con esa calificación, que evidentemente no guardan relación alguna con la inicial imputación del delito de asociación ilícita, que fue la única base de la intervención judicial, pues nada más pudo explicarla en el momento de 2007, la Fiscalía pidió y el Juzgado decidió: 1) Mantener las medidas cautelares acordadas, es decir, la intervención judicial y 2) Inhibirse por los hechos considerados insolvencia punible a favor del Juzgado de Instrucción de Barcelona que correspondiera por reparto.

Después de una cuestión de competencia negativa, decidida por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo a favor del Juzgado de Instrucción núm. 17 de los de Barcelona, éste una vez recibidas las actuaciones se limitó a dictar auto de sobreseimiento. Es decir, la razón por la que se mantuvo la intervención judicial se desmontó en cuanto de las actuaciones conoció un Juzgado diferente, pero para eso hubo que esperar al 18 de enero de 2013.

C) RECURSO DE APELACIÓN Y SU ESTIMACIÓN

Contra el Auto de 23 de marzo de 2012 se formulo recurso de apelación referido únicamente al mantenimiento de las medidas cautelares una vez que se había decretado el sobreseimiento.

a) Sentido y contenido del recurso

En el escrito de apelación deben distinguirse dos partes que fundamentaban la petición de que se levantaran todas las medidas cautelares.

a") La primera parte era general y atendió a algo elemental. El no levantamiento de la medida era contrario a lo que dispone el artículo 782.1, II de la Lecrim. En efecto, esa norma dispone: «Al acordar el sobreseimiento, el Juez de Instrucción dejará sin efecto la prisión y las demás medidas cautelares acordadas». La vulneración de la norma citada era evidente. Se trata de una norma de las que no precisa interpretación.

A los juristas les gustan mucho las citas latinas porque da a los escritos —de abogado o de juez, lo mismo da— una apariencia de cultura que no siempre es real. Por ello lo diremos en latín: *In claris no fit interpretatio* o, lo que es lo mismo, de lo que está claro no se hace interpretación. Es un brocardo medieval que tiene origen en un texto del jurista romano Paulo recogido en el Digesto (32.25.1, por si alguien tiene curiosidad).

b") Seguidamente se trató de poner de manifiesto que la intervención judicial no guardaba sentido alguno con relación al delito nuevo que se imputaba a dos personas. En efecto, las razones que en su día pudieran haber aconsejado la intervención judicial se dijo que se encontraban en los artículos 129.1, e), 515, 1º y 520 del CP (Auto de 11 de julio de 2007), es decir, en la imputación de un delito de asociación ilícita, y esas razones no podían subsistir el 23 de marzo de 2012; si en esa fecha no podía hacerse referencia alguna al delito de asociación ilícita no cabía mantener la medida de intervención judicial.

Aún estimándose —lo que era muy cuestionable— que los hechos realizados con ocasión de las transferencias, pudieran ser constitutivos de insolvencia punible, que es lo que se afirmó al final en el Auto de 23 de marzo de 2012, no podría mantenerse una medida cautelar de intervención judicial que afectaba a: 1) personas físicas no imputadas de delito alguno y 2) personas jurídicas que no tenían relación alguna con los hechos que se imputaban. No existía proporcionalidad entre los hechos imputados a dos personas físicas y la medida cautelar de intervención judicial de

muchas personas jurídicas en España, en Perú, en Guatemala y en Bolivia.

b) Su estimación

El recurso se presentó el 26 de abril de 2012 y fue estimado por la Sección 2ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el Auto de 9 de julio, aclarado por otro de 11 de julio, de 2012. En la parte dispositiva del Auto se dispuso «estimar el recurso de apelación… y en consecuencia debe levantarse la medida de administración judicial acordada». Importan muchos las fechas por lo que se dirá seguidamente

5. ¿PRÓRROGA DE LA MEDIDA CAUTELAR?

Mientras estaba pendiente la tramitación del anterior recurso de apelación se puso en marcha en el Juzgado una cuestión diferente, cuestión que iba a marcar el destino de todo el proceso penal después de su sobreseimiento.

A) LAS NORMAS ESTATUTARIAS

Hay que ir marcando los pasos dados con el propósito de que las fundaciones, y especialmente la Fundación Privada Intervida, no volvieran a manos de sus legítimos gestores, los que fueron suspendidos en 2007. Aunque esta entidad estaba muy debilitada después de casi cinco años de administración judicial, encargada a las personas que propuso la Generalidad de Cataluña, todavía era una entidad apetecible, tanto como lo puedanser 124 millones de euros de activo, que era lo declarado al final del ejercicio de 2011.

a) El Auto de 11 de julio de 2007, el que acordó la intervención judicial, lo hizo imputado un delito de asociación ilícita y por ello acudiendo al artículo 129.1, e) del CP. Esa norma disponía que la intervención no podía exceder del plazo de cinco años, por lo que la misma tenía el límite del 12 de julio de 2012.

b) El Auto de 23 de marzo de 2012, el que acordó el sobreseimiento, dejó caer, como quien no quiere la cosa, que «el mandato de los actuales Patronatos termina el próximo 2 de julio de 2012», citando la norma correspondiente de los Estatutos de la Fundación Privada Intervida. Esa norma estatutaria había sido aducida por la Fiscalía Anticorrupción que, a la solicitud de sobreseimiento, acompañó una certificación del órgano administrativo catalán del caso. El Auto de 23 de marzo de 2012 aludía sólo al artículo 19 y omitía el artículo 20.

c) Los Estatutos de Fundación Privada Intervida tienen dos normas sobre el plazo del mandato de los patronos. Son los artículos 19 y 20 que deben copiarse literalmente para entender todo la maniobra posterior:

«Artículo 19. Duración del mandato.- Los Patronos ejercerán el cargo de Patrón (sic) durante un periodo de cinco años a contar desde la fecha de nombramiento. No hay límite en la reelección de Patronos».

«Artículo 20. Prorrogación de Patronos.- El cargo de patrón (sic) puede ser prolongado hasta la respectiva renovación, con independencia de la responsabilidad en que pueda incurrir la institución o sus miembros o las otras Entidades responsables del nombramiento por el retraso en su renovación según las normas estatutarias».

Ser trató, pues por la Fiscalía y por el Juzgado de querer dejar constancia de que: 1) Los patronos suspendidos habían sido nombrados por cinco años, 2) El mandato duraba cinco años, y 3) El 2 de julio de 2012 se terminaba el mandato de los patronos que habían sido suspendidos por el Auto de 11 de julio de 2012.

B) EL ATAQUE POR LA PRORROGABILIDAD

Tanto la Fiscalía Anticorrupción como la representación procesal de la Generalidad de Cataluña afirmaron, no sólo la posibilidad de la prórroga de la medida cautelar, sino su necesidad. La causa estaba sobreseída pero la Generalidad, en cuanto parte procesal, seguía

afirmando que la intervención judicial se había acordado para «proteger a las entidades del saqueo llevado a cabo por los patronos».

