

teoría & derecho

REVISTA DE PENSAMIENTO JURÍDICO

REVISTA SEMESTRAL. DICIEMBRE 4/2008

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

Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia (Coordinadora)

COMITÉ CIENTÍFICO*:

Gregorio Peces-Barba Martínez

Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid

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

María Rosario Valpuesta Fernández

Catedrática de Derecho Civil de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Emilio Beltrán Sánchez

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad CEU San Pablo de Madrid

* Por orden de edad

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@tirant.es. Sitio web: www.tirant.com/teoriayderecho

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, S.L.

Imprime: Guada Impresores, S.L. - PMc Media, S.L.

SUMARIO

DEBATE

“Flexiguridad”: ¿un nuevo Derecho del Trabajo? A propósito del Libro Verde *Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*

Presentación	7
<i>Tomás Sala Franco y José María Goerlich Peset</i>	
El derecho a la negociación colectiva en el marco de la “flexiseguridad”	10
<i>Tomás Sala Franco</i>	
“Flexiguridad” y estabilidad en el empleo	32
<i>José María Goerlich Peset</i>	
Empleo y desempleo: políticas activas y pasivas	54
<i>Ricardo Escudero Rodríguez</i>	
El tratamiento del trabajo autónomo en el marco de las relaciones laborales. A propósito del libro verde <i>Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI</i>	74
<i>Jesús Cruz Villalón</i>	
Las relaciones de trabajo triangulares y el Libro Verde sobre la modernización del Derecho del Trabajo	92
<i>Fernando Valdés Dal-Re</i>	
Tiempo de trabajo	110
<i>Joaquín García Murcia</i>	
Libro Verde, “flexiguridad” y protección de los trabajadores en situaciones transnacionales	126
<i>Juan M. Ramírez Martínez</i>	
Anexo: Libro Verde <i>Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI</i>	143

ESTUDIOS

El recurso de apelación y la doble instancia penal	156
<i>Víctor Moreno Catena</i>	
Sobre la distinción de Günther Jakobs entre “derecho penal del ciudadano” y “derecho penal del enemigo”	190
<i>Manuel Jiménez Redondo</i>	
La evolución de la política criminal de drogas en España	208
<i>Juan Muñoz Sánchez</i>	
Tipos de discurso judicial en la <i>guerra contra el terrorismo</i> . A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso <i>Boumediene contra Bush</i>	228
<i>Miguel Revenga Sánchez</i>	

TEMAS DE HOY

La lealtad institucional como principio de relación entre las Administraciones Públicas	246
<i>Augusto González Alonso</i>	
EXAMEN DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL	
¿Estado democrático o Estado autoritario? (Reflexiones jurídico-políticas a propósito de un Anteproyecto de Código Penal)	264
<i>Tomás S. Vives Antón</i>	
Examen específico de la reforma de los <i>delitos sobre la ordenación del territorio</i> en el <i>Anteproyecto de Código Penal</i>	275
<i>Elena M.ª Górriz Royo</i>	

VARIA

La obra de Antonio Agustín, vista por Gregorio Mayans y Siscar	289
<i>Ángel López y López</i>	
Normas de la revista	297

DEBATE

“Flexiguridad”: ¿un nuevo Derecho del Trabajo? A propósito del Libro Verde *Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*

Presentación

Tomás Sala Franco y José María Goerlich Peset

El derecho a la negociación colectiva en el marco de la “flexiseguridad”

Tomás Sala Franco

“Flexiguridad” y estabilidad en el empleo

José María Goerlich Peset

Empleo y desempleo: políticas activas y pasivas

Ricardo Escudero Rodríguez

El tratamiento del trabajo autónomo en el marco de las relaciones laborales. A propósito del libro verde *Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*

Jesús Cruz Villalón

Las relaciones de trabajo triangulares y el Libro Verde sobre la modernización del Derecho del Trabajo

Fernando Valdés Dal-Re

Tiempo de trabajo

Joaquín García Murcia

Libro Verde, “flexiguridad” y protección de los trabajadores en situaciones transnacionales

Juan M. Ramírez Martínez

Anexo: Libro Verde *Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*

PRESENTACIÓN

Tomás Sala Franco

José María Goerlich Peset

Catedráticos de Derecho del Trabajo
Universidad de Valencia

1. Cuando la Dirección de esta revista nos invitó a organizar un número monográfico sobre algún tema de actualidad en relación con el Derecho del Trabajo, de inmediato ofrecimos la posibilidad de que el mismo versara sobre la «flexiguridad» o «flexiseguridad».