Lo más preocupante del caso fue que en la Providencia de 2 de julio de 2012 el Juzgado dio traslado de varios escritos a la Fiscalía para que esta informara «sobre la prórroga de la intervención judicial a la vista del próximo vencimiento del plazo por el que fue acordada». Con esta resolución se estaba implícitamente admitiendo que la prórroga era posible, a pesar de lo dispuesto literalmente en el artículo 129.1 e) del CP, en la redacción vigente en 2007, que era la aplicable.

En el fondo se trataba por las acusaciones, y en este momento procesal en que estaba pendiente el recurso de apelación contra el no levantamiento de la medida cautelar, de defender una primera frontera por si acaso venían mal dadas: La medida cautelar era prorrogable y podía exceder del plazo de cinco años. Luego resultó que ya no era del caso seguir por este camino porque el recurso de apelación para el levantamiento de la medida cautelar fue estimado, pero se pusieron las bases del ataque futuro para que la gestión de las siete entidades, y especialmente de la Fundación Privada Intervida, no volviera nunca a las manos de aquellas personas que las habían creado y que las habían convertido en las ONG's de referencia en España.

C) LA FISCALÍA Y LA PRÓRROGA *(MUTANO D'ACCENTO E DI PENSIERO)*

Hemos dicho que por la Providencia de 2 de julio de 2012, se pidió a la Fiscalía Anticorrupción «informe» sobre la posibilidad de la prórroga. El escrito de ésta se presentó el día 9 y se comenta por sí mismo una vez que se conoce su contenido. Antes recordemos que en el Auto de 11 de julio de 2007, el que acordó la medida cautelar de intervención se decía literalmente:

- En la parte dispositiva: «se acuerda la intervención judicial y, por consiguiente, la suspensión temporal en todos sus cargos de las personas que forman parte del Patronato de las fundaciones y de la Junta Directiva de las asociaciones y el nombramiento de tres personas o de un ente público como administradores judiciales, oficiando a tal efecto, con urgencia al Protectorado de Fundaciones de la Generalitat de Catalunya, el cual propondrá los mismos y serán designados por este Juzgado a fin de que desempeñen el cargo de dirección y gestión, durante cinco años, de las siguientes entidades».

- En el razonamiento jurídico único se citaban las siguientes normas: «arts. 13, 758 de la L.e.c.r. en relación con el art. 311 del mismo texto legal y 129.1. e) en relación con los arts. 515 y 520 del C. P. y conforme al art. 42 y de la D. F. 1ª de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre».

El escrito de la Fiscalía constaba de tres párrafos:

1º) Los Fiscales firmantes partieron de una afirmación radical: La intervención judicial de Intervida y demás entidades «independientemente de los preceptos que fueran formalmente invocados al proceder a su adopción, tiene su fundamento en los arts. 13 y 764 LECrim, así como en la remisión que este último hace a la Ley de Enjuiciamiento Civil y en particular a su art. 727».

Esto es, las normas que sí se citaron por la Fiscalía de Barcelona en la querella y por el Juzgado de Instrucción núm. 17 de esa Ciudad en el Auto de 11 de julio de 2007 no tienen importancia. Las normas que importan son otras, que no se citaron ni en aquella Querella ni en aquel Auto. Y desde esa afirmación doble, la Fiscalía Anticorrupción decide qué normas debieron ser aplicadas aunque no se citaran. De esta manera la Fiscalía estaba: 1) Cambiando de opinión sobre lo dicho por la Institución en la querella, 2) Cambiando las reglas del juego que se estaba jugando por la Institución desde 2007 y 3) Empezando a barajar de nuevo como si lo anterior pudiera ser dejado sin contenido.

2º) La Fiscalía seguidamente afirmó que el artículo 129 del CP no pudo ser aplicado en

2007 como medida cautelar. Más claro, por si acaso: Lo que se estaba entonces diciendo por la Fiscalía Anticorrupción era que la norma citada por la Fiscalía de Barcelona en la querella y por el Juzgado en el Auto de 11 de julio de 2007, norma que fue la determinante de la decisión de intervención judicial, era una norma que no pudo servir de base para aquellas petición y decisión.

Esto era decir que la querella y el Auto de 11 de julio de 2007 carecían de base legal y, de modo especial que el Auto estuvo rigurosamente inmotivado, pues la cita legal del mismo carecía de la posibilidad misma de ser aplicada. Unido esto a lo anterior se está concluyendo que la Fiscalía cambió la base legal de la intervención cinco años después de que se acordó. No importaba que en la querella y en el Auto de 11 de julio de 2007 se citara una norma determinada; esa cita era errónea, y por lo mismo la intervención se acordó sin la base legal que la Fiscalía quería que fuera aplicable en 2012.

3º) Visto lo anterior la conclusión de la Fiscalía fue que la intervención judicial podía prorrogarse; más aún, ya estaba prorrogada por el Auto de 23 de marzo de 2012.

Lo que la Fiscalía en 2012 hacía escribir a la Institución del Ministerio Fiscal por medio de la pluma de dos fiscales concretos dejaba en mal lugar a lo que esa misma Institución había escrito en 2007 por medio de la pluma de la Fiscalía de Barcelona. Pero había algo peor todavía, si cabe. Partiendo de que las normas aplicables eran —según la Fiscalía Anticorrupción— las de la LEC, la consecuencia debería ser, no desde luego, la posibilidad de prórroga una vez que el proceso penal había terminado, sino la aplicación del artículo 731.1 de aquella, según el cual «no se mantendrá una medida cautelar cuando el proceso principal haya terminado». Terminado el proceso penal, la medida cautelar debería haber sido levantada sin más, sin ni siquiera cuestionarse si cabía o no prórroga, pues esa prórroga es algo que no se concibe en la LEC. Y luego se debería estar a los artículos 745 y 742, de modo que se pasaría a la determinación de los daños y perjuicios que en su caso hubiera producido la medida cautelar y, después, al pago por el solicitante de la medida de esos daños y perjuicios.

No es preciso hacer comentarios y no los hacemos, pero adviértase que la Fiscalía pretendía era defender, y en perjuicio de los gestores legítimos y legales de las Fundaciones, la continuación de la intervención. El que esos gestores no hubieran cometido delito alguno no era extremo tomado en consideración. No hubo delitos ni delincuentes, pero eso no importaba.

6. LA MEDIDA CAUTELAR CONCLUYE PERO LOS LEGÍTIMOS GESTORES NO SON REPUESTOS EN SUS CARGOS

Y ahora hay que contar algo complejo en los hechos y, sobre todo, en el Derecho, aunque es imprescindible hacerlo pues se trata de algo esencial para comprender cuáles fueron los pasos dados para que los legítimos gestores de la Fundación Privada Intervida nunca volvieran a ocupar sus puestos.

A) CRONOLOGÍA DE LOS HECHOS

Veamos la cronología de los hechos.

1º) La Sección 2ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, por Providencia de 8 de junio, señaló para el siguiente día 15 la deliberación, votación y fallo del recurso de apelación contra el Auto de sobreseimiento sin levantar las medidas cautelares, el Auto de 23 de marzo de 2012. Si el 15 de junio era la votación y el plazo legal para dictar resolución son cinco días, aunque hábiles, el Auto se dictaría necesariamente antes del 2 de julio, siempre de 2012. En eso confiaba la parte.

2º) Pero pasó un día y otro día y el 2 de julio de 2012, día en que se cumplían cinco años desde que los miembros del Patronato de la Fundación Privada Intervida fueron nom-

brados, la Sección 2ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional no había resuelto aún el recurso, incumpliendo el plazo de resolución.

3º) La dicha Sección 2ª dictó su Auto el 9 de julio estimando el recurso (aclarado después por otro Auto de 11 de julio) (ya nos hemos referido antes a los mismos).

4º) Con velocidad inédita en general por la Justicia española y en especial por el Juzgado Central de Instrucción núm. 5, se dictó la Providencia de 11 de julio de 2012 —el mismo día en que se dictó el Auto aclaratorio de la Sala en que se ordenaba levantar la medida de administración judicial acordada— providencia en la que, teniendo por recibidas las certificaciones procedentes de la Sala, acordaba dar traslado al Ministerio Fiscal para «informe» sobre la eficacia de dicho pronunciamiento. Sólo a la Fiscalía Anticorrupción; a nadie más, como si no hubiera más partes.

El «informe» de la Fiscalía fue presentado al siguiente día 12 —otra vez una velocidad desacostumbrada— y en el mismo se solicitó que se dictara por el Juzgado Auto en el que «se declare el término de la medida de intervención judicial acordada, y así se comunique a los Protectorados de las diversas fundaciones afectadas, para que estos, en su caso, puedan adoptar en el ámbito propio de sus competencias las medidas que estimen oportunas para garantizar el correcto funcionamiento de las entidades hasta ahora intervenidas».

B) EL AUTO DE 12 DE JULIO DE 2012

El mismo día en que los Fiscales presentaron su «informe» —ahora ya no es velocidad es puro vértigo— el Juzgado dictó el Auto de 12 de julio de 2012 en el que, después de copiar literalmente el llamado informe de la Fiscalía, y sin añadir nada en su único razonamiento jurídico que suponga fundamentación jurídica de la resolución, transcribe en la parte dispositiva lo pedido por los Fiscales.

En este Auto lo que el Juzgado hace en el razonamiento jurídico único es de entrada: 1) Asumir, y dice que íntegramente, el «informe» de la Fiscalía, 2) Estar a lo que disponen los Autos de la Sala de 9 y de 11 de julio de 2012 y 3) Concluir que la medida de intervención judicial no puede prolongarse de manera indefinida en el tiempo, lo que parece que se refuerza a la vista de la estimación por la Sala del recurso de apelación.

Y llegado el momento del fallo se copia de modo prácticamente literal lo pedido por los Fiscales. Compárese con lo que copiamos antes: «Declarar el término de la medida de intervención judicial acordada en las actuaciones, comunicándose a los Protectorados de las diversas fundaciones afectadas, para que éstos en su caso puedan adoptar —en el ámbito propio de sus competencias— las medidas que estimen oportunas para garantizar el correcto funcionamiento de las entidades hasta ahora intervenidas».

En este Auto pareciera decirse que se lleva a efecto la decisión de la Sala en el sentido de levantar la medida de administración judicial acordada, pero si se lee otra vez se comprobará que no es así. La Sala ordenó *levantar* la medida, y lo hizo al estimar un recurso en el que lo pedido por el recurrente era que no podía subsistir una medida cautelar si se había dictado un auto de sobreseimiento, mientras que lo que hace el Juez, siguiendo lo pedido por la Fiscalía, es *declarar el término* de la medida de intervención judicial. Y no es lo mismo disponer que la medida debió ser levantada en el Auto de sobreseimiento, y que al no haberse hecho así se ordena por la Sala que se levante, que declarar que se ha llegado al final del plazo de cinco años de la intervención. Es obvio que cuando se llega al término de algo es porque ha existido un lapso de tiempo y que ese tiempo se ha agotado.

Es evidente que en el Auto del Juzgado se produce una mezcla de conceptos. No debía ser lo mismo levantar la intervención, por no ser legal su mantenimiento dictado auto sobreseimiento, que declarar el término de la intervención por el transcurso de cinco años. El Juzgado en el Auto de 12 de julio de 2012 mezcló y confundió los dos conceptos y realidades.

C) DESESTIMACIÓN DEL RECURSO DE REFORMA

Visto el Auto anterior se interpuso recurso de reforma. El recurso era muy simple. Se trataba de pedir que el Auto de 12 de julio se reformara en el sentido de que en el mismo, y en la parte dispositiva, de modo positivo se expresara lo que se derivaba necesariamente de la efectividad del Auto de 11 de julio de 2012 dictado por la Sala de lo Penal, levantando todas las medidas cautelares. El recurso fue desestimado en el Auto de 3 de agosto de 2012. Seguidamente se relacionan peticiones y razones de la denegación:

a) Cesar a los administradores judiciales, con rendición de cuenta final; el cese debería tener efectos de 23 de marzo de 2012, y ello sin perjuicio de los efectos provisionales de sus decisiones posteriores.

Sobre esta petición en el Auto se afirma: Es mera consecuencia del cese de la medida cautelar y por ello «este instructor no estima necesario su mención en el auto recurrido».

Según este argumento todo lo que fuera más o menos obvio —en opinión de quien decide; no objetivamente, sino subjetivamente— no sería necesario hacerlo constar en las resoluciones judiciales. Estamos ante algo nuevo en la teoría y en la práctica judiciales, pues si no fuera preciso declarar lo obvio, tampoco sería necesario que la parte lo pidiera. Y al final el proceso acabaría siendo un juego ininteligible de matizaciones entre lo que sí es obvio y lo que no lo es.

Pero sobre todo, lo pedido no era sólo el cese de los administradores; lo pedido era el cese de los administradores precisamente con efectos jurídicos en la fecha de 23 de enero de 2012, la fecha del Auto decretando el sobreseimiento, y esto no era tan obvio y debió merecer una respuesta que no obtuvo.

b) Poner en conocimiento de los integrantes del Patronato de la Fundación Intervida, de las siete personas que lo integran que, al haberse levantado la intervención, reasumen sus cargos y funciones, debiendo proceder conforme determinan los Estatutos de la Fundación.