Son distintas las razones que nos impulsaron a hacerlo. De entrada, aunque la noción de «flexiguridad» no es recentísima, sino que se remonta, al menos, a la última década del pasado siglo, desde las Comunidades Europeas se acababa prácticamente de impulsar el debate sobre sus exigencias. Aunque existen documentos anteriores que abordan la materia, fue a finales de 2006 cuando la Comisión hizo público el Libro Verde *Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*. El propósito explícito de esta publicación era plantear “un debate público en la UE sobre cómo modernizar el Derecho laboral para sostener el objetivo de la Estrategia de Lisboa de crecer de manera sostenible, con más y mejores empleos”. Se trata en concreto, afirma más adelante, de abordar “la función que podría desempeñar el Derecho laboral para promover una «flexiguridad» que propicie un mercado de trabajo más equitativo, más reactivo y más inclusivo, y conduzca a una Europa más competitiva”. En otro orden de consideraciones, el debate sobre la «flexiguridad» resulta interesante, creemos, para el público jurídico en general al que se dirige esta revista: de un lado, porque es un debate transversal, que afecta al conjunto del Ordenamiento laboral; de otro, porque parece abrir una nueva fase en su evolución; en fin, y sobre todo, porque implica temas centrales dentro del modelo social eu-

ropeo. En este último terreno, explícitamente, como hemos visto, el Libro Verde se vincula con el desarrollo de la Estrategia de Lisboa en punto a crecimiento y empleo; implícitamente, se ha visto en él el triunfo de las corrientes de pensamiento que supeditan la vida social a las exigencias del mercado. Desde cualquiera de ambos puntos de vista, la reflexión sobre la «flexiguridad» trasciende el mero ámbito de los iuslaboristas y alcanza niveles políticos de interés que implican al conjunto de la ciudadanía.

2. Cuando se habla de «flexiguridad», se hace referencia a una cierta orientación de las políticas del mercado de trabajo que supera episodios anteriores de su evolución. Simplificando mucho tanto aquella como estos, las ideas-fuerza serían las siguientes. De entrada, cabría hablar de un Derecho del Trabajo «clásico», cuya cristalización se produce en la postguerra mundial, cuyas características son sobradamente conocidas: con todos los límites que se quiera, en su versión «clásica» el ordenamiento laboral incorpora un ideal de justicia social, vinculado a la superación de la desigualdad de partida existente en el sistema capitalista entre los titulares de los medios de producción y la clase trabajadora. Las principales especialidades del Derecho del Trabajo respecto del tronco del Derecho común del que se desgaja se explican en esta clave: es el caso de la juridificación de la dimensión colectiva mediante el reconocimiento y la promoción del sindicato y los derechos sindicales, la diversificación del sistema de fuentes a través de ciertos cambios

«cuantitativos» —prevalencia de las normas imperativas— y «cualitativos» —orientación de las normas y, sobre todo, promoción de la autonomía colectiva— y la generación del contrato de trabajo como tipo contractual específico, con significativas derogaciones de los criterios propios del Derecho de contratos.

Las transformaciones del contexto económico acontecidas durante el último cuarto del siglo XX, percibidas primero de forma coyuntural y, después y hasta la fecha, como estructurales, hicieron entrar en crisis el referido modelo. Sus concreciones, la crisis del empleo así como las aspiraciones empresariales a la generación de un nuevo marco normativo que permitiera incrementar la competitividad, hicieron surgir un nuevo paradigma: el de la «flexibilidad». El debate sobre la necesidad o no de flexibilizar las estructuras jurídico-laborales y, en su caso, sobre cuáles habían de ser objeto de este proceso o de qué manera habían de serlo ha ocupado buena parte de las dos últimas décadas del siglo. La atención doctrinal y, sobre todo, la del legislador se han vuelto reiteradamente a estos temas y, como consecuencia de lo último, el Derecho del Trabajo ha cambiado profundamente su fisonomía. Este cambio ha sido, sin embargo, desigual. En efecto, por más que las exigencias de flexibilidad se han proyectado sobre el conjunto de las instituciones laborales, lo cierto es que el contrato de trabajo «clásico», por tiempo indefinido y a jornada completa, ha mostrado cierta resistencia frente a la tendencia: el coste político de intervenir en este terreno es, en este sentido, mucho mayor que el de hacerlo en otros... Con ello, al concentrarse las medidas flexibilizadoras en tipos contractuales diferentes, temporales y a tiempo parcial —e incluso externos al ordenamiento laboral—, la «flexibilidad» se ha ceñido a los márgenes del mercado de trabajo, creando una situación de creciente segmentación en su interior entre los trabajadores estables y los atípicos.

3. La noción de «flexiguridad», que se vincula a la evolución de ciertas experiencias jurídicas —señaladamente la danesa—, aparece,

en este contexto, como superación de este estado de cosas. El hecho de que en el «palabro» se aluda a la seguridad es ilustrativo de ello. Pero evoca también a la flexibilidad, de modo que lo que se propugna no es ni mucho menos un retorno al modelo laboral «clásico», que, seguramente, ha quedado definitivamente abandonado.

Para clarificar estas ideas, lo primero que conviene advertir es que la superación de los inconvenientes de la flexibilidad no se habría de producir, en este sentido, a través de la completa rectificación del camino andado. Por el contrario, la flexibilidad se supone necesaria puesto que las empresas requieren en el actual contexto económico un marco jurídico adaptable, que no les disuada de la creación de empleo. Aún más, se parte de la base de que, también del lado laboral, existen exigencias de flexibilidad, relacionadas con la propia proyección profesional así como con la conciliación de vida privada y laboral, que deben por supuesto ser atendidas. De lo que se trata, entonces, es de rectificar el modelo de flexibilidad: abandonar la flexibilidad «en el margen», que genera precariedad y acaso exclusión, para extenderla al conjunto de los contratos y de los contenidos contractuales.

¿Cómo es posible que en este contexto pueda hablarse también de «seguridad»? Porque de lo que se trata, como afirma el Libro Verde, es de que “se preste menor importancia a la protección de los empleos particulares y se otorgue mayor importancia a un marco de apoyo que garantice la seguridad del empleo, incluida una ayuda social y medidas activas de apoyo a los trabajadores durante los períodos de transición”. La flexibilidad, entendida fundamentalmente —aunque no sólo— en el terreno de la protección del puesto de trabajo, puede, entonces, aparecer acompañada de medidas que aseguren un tránsito rápido por la situación de desempleo hacia nuevas situaciones de empleo, autónomo o subordinado. La seguridad que evoca la noción de «flexiguridad» no se entiende necesariamente respecto del concreto puesto que se desempeña sino del empleo, considerado en su conjunto. Del mismo modo, y por

lo que se refiere a la ordenación contractual, la seguridad no implica imposición inmutable de los contenidos, sino apertura a un intercambio razonable a nivel legislativo y, sobre todo, en el terreno convencional.

A la postre, el nuevo paradigma es una suerte de panacea universal: en su dimensión de flexibilidad aseguraría tanto que el crecimiento económico se concrete en el del empleo como que este empleo resulta ser de calidad, evitándose los problemas relacionados con segmentación y, al límite, exclusión; en cuanto seguridad, permite mantener los estándares de protección propios del modelo social europeo, aun cuando lo hiciera de un modo diferente a los que han existido hasta ahora. De ahí el interés del Libro Verde, y de otros documentos comunitarios anteriores o posteriores, en activar el debate sobre este concepto e impulsar el acercamiento de los ordenamientos laborales europeos a sus exigencias.

4. Desde nuestro punto de vista, la reflexión sobre la «flexiguridad», tal y como se ha suscitado en el Libro Verde, puede llevarse a cabo desde dos perspectivas diferentes. En la primera, cabe analizarla desde un punto de vista general. Se trata entonces de valorar los problemas que se pretenden resolver y conocer su capacidad para hacerlo. La reflexión se mueve, entonces, en el terreno ideológico, tanto para quienes formulan las propuestas como para los que las consideran inadecuadas. Frente a la consideración de la «flexiguridad» como remedio universal que se desprende del Libro Verde, se alude al innegable sesgo ideológico presente en este texto y que se manifiesta tanto en la limitación de los temas ofrecidos para debate —con completa exclusión de las cuestiones de carácter sindical— como en el carácter retórico de las preguntas que se formulan —que parecen encontrar respuesta en el propio documento que las plantea—. Si se aducen datos o estadísticas a su favor, que

muestran la evolución más favorable del empleo en un contexto flexible o los satisfactorios resultados obtenidos en los sistemas que sirven como paradigma a la noción, se contraargumentan las dificultades que presentan las evidencias empíricas para afirmarse en este terreno así como las que presenta la «exportación» de instituciones entre sistemas jurídicos que, aun próximos, surgen de específicas y propias tradiciones y que, sobre todo, funcionan como conjunto, sin que quepa extraer piezas aisladamente. Y puestos a mover la silla del enemigo, se discuten el propio fundamento de la intervención comunitaria dada la evidente falta de competencia de las instituciones europeas en la mayor parte de las materias implicadas. A la postre, pues, el debate funcionaría como una partida de tenis abocada al empate, de la que el lector podría salir antes desorientado que otra cosa.

Por ello nos pareció provechoso utilizar una segunda línea de reflexión, que a la postre es la que abre el propio Libro Verde. En este sentido, y aprovechando las distintas preguntas que en él se formulan, aun conscientes de su carácter retórico, hemos procedido a seleccionar los diferentes temas que se abordan en él, ofreciendo a distintos laboristas la posibilidad de hacer una reflexión sobre cada uno de ellos. Es cierto que, al actuar de este modo, se pierde una parte de la vertiente ideológica del problema; a cambio, aunque con límites, vinculados a la ya mentada restricción en los temas elegidas, el lector podrá obtener una visión panorámica de los temas que se encuentran vinculados en este proceso de «modernización» del Ordenamiento laboral que se pretende impulsar.