Sobre esta petición se argumenta en el Auto que al haber pasado los cinco años, desde el 2 de julio de 2007, se había producido la caducidad en el cargo de todos los patronos antes del cese de la intervención. Y —se sigue diciendo— no es el caso estar a lo dispuesto en el artículo 20 de los Estatutos de Intervida, sobre la prórroga tácita de los cargos, porque «esa es una cuestión civil sobre la que la justicia penal carece de jurisdicción desde el momento mismo en que se ha levantado la medida cautelar de intervención en el proceso penal».

Aquí estamos ya ante la parcialidad. El Juzgado aplica parcialmente los Estatutos, no todos ellos sino una parte, aplica el artículo 19, según el cual el cargo de patrono se ejercerá por cinco años, pero no aplica el artículo siguiente, el 20, el de la prórroga. Aplica un artículo, el 19, el que le conviene a la parte que es la Generalidad de Cataluña, y se niega a aplicar otro artículo, el 20, porque no le conviene a esa misma parte.

c) Hacer lo mismo con los otros patronatos y juntas directivas, tanto de las entidades intervenidas en el Auto de 11 de julio de 2007, como en el Auto de 29 de enero de 2009.

Se estima aplicable lo dicho antes.

d) Y de modo negativo se pidió que se suprimiera en el Auto el extremo en que se decía en la parte dispositiva: «comunicándose a los Protectorados de las diversas fundaciones afectadas, para que éstos en su caso puedan adoptar —en el ámbito propio de sus competencias— las medidas que estimen oportunas para garantizar el correcto funcionamiento de las entidades hasta ahora intervenidas».

Se está simplemente a lo que dispone la ley catalana sobre las fundaciones, copiando algún artículo

D) DESESTIMACIÓN DE LA APELACIÓN

Interpuesto recurso de apelación la Sección 2ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional lo despachó en el Auto de 30 de octubre de 2012. La cuestión —dice el Auto— «está

perfectamente resuelta por el Juez en el auto recurrido en apelación; ha surgido una disputa extra penal sobre si los Patronos de la Fundación Privada Intervida han cesado o no conforme a los estatutos de la misma, de tal suerte que entiende prorrogados los mismos, mientras que el protectorado no, y esta cuestión como bien resuelve el Juez, es una cuestión civil, ajena a este procedimiento penal». Y, por si acaso, insiste: «Lo que aquí importa es que han cesado las intervenciones judiciales, y lo que debe producirse a partir de este momento en relación con los patronos, es una cuestión que cae fuera del objeto de este proceso y sobre todo de este recurso».

Y ya está acabado todo. Y no se diga que cabe amparo ante el Tribunal Constitucional, porque es sobradamente conocido que este llamado Tribunal es, sobre todo después de la LO 6/2007, un órgano que no tutela los derechos fundamentales de las personas, limitándose a decidir políticamente cuando quiere intervenir o cuando no. El hecho es que los legítimos gestores de la Fundación Privada han sido apartados (casi) definitivamente de sus puestos. Lo que era una medida cautelar de suspensión, de esas que dicen los libros que son siempre provisionales, se ha convertido en algo definitivo.

7. SIN CONCLUSIÓN. LA MEDIDA CAUTELAR SE CONVIERTE EN DEFINITIVA

Mientras los tribunales penales estaban decidiendo que los mismos no eran competentes para devolver a los patronos al ejercicio de sus cargos, remitiéndolos a un proceso civil, la Generalidad de Cataluña dictó la Resolución IUS/1538/2012, de 17 de julio (Diario Oficial de la Generalidad de 31 de julio de 2012), por la que «asume con carácter provisional el gobierno de las fundaciones privadas Intervida y Cuna con efectos desde el día 18 de julio de 2012» y lo hace «por el tiempo que sea necesario hasta garantizar el funcionamiento regular de las entidades». ¿Cuál es la base jurídica para semejante apoderamiento?

En esa Resolución —en la relación de hechos— se cita el artículo 19 de los Estatutos de la Fundación Privada Intervida y desde esa norma estatutaria se afirman tres cosas: 1) La duración del cargo de patrono era de cinco años, 2) Los patronos fueron elegidos el 2 de julio de 2007 y su plazo finalizó el 2 de julio de 2012, con la consecuencia de que el patronato estaba caducado el 12 de julio de 2012, y 3) La Fundación Privada Intervida «se encuentra en una situación de falta de órgano de gobierno».

Y como fundamentos de derecho se cita: 1º) El artículo 35.1, g) de la Ley nacional 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, que se estimó de aplicación supletoria en Cataluña, según el cual: «son funciones del Protectorado… g) Ejercer provisionalmente las funciones del órgano de gobierno de la fundación si por cualquier motivo faltasen todas las personas llamadas a integrarlo», y 2º) El artículo 336-2.1 del Código Civil de Cataluña, norma general según la cual el Protectorado debía velar para que se cumplan las finalidades fundacionales, las disposiciones y legales y los estatutos de las fundaciones y para que se respete la voluntad fundacional.

Parecen claras dos cosas:

a) En la Resolución se aplica el artículo 19 de los Estatutos de Intervida, y no se aplica el artículo 20, incurriéndose en una omisión interesada y desvirtuadora de la realidad. Además, la caducidad, regulada en el artículo 122-1 del Código Civil de Cataluña, se aplica a las acciones y a los poderes de configuración jurídica, bien entendido que estos «son las facultades que la persona titular puede ejercer para alterar la realidad jurídica que nacen con una duración predeterminada y que no necesitan la actuación ajena» (Preámbulo Ley 29/2002, Primera del Código Civil de Cataluña) y que esos poderes son aquellos que atienden a la creación, modificación o extinción de una situación jurídica relacionada con un negocio jurídico, pero no puede afectar al marco organizativo de una persona jurídica como es una

fundación, en la que confluye un fuerte componente de Derecho público.

b) Como la especial catalana Ley 4/2008, de 24 de abril, en la que se regulan las fundaciones, no contiene una disposición que permita a la Generalidad ejercer provisionalmente las funciones de gobierno, se acude a la aplicación de la Ley común, a la general de toda la Nación, pero esto se hace «olvidando» que, según el Estatuto de Autonomía de Cataluña, la Generalidad tiene competencia exclusiva en materia de fundaciones (art. 118 del Estatuto), lo que supone que no cabe aplicar como supletoria la Ley de Fundaciones general o común. La competencia exclusiva de la Generalidad en una materia tiene como contrapartida que las normas dictadas en su ejercicio son completas y no se complementan con normas de un ordenamiento diferente.

Por si faltara algo, y además, el artículo 35.1 de la Ley general o común no puede ser aplicable en Cataluña, pues el mismo no establece condiciones básicas para el ejercicio del derecho de fundación, no es de aplicación general y tampoco es legislación civil de aplicación no preferente (como se demuestra con la lectura de la Disposición Final 1ª de la Ley 50/2002).

De este modo primero se ha apartado a los legítimos patronos del ejercicio de sus cargos y se pretende que sea para siempre y, después, la Generalidad de Cataluña se ha apoderado de la Fundación Privada Intervida. Ahora se abre la vía de lo contencioso-administrativo, es decir, se abre la vía de la negación de los derechos de las personas que no fueron querelladas y que han visto como una medida cautelar de suspensión en sus cargos se ha convertido en definitiva. Nunca hubo delito alguno en la gestión de la Fundación Privada Intervida pero la Fundación ha pasado a manos públicas.

Unos detalles para pensar.

«Los costes habituales en Intervida rondan los 7 millones de euros anuales» antes de la intervención judicial, cuando los ingresos por las aportaciones de los padrinos superaban los 90 millones de euros anuales. En total en torno al 10 por 100.

En el año 2010 los gastos de personal ascendieron a 9.553.000 € y en 2011 esos gastos de personal se elevaron a 10.751.000 de € en la Fundación Privada Intervida, cuando los ingresos rondaban los 30 millones. A lo que hay que añadir otros gastos de explotación por importe de otros casi 6 millones de euros. En total en 2011 en torno al 50 por 100.

Nadie ha explicado todavía cómo los gestores legítimos de Intervida con unos ingresos muy superiores dedicaban 7 millones a los costes de funcionamiento y los ex administradores precisaban de más de 16 millones. De la misma manera no ha explicado cómo en un año de penurias (la llamada «crisis»), el que va de 2010 a 2011, sólo los gastos de personal aumentaron en la cantidad de 1.198.000 de €.

Alguno de los legítimos miembros del Patronato de la Fundación Privada Intervida es extranjero y cuando pregunta por la seguridad jurídica que ofrece el Reino de España, cuándo quiere saber cómo los tribunales españoles tutelan los derechos de las personas, los que nos consideramos juristas miramos para otro lado y no sabemos qué contestarle.

Fecha recepción: 08/04/2013
Fecha aceptación:30/04/2013

THE ORGANIC LAW 8/2012 OF 27 DECEMBER, ARE THEY REALLY BUDGETARY EFFICIENCY MEASURES IN THE ADMINISTRATION OF JUSTICE?

RESUMEN

La reforma de la ley orgánica del Poder judicial, la LO 6/1985 de 1 de julio, mediante la ley orgánica 8/2012 de 27 de diciembre de medidas de eficiencia presupuestaria en la Administración de Justicia conllevará a la extinción del cuerpo de jueces sustitutos y magistrados suplentes quienes representan alrededor del 25% de la judicatura. Esta reforma obligará a los jueces titulares a asumir mayor carga de trabajo, además de la reestructuración, suspensión y retraso de los juicios y vistas.

PALABRAS CLAVE

Jueces sustitutos/magistrados suplentes, legalidad sentencias, profesionalización justicia, tutela judicial efectiva, retraso juicios

ABSTRACT

The Organic Law of Judicial Power has been amended by the Organic Law 8/2012 of 27 december about budgetary efficiency measures in the Administration of Justice will lead to the extinction of the body of substitute Judges and alternate Magistrates who represent about 25% of the Judiciary. This reform will force career Judges to assume increased workload, in addition to the restructuring, suspension and delay of trials and hearings.

KEYWORDS

Substitutive judges/alternate magistrates, judgment, judgment legality, professionalization of justice, effective legal process

LA LO 8/2012, DE 27 DE DICIEMBRE, ¿REALMENTE MEDIDAS DE EFICIENCIA Y PROFESIONALIZACIÓN DE LA JUSTICIA?

Javier Zaldívar Robles
Magistrado suplente/Juez sustituto

Un buen amigo mío, cuando comencé mi andadura en el ejercicio del Derecho, me regaló una placa que citaba «*El hombre justo no es aquel que no comete injusticia, sino el que pudiendo ser injusto no quiere serlo*». Pues bien, por desgracia, el actual Gobierno ha vulnerado esa lapidaria máxima con la última reforma de la ley orgánica del Poder judicial, la LO 6/1985 de 1 de julio (en adelante LOPJ) mediante la ley orgánica 8/2012 de 27 de diciembre, de medidas de eficiencia presupuestaria en la Administración de Justicia. Mantengo mi aseveración desde el prisma de los jueces sustitutos y magistrados suplentes quienes están sufriendo esa «injusticia» del poder ejecutivo, diría que en connivencia con otros operadores o actores del panorama jurídico (CGPJ, alguna asociación de jueces profesionales, entre otros) puesto que esta reforma logrará el exterminio de los jueces y magistrados sustitutos-suplentes.

Pero quizás para comprender mejor la presente crítica, es preciso informar al lector y al ciudadano lego en Derecho, de qué es un juez sustituto o magistrado suplente. Los jueces sustitutos y magistrados suplentes (en adelante, JJSSyMMSS) son un colectivo de jueces que representan según estadísticas fluctuantes e imprecisas entre 1200 y 1500 juristas, aproximadamente entre un 25-30 % del total de jueces profesionales que configuran el Poder Judicial español. Vienen reconocidos en la LOPJ en su artículo 298.2 «*también ejercerán funciones jurisdiccionales sin pertenecer a la carrera judicial, con sujeción al régimen establecido en esta ley, sin carácter de profesionalidad y con inamovilidad temporal, los magistrados suplentes, los que sirven plazas de jueces como sustitutos…*». Este colectivo ha sido también objeto de regulación mediante el Reglamento 2/2011 de 28 de abril de la Carrera Judicial en artículo 91 y ss. Así las cosas, y pese a que el Reglamento citado impone un llamamiento de estos jueces y magistrados con carácter «excepcional», a nadie se le escapa que somos un colectivo que lleva funcionando en la realidad judicial del día a día más de 25 años con carácter profesional, permanente y regular (pese a que la propia LOPJ nos niega tal carácter de «profesionalidad»). El legislador nos definió como «susti-

tutos o suplentes», y en no pocas ocasiones se utilizan estos adjetivos con naturaleza peyorativa por parte de algunos profesionales del Derecho. Pues bien, el concepto de sustitutos o suplentes no se ajusta a la propia definición de la RAE si tenemos en cuenta que muchos juzgados han estado ocupados y gestionados por jueces sustitutos, bien porque son destinos que un juez profesional no solicita, o quizás por estar ocupando una vacante o una excedencia que perdura meses o años, convirtiéndose el juez sustituto en un juez *in pectore*, de carrera. Por eso yo siempre prefiero utilizar el término de jueces interinos, y así equipararlo al status de los funcionarios interinos de otras Administraciones, status por cierto renegado por activa y por pasiva por el CGPJ y algunas asociaciones de jueces profesionales. Téngase en cuenta, que los JJSSyMMSS, cuando desarrollan las funciones jurisdiccionales, son «auténticos» jueces equiparados a un juez profesional y hasta donde me alcanza mi limitado conocimiento del Derecho, sus resoluciones despliegan la misma fuerza ejecutiva que aquellas emanadas de jueces profesionales (*ad exemplum*: un auto de entrada y registro en domicilio, un auto de ingreso en prisión, una sentencia condenatoria con penas privativas de libertad, etc.). Asimismo pesa sobre los JJSSyMMSS el mismo régimen de incompatibilidad que para los jueces «de carrera» ex artículo 389 y ss LOPJ, o la misma responsabilidad penal exigible para los casos de prevaricación judicial ex artículo 446 y ss del Código Penal, por continuar con ejemplos.