Este es el objetivo que pretendíamos conseguir: el lector juzgará si se ha alcanzado. A nosotros solo nos queda agradecer a la Dirección de la revista su gentil invitación y la libertad que nos ha dado para configurar el número; y a los distintos participantes, su disponibilidad y la inusual puntualidad con la que han atendido las tareas encomendadas.

RESUMEN

El equilibrio necesario entre flexibilidad y seguridad en las relaciones laborales (flexiseguridad) puede obtenerse a través de la negociación colectiva. El presente artículo en su primera parte analiza cuales son las actuales relaciones entre la ley y el sistema de negociación colectiva en España, tratando de aportar algunas soluciones normativas o de política negocial a los principales problemas detectables en este último. En la segunda parte se pasa revista crítica a las experiencias negociales de estos últimos años acerca de los principales aspectos que afectan a la flexiseguridad, planteando igualmente algunas claves para avanzar en el obligado intercambio negocial.

PALABRAS CLAVE

FLEXISEGURIDAD, NEGOCIACIÓN COLECTIVA, POLÍTICA NEGOCIAL, FORMACIÓN PROFESIONAL, INTERCAMBIO NEGOCIAL, LEY/CONVENIO COLECTIVO

ABSTRACT

The necessary balance between flexibility and security in the labour relations (flexisecurity) is possible to obtain with collective bargaining. In this sense, the first part of the present work analyzes which are the actual relations between State Law and collective bargaining in Spain, in order to furnish some solutions to the main problems detected in the collective bargaining system. The second part develops critically the bargaining experiences of the last years about the main aspects of the flexisecurity, tracing some keys to advance in the necessary bargaining interchange.

KEY WORDS

FLEXISECURITY, COLLECTIVE BARGAINING, BARGAINING POLICY, PROFESSIONAL FORMATION, BARGAINING INTERCHANGE, LAW/COLLECTIVE BARGAINING

EL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL MARCO DE LA FLEXISEGURIDAD

Tomás Sala Franco

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat de València. Estudi General

Sumario: 1. Introducción. 2. El derecho de negociación colectiva: aspectos estructurales. 3. El derecho de negociación colectiva: aspectos funcionales. Nota bibliográfica.

1. INTRODUCCIÓN

1.- El Libro Verde *para Modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*, de 22 de noviembre de 2006, lanzado por la Comisión Europea al espacio de un debate amplio (agentes sociales, estados miembros, doctrina científica) y multidisciplinar, aunque necesariamente incompleto y escorado hacia una visión reductiva del Derecho del Trabajo como simple condicionante de un empleo productivo y competitivo, persigue la consecución de más y mejor empleo a través de la interiorización e implantación en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la idea fuerza de la “flexiseguridad”; esto es, de las necesarias dosis combinadas de “flexibilidad empresarial” y de “seguridad para los trabajadores”, si bien basándose fundamentalmente en la “flexibilidad externa” (de contratación y despido) más que en la “flexibilidad interna” (de gestión interna de la mano de obra), al hablar básicamente de “formación y reclasificación profesional” y “protección del desempleo” de los trabajadores en el tránsito de un empleo a otro,

subrayando así que lo que hay que garantizar es el empleo del trabajador y no su puesto de trabajo.

Con independencia de los juicios de valor que este planteamiento de partida pudiera merecer por su indudable “reduccionismo” —significativos son, en este sentido, el silencio sobre la trascendencia del “modelo de crecimiento económico”, sobre el “reparto del poder dentro de la empresa” a través de fórmulas participativas o sobre la “existencia de derechos fundamentales del trabajador” de necesario respeto y la inclinación del modelo de relaciones laborales de partida hacia la flexibilidad externa, de entrada y salida, enfrentando a los trabajadores entre sí en la búsqueda de soluciones al desempleo—, no hay duda de que la nueva palabra acuñada, de origen anglosajón —“flexiseguridad”— puede servir de ayuda para canalizar el debate acerca de la, sin duda, necesaria modernización del Derecho del Trabajo de los distintos Estados miembros: ¿Cómo conseguir a la vez un empleo competitivo y de calidad?

2.- Por lo que aquí interesa, a los efectos de las siguientes reflexiones acerca del sistema español de fuentes del Derecho del Trabajo y su necesaria reforma, cabe señalar que las referencias del Libro Verde son ciertamente escasas sobre el tema.

Unicamente, en el Capítulo Segundo, en el plano de la legislación nacional, se hace una sucinta referencia a la evolución habida en las relaciones entre legislación y negociación colectiva, señalando que los convenios colectivos *“ya no quedan relegados a la función auxiliar de complemento de las disposiciones legales sobre las condiciones de empleo. En la actualidad, son instrumentos importantes que sirven para ajustar los principios legales a situaciones económicas específicas y a las circunstancias particulares de determinados sectores”*.