Por todo lo anteriormente expuesto, no se comprende, y añadiría que me indigna (aún a sabiendas que para el poder político se tratan de expresiones desnaturalizadas y de las cuales se han vacunado siendo completamente inmunes), que en la reciente reforma operada por la LO 8/2012 de 27 de diciembre, se razone en la exposición de motivos, que la reforma de la LOPJ conduce a «*…que se garantice la prestación del servicio público elevando los niveles de profesionalización de la carrera judicial…*» y que «*…la actuación de jueces sustitutos y magistrados suplentes sea excepcional, ante circunstancias de necesidad acreditada y motivada, prestando de esa manera un servicio de mayor profesionalización hacia los ciudadanos*.». Así resulta que después de más de 25 años dictando resoluciones judiciales de toda naturaleza, estas sentencias y autos que afectaban a derechos fundamentales de los ciudadanos, éstas carecían de un perfil «profesional», lo que obliga a plantearme los siguientes interrogantes: ¿son todas las resoluciones dictadas en todo este tiempo por los JJSSyMMSS ajustadas a un Estado de Derecho?, ¿son jurídicamente válidas las resoluciones dictadas por jueces no profesionales?, ¿por qué se ha permitido por el poder político (sin distingo de color) que personas no profesionales de la carrera judicial hayan ocupado plazas en juzgados durante meses inclusive años, dictando resoluciones no profesionales que afectaban a los ciudadanos?, ¿significa entonces que las resoluciones dictadas por los JJSSyMMSS son resoluciones de segunda categoría? Arribados a este punto y gracias a esta excelente reforma por parte del poder político, los ciudadanos pasaremos por fin, y desde el año 1985, a gozar de una Justicia profesionalizada y sin duda más eficiente como también reza la citada exposición de motivos, sin duda una Justicia del siglo XXI.

Analicemos esa profesionalización, eficiencia y mejor calidad que va a saborear el justiciable. Resulta que el colectivo de jueces profesionales, quienes llevan años reivindicando de manera justificada que trabajan por encima de sus posibilidades, desbordados en el número de asuntos que se registran anualmente y por la escasez de medios (técnicos y humanos) y trabajando estoicamente superando con creces los módulos de resoluciones anuales que les vienen impuestos por el CGPJ, pues bien este colectivo ahora y gracias a esa maravillosa reforma que «profesionaliza» por fin la justicia va a hacerse cargo de asumir juicios o guardias de otros juzgados, todo diseñado según un complejo sistema de rueda de sustituciones entre los jueces profesionales. Esa excelencia en la tan ansiada profesionalización que tanto preocupaba al ciudadano en las encuestas del CIS va a ser alcanzada con un sistema de sus-

tituciones entre jueces profesionales que para atender a los improvistos y contingencias que van generándose en un juzgado, porque los jueces siguen teniendo el vicio de enfermar, tener hijos, disponer de vacaciones, permisos, licencias, excedencias, y siguen sufriendo accidentes como cualquier ser humano pues, como decía, para poder afrontar las sustituciones de otros compañeros tendrán que rediseñar sus agendas de señalamientos. ¿Sabe el ciudadano qué significa rediseñar o reestructurar?, es muy fácil, la semana que tenga que asumir esos imprevistos o contingencias en otro juzgado tendrá que suspender todos los señalamientos de juicios, declaraciones o vistas de su propio juzgado, y ya sabemos todos qué significa suspender un señalamiento habida cuenta de los plazos que se manejan en las agendas judiciales. A mayor abundamiento, lo «gracioso» del asunto es que los jueces de carrera que habitualmente están especializados en un orden jurisdiccional concreto (civil, penal, mercantil, social, contencioso-administrativo, etc) y que además llevan años anclados en dicha jurisdicción, de repente y con este genial sistema de «profesionalización» de la justicia, deberán atender asuntos de otros juzgados y en ocasiones de diferente orden jurisdiccional lo que sin duda me suscita cuanto menos dudas, que las resoluciones que dicten sean de mayor calidad para el ciudadano. ¿Ustedes se imaginan que mañana la Ministra de Sanidad reformara la normativa sanitaria y a todos los médicos interinos los certificara de camino al INEM, y que en dicha normativa regulara un sistema de sustituciones donde se impusiera a los neurólogos (eso sí con plaza como funcionario de carrera y súper profesionalizados) a atender servicios de pediatría porque se ha despedido a los especialistas facultativos que eran interinos?

Podría extenderme mucho más, pero es inútil seguir con este Réquiem de los jueces sustitutos y magistrados suplentes. La cruda realidad es que durante más de 25 años nuestro colectivo ha ejercido la función jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, como impone nuestra Carta Magna, en unas condiciones más que dudosas en la legalidad (por no decir ilegales), sin cotizaciones a la Seguridad Social cuando uno se encuentra en casa dictando decenas de sentencias y ya no está nombrado, pendiente del teléfono móvil porque en cualquier momento se recibía la llamada a las 9:30 de la mañana y había que coger el vehículo particular y desplazarse a un juzgado sito a veces a más de 50 kms del domicilio para atender juicios señalados para ese día porque el juez titular había enfermado y había que atender a los ciudadanos para que no vieran suspendidos sus señalamientos que podrían llevar meses o inclusive años esperando que se les atendiera su derecho fundamental como la tutela judicial efectiva, derecho tan dañado con los plazos que corren en justicia. Todo este esfuerzo y dedicación vocacional para que, de repente, el colectivo de jueces interinos, se vea con una ley orgánica defenestrado al más profundo olvido y, lo que es peor, repudiado por los poderes del Estado (el legislador por legislar, y el judicial por permitirlo o como diríamos los juristas, por acción y por omisión) y además ninguneados en la exposición de motivos de la LO 8/2012 de 27 de diciembre que reforma la ley orgánica del Poder Judicial al justificar esta reforma en términos de «profesionalización de la Justicia» para un mejor servicio al ciudadano: así de fácil, sin indemnización por despido, sin buscar alternativas profesionales para el colectivo, o sin un simple «gracias».

Para concluir, expresar mis mejores deseos (aunque permítanme que lo dude mucho, es el precio que se paga por ser pragmático) para que nuestros gobernantes algún día se preocupen también por legislar y regular alguna norma que «profesionalice la Política» y así, sin duda, nos beneficiaremos con un mejor servicio público todos los ciudadanos. Volviendo al inicio de mi artículo, es una pena que nos encontremos ante un poder político que pudiendo ser injusto, realmente disfruta siéndolo.