El propio Dictamen del Comité Económico y Social sobre el Libro Verde, de 31 de mayo de 2007, apunta críticamente respecto de él como *“el Derecho Laboral no tiene que ver únicamente con el contrato individual, sino también con el derecho laboral colectivo”*, señalando en este sentido que *“los interlocutores sociales, tanto a escala nacional como europea, ya han contribuido con sus acuerdos y convenios colectivos... demostrando su capacidad para adaptar la relación de trabajo a nuevas realidades e imaginar otras formas de flexibilidad con las garantías adecuadas”*.

3.- En todo caso, para conseguir una *“flexiseguridad”* eficaz, es absolutamente preciso replantear el juego de los poderes normativos entre el Estado, la autonomía colectiva y la autonomía individual y entre éstos y el poder de dirección empresarial y los mecanismos de participación de los representantes de los trabajadores en la empresa.

Aunque la instrumentación jurídica de la *“flexiseguridad”* en el plano de las fuentes del Derecho del Trabajo exige tratar, en consecuencia, sobre tres cuestiones —las relaciones entre la ley y la negociación colectiva, el alcance normativo de la autonomía individual y la redistribución de los poderes en la empresa del empresario y de los representantes del perso-

nal—, en lo que sigue reflexionaré solamente sobre la primera de ellas en el Derecho del Trabajo español, abandonando por lógicas razones de espacio las otras dos.

2. EL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: ASPECTOS ESTRUCTURALES

4.- La ley, según el art. 37.1 de la Constitución, debe *“garantizar”* el derecho a la negociación colectiva. Y ello significa literalmente, como mínimo, su tutela frente a quienes quisieran atacarlo, minusvalorarlo o hacerlo desaparecer.

En primer lugar, la ley debe garantizar el derecho de negociación colectiva frente al Estado. En este sentido, la actual ley de desarrollo constitucional —el Título III del *Estatuto de los Trabajadores*—, da una gran libertad a las partes contratantes, no interviniendo la Administración Laboral si no es para garantizar la publicidad del convenio colectivo —tanto al inicio de las negociaciones (la comunicación para su registro de una copia del escrito de inicio de las negociaciones a la autoridad laboral a que se refiere el art. 89.1 del ET), como a su finalización (las exigencias legales de depósito, registro y publicación oficial del convenio colectivo acordado a que se refiere el art. 90.2 y 3 del ET)—, y para garantizar la legalidad del convenio colectivo —previando la impugnación judicial de oficio por parte de la autoridad laboral en el art. 90.5 y 6 del ET—.

Pero ha sido el propio Tribunal Constitucional el que ha señalado expresamente cómo el art. 37.1 de la Constitución supera *“la mera idea de libertad de negociación como esfera libre de injerencias”* estatales, exigiendo de la ley *“un papel activo en la concreción y desarrollo del derecho”* en una clara línea de promoción de la negociación colectiva (por todas, las SS.TC 73/1984 y 80/2000).

Podría afirmarse que, una vez asegurada la democracia en la que el Estado ha dejado de ser el *“enemigo”* del derecho de negociación co-

lectiva como lo fue en el periodo político anterior de negociación colectiva “*intervenida*”, una promoción eficaz del derecho de negociación colectiva significa, básicamente, a mi juicio, una postura frontal contra los ataques que pudieran venirle de parte del sector paleoliberal “*irredento*” partidario en el fondo de un modelo de relaciones laborales basado en la “*individualización de las relaciones laborales*”, lo que exige una regulación segura y razonable de la autonomía colectiva en todas sus manifestaciones.

5.- No olvidemos que el modelo que se dibuja en el horizonte de las relaciones laborales en la Europa comunitaria se corresponde con una mayor profundización en la autonomía y autotutela colectivas; esto es, con mejores convenios colectivos y con más y mejores procedimientos extrajudiciales de solución de los conflictos laborales. En definitiva, el Estado (el Parlamento, la Administración y los jueces) cediendo terreno a la sociedad civil (los agentes sociales).

Ello exige, por una parte, de los sindicatos y de las asociaciones empresariales y empresarios una mayor formación y un mayor talante negociador. Y, por otra, del Estado, paralelamente, una legislación que promueva eficazmente la negociación colectiva y los procedimientos extrajudiciales de solución de los conflictos laborales y que solucione los problemas jurídicos actualmente existentes en cualquiera de ellos.

Sin duda, estamos todavía lejos del ideal de negociación colectiva deseable. Aunque se ha producido un formidable avance en los últimos veinticinco años, el nivel de cobertura, la estructura de la negociación, los contenidos negociados, el procedimiento de negociación y los mecanismos de interpretación y aplicación de los convenios acordados son todavía sustancialmente mejorables.

Y sucede, además, que muy probablemente las solas soluciones legales a los problemas que se plantean no puedan acabar con ellos. En este sentido, parece claro que los principales problemas de la negociación colectiva española —la errática estructura negocial en muchos casos, la pobreza en ocasiones de sus

contenidos, el mejorable procedimiento de negociación o los mecanismos de interpretación y aplicación de los convenios— dependen más de los actores, de su formación, de su experiencia y de su voluntad política, que de las reglas de juego legales.

Pero, en la medida en que algo se puede hacer desde la propia ley, trataré a continuación de hacer un repaso a nuestro sistema de negociación colectiva para identificar esos “*márgenes de necesaria actuación normativa*”, espigando algunos de los principales puntos críticos de las actuales normas reguladoras de la negociación colectiva; esto es, constatando aquello que falta por regular o que está regulado insuficientemente por la ley y detectando aquellos otros aspectos del sistema de negociación colectiva que deben ser desarrollados por los propios agentes sociales y no por la ley.

En todo caso, me moveré, en general, en una clave crítica con la situación normativa —no de complacencia con lo logrado— y, en particular, denunciando la falta de seguridad jurídica que en ocasiones presenta nuestro sistema de negociación colectiva.

6.- El primer problema detectable es el de la complejidad actual de nuestro sistema de negociación colectiva y el de la falta de seguridad jurídica mínima que se constata en su funcionamiento.

Coexisten en nuestro ordenamiento laboral hasta tres tipos de convenios colectivos: los estatutarios, los extraestatutarios y los pactos de empresa subsidiarios o sustitutivos de los convenios colectivos estatutarios sobre determinadas materias, que aparecieron con la Reforma Laboral de 1994 (clasificación profesional, régimen de ascensos, recibo de salarios, distribución irregular de la jornada a lo largo del año, límite de las nueve horas ordinarias diarias de trabajo efectivo, la acomodación de la representación de los trabajadores a las disminuciones significativas de la plantilla).

Y existen, además, los pactos que ponen fin a una huelga o a un conflicto colectivo (arts. 91 del ET y 8.2 del RDLRT), los pactos de empresa modificativos de convenios colectivos

estatutarios (art. 41.2 del ET), los acuerdos de descuelgue salarial (arts. 82.3 y 85.3 del ET), los pactos de reestructuración productiva (de modificación sustancial de condiciones de origen contractual, de traslado, de suspensión o de extinción de carácter colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción) (arts. 40, 41, 44, 47 y 51 del ET) o los innominados pactos de fusión o absorción de empresas.

Todos estos pactos regulan de alguna manera condiciones de trabajo y poseen un distinto régimen jurídico que tan sólo está “*relativamente claro*” en el caso de los convenios colectivos estatutarios del Título III del ET, planteándose especiales problemas en los casos de concurrencia entre ellos.

Piénsese, por vía de ejemplo, en el debate (doctrinal y jurisprudencial) existente —y que no decae— acerca de la existencia misma de los convenios colectivos extraestatutarios o acerca de su eficacia jurídica (normativa o contractual) (Lahera Forteza: 2008). O en esa jurisprudencia contradictoria que, tras afirmar que los convenios colectivos extraestatutarios poseen eficacia jurídica contractual, aplica a los mismos el art. 3.5 del ET sobre la irrenunciabilidad de derechos nacidos de norma y el art. 3.3 del ET sobre concurrencia entre “*normas pactadas*” (por todas, las SS.TS de 30 de noviembre de 1998, Ar/10047 o de 2 de febrero y 6 de junio de 1994, Ar/784 y 5464 o STCT de 12 de noviembre de 1987, Ar/2484). Debate que, sin duda, repercute notablemente sobre los conflictos de concurrencia entre convenios y sobre los criterios de solución de los mismos.

Piénsese también en el absurdo que supone, en otro orden de cosas, admitir la existencia de conflictos colectivos jurídicos sobre la interpretación de normas estatales (legales o reglamentarias), con la posibilidad de dar soluciones extrajudiciales a los mismos por vía de acuerdo en conciliación/mediación o de laudo arbitral, ambos con naturaleza jurídica equiparada a los convenios colectivos, estatutarios o extraestatutarios según la representatividad ostentada por las partes en conflicto.

Existe, pues, a mi juicio, la necesidad de una regulación legal unitaria que comprenda todas las manifestaciones de la autonomía y de la autotutela colectivas y que aclare el régimen jurídico mínimo (la eficacia jurídica y la eficacia personal aplicativa) y la solución de los conflictos de concurrencia entre ellas. Acaso, un nuevo Art. 3 del ET más rico, más complejo y de una mayor precisión técnica y alguna modificación puntual del Título III del ET.

7.- Ciñéndonos ahora a la negociación colectiva estatutaria, en cuanto a la legitimación para negociar, la actual regulación legal plantea una especial dificultad para controlar la representatividad exigida a las asociaciones empresariales en la negociación colectiva supraempresarial, ante la ausencia de censos fiables de empresas y de trabajadores de estas empresas.