VARIA

Moderne deutsche strafrechtsdenker, edición preparada por Thomas Vormbaum. Ed. Springer. Heidelberg, 2011

Critica bibliográfica de *Jacobo López Barja de Quiroga*

MODERNE DEUTSCHE STRAFRECHTSDENKER, edición preparada por Thomas Vormbaum. Ed. Springer. Heidelberg, 2011, 379 páginas

Jacobo López Barja de Quiroga
Magistrado del Gabinete Técnico
Tribunal Supremo

En este libro, Vormbaum recopila una serie de textos de los grandes pensadores alemanes en relación con el derecho penal. Constituye un libro muy útil por cuanto en muchas ocasiones el acceso a determinados textos es ciertamente difícil.

La selección de autores y de los textos más interesantes o expresivos de su pensamiento está realizada con detenimiento y aunque pudiéramos decir que son todos los que están, sin embargo, no están todos los que son. Es cierto que poner a todos los más sobresalientes es tarea imposible; sin embargo, algún texto de Frank, Goldschmidt o Eb. Schmidt hubiera sido muy conveniente. No obstante, hemos de insistir en la bondad de los autores y textos elegidos.

Vormbaum recoge textos de W. von Humboldt, J.G. Fichte, I. Kant, K. Grolman, E.F. Klein, P.J.A. Feuerbach, A. Schopenhauer, C.J.A. Mittermaier, G.W.F. Hegel, J.M.F. Birnbaum, K. Marx, C.R. Köstlin, K. Binding, R. von Jhering, F. von Liszt, F. Nietzsche, A. Merkel, K. Birkmeyer, G. Radbruch, F. Schaffstein, H. Welzel, U. Klug, C. Roxin y G. Jakobs.

Ahora bien, auque los textos elegidos son importantes, no obstante, en ocasiones, la parte transcrita es escasa y su lectura queda incompleta. Es verdad que a veces se trata de un artículo corto, pero en otras es un capítulo de una obra o directamente un fragmento de ella que, si bien es expresivo de las ideas del autor, no obstante, genera la necesidad de leer más sobre dicha obra. Esto ocurre, por ejemplo, en relación con Feuerbach pues el texto únicamente llega hasta el § 20b y no hasta el § 60, como hubiera sido de desear, pues todos ellos son expresivos de la concepción liberal del Derecho penal.

Lo mismo ocurre en otras ocasiones, como por ejemplo, con von Liszt, pues, además de incorporar parte del programa de Marburgo («La idea del fin en el Derecho penal»), recoge el conocido artículo sobre el determinismo en el Derecho penal, problema muy debatido e importante desde luego para la escuela positivista.

De los autores vivos recoge a dos, Roxin y Jakobs. Del primero recoge el conocido artículo sobre Política criminal y Sistema del derecho penal y de Jakobs el apartado de su Tratado relativo al concepto de pena y a la explicación de su teoría de la prevención general positiva.

Además, el libro cuenta con unas indicaciones sobre los textos. Así, en relación a cada uno de ellos, nos explica la fuente, noticias sobre el mismo, indicaciones sobre dónde encontrar noticias en relación con la vida, el trabajo y la teoría jurídica del autor así como sobre la teoría del Derecho penal que autor tiene o tenía.

Se echa en falta que las indicaciones sólo sean eso, indicaciones que nos remiten a otros textos. A nuestro juicio, hubiera sido muy interesante que al menos en dos párrafos se hubieran incorporado algunos datos del *curriculum* de los autores.

En conclusión, nos encontramos con un buen libro que realiza una interesante antología de textos de importantes autores de la ciencia del Derecho penal alemán. Con ella podemos acercarnos a la clave de sus pensamientos y comprender por dónde caminaba el pensamiento jurídico-penal desde 1792 hasta nuestros días.

NORMAS DE LA REVISTA

I. CRITERIOS GENERALES PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS A LA REVISTA TEORÍA & DERECHO

1. Los textos presentados para su publicación deberán ser trabajos originales e inéditos.
2. Los originales de los artículos de las dos primeras secciones (Debate y Estudios) tendrán una extensión entre 22.000 caracteres y 56.000 como extensión máxima, interlineado de 1.5 y letra punto 12. Soporte informático, preferentemente en Word o formato revisable
3. Los términos de presentación de originales finalizan el 1 de mayo (para el número que se publica en diciembre) y el 1 de noviembre (para el número que se publica en junio del año siguiente)
4. Se ha de indicar el título del artículo, el nombre y apellidos del autor o autora, el cargo o la profesión y la vinculación institucional con la que los autores o autoras desean aparecer identificados en el encabezamiento del artículo.
5. Los autores y autoras harán llegar con el artículo los datos suficientes para que la redacción de la revista se pueda poner en contacto (dirección postal, teléfono y dirección electrónica)
6. Todos los artículos deberán ir acompañados de un resumen de10 líneas o 1.000 caracteres en castellano y en inglés. También hay que incluir una lista de cinco o seis palabras clave o descriptores de la materia en castellano y en inglés. El título del artículo en castellano y en inglés.
7. Los artículos deben ir precedidos de un sumario de los diferentes apartados en que se estructuran. Los títulos y subtítulos seguirán el siguiente criterio. Números árabes (1, 2, 3); letras mayúsculas (A, B, C) y letras minúsculas con paréntesis a), b), c).
8. En el caso de los artículos publicados en la Sección «Temas de Hoy», se podrá obviar parte de los requisitos formales de la revista (resumen, informes externos, extensión, originalidad), pero nada impide que el original enviado los cumpla plenamente, en cuyo caso la Revista teoría & derecho lo hará constar.
9. Las traducciones y texto de la sección titulada «Varia» no se exige el cumplimiento de los requisitos anteriores

II. SISTEMA DE CITAS:

1. Habida cuenta de la naturaleza de la revista, orientada fundamentalmente a la reflexión y al pensamiento teórico, el Consejo editor considera que la forma óptima de presentar las referencias bibliográficas será al final del texto, a través de una nota bibliográfica que refleje el estado de la cuestión, los textos más relevantes y la fundamentación de posición del autor.

2. Podrá utilizarse también el sistema abreviado de citas, esto es, referencia en el texto y elenco bibliográfico al final del artículo.

Cuando se opte por este sistema, las citas se indicarán en el texto por un paréntesis que contenga autor, año de aparición de la obra y número de la página. Ejemplo: (González Vicén: 1990:95)

Al final del artículo se incluirá un elenco con las citas completas de todas las obras mencionadas, según el criterio que se indica en el apartado III. Si se citan varias obras del mismo autor, se ordenarán cronológicamente. Tanto en el elenco bibliográfico como en la referencia bibliográfica. Si se citan varias obras del mismo autor y año, se ordenarán alfabéticamente con letra minúscula.