Actualmente se corre el riesgo de que desaparezca la negociación colectiva en un ámbito determinado cuando, a resultas de la impugnación judicial del convenio colectivo estatutario —normalmente en aquellos casos en que existan dos asociaciones empresariales en un determinado sector que se manifiesten incapaces de negociar conjuntamente—, éste se declara judicialmente nulo como estatutario y válido como extraestatutario ya que, en la siguiente edición, la asociación empresarial firmante previsiblemente no negociará para no quedarse sin afiliados, dado que solamente a ellos se le aplicaría el convenio, aumentando consiguientemente sus costos sociales.

Es cierto que el problema queda de alguna manera paliado por la existencia de una jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo (por todas, las SS.TS de 25 de enero de 2001, Ar/2065 o de 21 de marzo de 2002, Ar/3812) en el sentido de que los convenios colectivos se presumen válidos en tanto no se pruebe su ilegalidad. Presunción reforzada jurisprudencialmente mediante la negativa a aceptar la necesidad de acreditar la representatividad en el momento de constituir la comisión negociadora solicitada por otras asociaciones empresariales (Esteve Segarra: 2003: 110 y ss.). De esta manera, la prueba, ciertamente difícil, de que la asociación empresarial firmante no es le-

galmente representativa, corresponde a quien impugna el convenio por falta de legitimación empresarial (prueba de hechos negativos).

Pero también es cierto que el problema permanece sin solucionar, anclado actualmente en la aceptación de los sindicatos de la capacidad contractual de las asociaciones empresariales y en la idea de la representatividad empresarial “por notoriedad”.

No resulta fácil, sin embargo, la confección de censos fiables de empresas y de trabajadores en los distintos ámbitos de actividad. Y tampoco es fácil encontrar soluciones alternativas a la actual situación normativa sin modificar todo el sistema de negociación colectiva actual.

8.- Un segundo punto crítico, referido también a la legitimación para negociar, reside en la ausencia de previsión normativa de los convenios colectivos de grupo de empresas, cada vez más frecuentes, y en los problemas de legitimación que plantean según se les considere convenios de empresa o supraempresariales.

Aunque el Tribunal Supremo, a partir de la STS de 14 de junio de 1999, Ar/5216, si bien por mayoría de los magistrados en la Sala de lo Social frente a una minoría importante de ellos, ha mantenido una discutible y discutida tesis interpretativa en los últimos años según la cual se aplicarán por analogía las reglas de legitimación de los convenios de empresa a la parte empresarial y las reglas de legitimación de los convenios supraempresariales a la parte social, también se necesita aquí una legislación al efecto que aclare definitivamente el tema, reconociendo acaso la posibilidad de constituir representaciones unitarias y sindicales a nivel de grupo como solución de futuro, siguiendo el precedente de la Ley 10/1997, de 24 de abril, donde se reconoció la representación unitaria de grupo multinacional a nivel comunitario, en transposición de la Directiva Comunitaria existente al efecto y, consiguientemente, aplicar a los convenios colectivos de grupos de empresas las reglas de legitimación de los convenios colectivos de empresa.

9.- Una de las normas más complejas, y que más problemas interpretativos ha plan-

teado hasta la fecha, es sin duda el art. 84 del ET, relativo a la concurrencia entre convenios colectivos estatutarios, respecto del cual, por su gran trascendencia, cabe afirmar también la necesidad de una nueva regulación legal más precisa y, acaso, más matizada sobre el tema.

Son varias las cuestiones críticas o interpretativas que plantea este precepto legal:

1ª) En primer lugar, el preciso sentido del término “afectado” que utiliza el art. 84 del ET (“*un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto*”), bien como “*modificación de lo ya pactado en el convenio colectivo anterior*”—tesis interpretativa aceptada por la jurisprudencia (por todas, STS de 3 de mayo de 2000, Ar/4258)—, bien como “*convenio de distinto ámbito*” aunque se refiera a materias no pactadas en el anterior en una concepción globalizante de la negociación y del convenio, como podría deducirse de una interpretación literal del precepto.

2ª) En segundo lugar, el alcance de la positividad del art. 84 del ET, esto es, el alcance del convenio marco contrario al principio de no concurrencia respecto de la excepción al mismo prevista en los párrafos segundo y tercero de este precepto legal. Alcance que la jurisprudencia considera limitado por la excepción del art. 84 del ET (por todas, la STS de 22 de septiembre de 1998, Ar/7576, sobre el Convenio Colectivo Estatal de la Madera de 1996).