En todo caso, al citar la obra completa, deberá ser presentada de la siguiente forma:

Apellido/s, Nombre, Título del libro, lugar de edición, nombre del editor, año de aparición, número de páginas (eventualmente colección). Se distinguirá entre libro, artículo de revista, artículo incluido en libro, etc. Apellidos, Nombre, «Título del artículo o capítulo». *Título de la revista o del libro,* volumen, numero, ciudad de edición, año de publicación, páginas.

III. ADMISIÓN DE ORIGINALES Y SISTEMA DE EVALUACIÓN

Los originales serán sometidos al criterio de expertos. El sistema de arbitraje recurre a los editores de los números monográficos o los debates y a evaluadores externos. La revista garantiza el anonimato de los evaluadores. Cualquiera de los evaluadores internos o externos puede hacer observaciones o sugerencias a los autores, siempre y cuando el trabajo haya sido aceptado. Los autores recibirán el resultado de la evaluación, y en su caso, se les concederá un período de tiempo suficiente para que puedan hacer las modificaciones propuestas por los evaluadores. En este caso, la publicación definitiva del trabajo será sometida, de nuevo, al Consejo Editorial de la revista.

Los evaluadores tendrán en cuenta, especialmente: *(i)* la idoneidad temática *(ii)* la calidad y el rigor de los argumentos que se presentan *(iii)* estructura adecuada *(iv)* oportunidad y relevancia del artículo para la discusión de problemas en su área de investigación *(v)* la validez de los datos y las fuentes bibliográficas

IV. CORRESPONDENCIA CON LA REVISTA

Los originales pueden remitirse por correo electrónico a la dirección: teoria.derecho@uv.es o por correo postal, enviando una copia impresa y en soporte digital a al siguiente dirección: Revista Teoría y Derecho. Editorial Tirant lo Blanch, C/ Artes Gráficas 14, entlo, 46010-Valencia.

V. DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Los autores y autoras ceden a la Revista, en exclusiva, los derechos de reproducción en revistas científicas de los textos admitidos. Asimismo, permiten al Consejo de la revista distribuir sus contenidos en todas aquellas bases de datos científicas en la que se encuentre indexada la Revista, siempre con el objetivo de asegurar una amplia distribución de los contenidos cedidos por los autores.

VI. BASES DE DATOS

LATINDEX: cumple 33 criterios, sobre 33.
ISOC: Sumarios Derecho
RESH: http://epuc.cchs.csic.es/resh/indicadores
DICE: http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1888-3443
CIRC: Clasificación integrada de revistas científicas

I. SUBMISSIONS TO THE JOURNAL *TEORÍA & DERECHO*

1. All manuscripts submitted for consideration should be original and unpublished.
2. *Debate* and *Estudios* originals should average between 22.000 and 56.000 characters in length, spaced in 1,5, and 12p for the body type.
3. The deadlines for submissions to be included ends May 1st and November 1st, to the number of December and June of the following year, respectively.
4. The authors must indicate the title of the paper, complete name of the author(s), position of the author(s), and their institution, to be included on the article.
5. The authors must send with their submission their personal data (specifically, postal address, telephone number and electronic address) in order to allow the Journal to mantain contact with them.
6. Submissions must include the following elements: title (in Spanish and English), an abstract (10 lines or 1000 characters; in Spanish and English), and between 5 or 6 key words.
7. Submissions should include a Summary, where the titles of the different sections of the text are written. Submission structure must follow the next criteria: Arabic Numbers (1, 2, 3); Upper case (A, B, C); and Lower case with brackets a), b), c).
8. Submissions to the section *Temas de Hoy* may omit the formal requeriments (abstracts, peer review, length and to be an unpublished work), althougth the manuscript submitted may accomplished some of them. In this case, the Journal *Teoría & Derecho* would record it.
9. The former requirements cannot be required to translations and papers submitted to the *Varia* section.

II. PEER REVIEW PROCESS

Review of submissions

In order to select the submissions to be published, all of them will be reviewed through a peer review process. The assessment shall be made by two reviewers. One of them shall be the editor of the issue or the debate. The other one shall be a person with expertise in the subject of the paper. Any of them shall know the identity of the author, neither the author shall know the identity of the reviewers. To be published, submission must obtain the positive assessment of both of them. In case of contradiction, the final decision is allocated in the Editorial Board. Authors shall receive the result of review process and, if necessary, make modifications in the submission according with the comments of the reviewers. Authors shall receive a communication though e-mail informing them about de publication of their work, after the Editorial Board would have considered it again.

Reviewers must take into account specifically:

- Its thematic suitability;
- The scientific quality and rigor of the arguments presented;
- Its appropriate structure;
- The opportunity and relevance of the submission in its research field.
- The validity of used data and the bibliographical resources.

III. CORRESPONDENCE WITH THE JOURNAL:

Original should be send to the e-mail address: teoria.derecho@uv.es

IV. QUOTES CITATION FORMAT

1. Having into account the nature of the Journal, orientated to the theoric thought, it should be preferred to include the bibliographical references at the end of the paper, trhough a bibliographic note which reflects the state of art, the most relevant articles and the fundamentals of the author's thesis or reasoning.
2. The shorten citation system can be also used. In this case, all citations must be placed in a list of bibliography within an endnote. At the end, it should be included a list of bibliography, according to the next criteria. Doing this, citations should go in brackets, including author's surname, date of publication and the page/s. For instance, (González Vicén: 19995:95).
3. If some papers of the same author are cited, they should be ordered chronologically. If these are published in the same year, they will be ordered alphabetically with lower case. In any case, bibliographical references must be quoted in the following manner: Surname/s, Name, Title, Place of edition, editor, year of publication, number of pages (occasionally, the collection). Books, chapters of books, and papers, etc., will be distinguished. Surname/s, Name, «Title of the paper or the chapter». Title of the Journal or Book, Volumen, Number, Place of edition, year of publication, number of pages.

V. COPYRIGHT NOTICE

Authors grant to the Journal the Copyright of those papers accepted, exclusively. Authors also allow the Journal to share their work in scientific databases, in which the Journal is indexed, in order to make sure a greater citation of those contents granted by the authors.

VI. MEMBERS OF THE BOARD AND THE COMMITTEE

To become a member of the Editorial Board and the Scientific Committee, it should require: to be professor (*Catedrático*) of some University and/or a Center of Research; to be older than 50 years old; to be a renowned professor within the scholarship. All these requirements should be accomplished when they accede to any of these bodies.

VII. DATABASES

LATINDEX: accomplishing 33 quality criteria (of 33 criteria): http://www.latindex.unam.mx/buscador/ paraCum.html?tipoR=2&tipo=1&folio=16791

DICE: http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1888-3443

ANEP: Category B

CIRC: Integrated Classification of Scientific Journals: http://epuc.cchs.csic.es/circ/

RESH: http://epuc.cchs.csic.es/resh/indicadores

ISOC: Database Unity ISOC. Review of Scientific Publications