3ª) En tercer lugar, plantea igualmente dudas interpretativas el término legal “*ámbito determinado que sea superior al de empresa*” en el que podrá excepcionalmente renegociarse parte del convenio colectivo superior. Cabe referirlo solamente al “*ámbito territorial superior*”—tesis interpretativa jurisprudencialmente admitida (por todas, STS de 27 de diciembre de 1996, Ar/8991)— o cabría referirlo también al “*ámbito funcional superior*”, ampliando mucho más el alcance de la excepción legal al principio de no concurrencia entre convenios colectivos estatutarios.

4ª) En cuarto lugar, la redacción de la excepción legal al principio de no concurrencia de convenios ha ido probablemente demasiado lejos, permitiendo no sólo que a nivel autonómico se concurra con el nivel estatal sino también que, a niveles supraempresariales provinciales y aún menores, se concurra con los niveles de negociación superiores.

5ª) En quinto lugar, finalmente, las “*materias no negociables*” excluidas de la excepción de la no concurrencia de convenios (periodo de prueba, modalidades de contratación “*excepto en los aspectos de adaptación al ámbito de la empresa*”, grupos profesionales, régimen disciplinario, movilidad geográfica y normas mínimas en materia de seguridad e higiene en el trabajo) están reguladas con escasa técnica jurídica y de una forma muy rígida. Piénsese, en este sentido, en lo que ha sido el “*olvido freudiano*” de los límites legales de la articulación negocial en las experiencias de negociación colectiva articulada habidas en estos últimos años y aún en el Acuerdo Interprofesional sobre Negociación Colectiva de Abril de 1997 (Pérez de los Cobos: 2003: 305).

Por todo lo anterior, una legislación promocional de la negociación colectiva, en un tema tan importante como la estructura negocial, con la finalidad última de fomentar la deseable y racionalizadora articulación negocial donde todavía existe “*descentralización desarticulada*” con predominio de unos “*desabridos*” convenios colectivos provinciales, debería, a mi juicio, dar más seguridad jurídica y, al mismo tiempo, mayor libertad, tanto a los negociadores del convenio marco delimitador de la estructura negocial del sector como a los negociadores a nivel supraempresarial inferior. Serviría, a estos efectos, acaso, de modelo de referencia —con todas las variantes que se quieran según sectores de actividad— el reparto de competencias efectuado por el Acuerdo Interprofesional sobre negociación colectiva de Abril de 1997.

Para ello, una modificación del art. 84 del ET se hace igualmente necesaria, de manera que se permita que la articulación que se negocie en el convenio marco sectorial despliegue

su plena eficacia jurídica normativa y personal general o “*erga omnes*”, cosa que ahora resulta imposible por culpa del art. 84 del ET.

En este sentido, la ley de reforma podría hacer dos cosas (Valdés Dal-Re: 2001: 84 y ss.: y Pérez de los Cobos: 2003: 308):

1ª) En primer lugar, restringir la descentralización territorial del art. 84.2 del ET al ámbito de las Comunidades Autónomas, suprimiendo la posibilidad de una descentralización territorial “*en cascada*”. El problema es que tal restricción de las afectaciones permitidas perjudicaría los intereses del sindicalismo nacionalista, puesto que la “*tensión autonómica*” derivada de la representatividad de algunos de estos sindicatos se está traduciendo en algunos sectores en la negociación de convenios provinciales frente al convenio sectorial estatal y la STC 98/1985 señala en este sentido que el establecimiento de marcos autonómicos de relaciones laborales es una opción política legítima que no puede ser objetada jurídicamente.

2ª) En segundo lugar, sobre todo, positivizar el catálogo de materias excluidas de la concurrencia o descentralización negocial, permitiendo que el convenio marco sectorial amplíe o reduzca, según los casos, las materias renegociables a nivel autonómico. Y, acaso también, reformar el listado, incluyendo la estructura salarial y la jornada máxima, por tratarse de materias que afectan íntimamente ligadas a la productividad y competitividad empresarial.

10.- En íntima relación con la concurrencia de convenios colectivos, se encuentra la cuestión de la defectuosa regulación legal de su ultractividad normativa previa denuncia de los mismos, tal y como viene regulada en el art. 86.3 del ET, pese a la modificación operada en este precepto legal por la reforma normativa de 1994.

En efecto, este precepto legal, con un carácter dispositivo —admitiendo, por tanto, pacto colectivo en contrario— viene a señalar que “*denunciado un convenio colectivo, y hasta tanto no se logre acuerdo expreso... se mantendrá en vigor el contenido normativo del convenio*”.

No plantea problema alguno su aplicación cuando se trata de una negociación colectiva de revisión del convenio colectivo anterior del mismo ámbito. El precepto legal cumple en este caso la natural finalidad para la que fue promulgado; esto es, la cobertura normativa del “*interim*” que existe entre la pérdida de vigencia del convenio colectivo anterior y la entrada en vigor del siguiente.

Alguna dificultad interpretativa plantea la aplicación de este precepto legal cuando, tras la denuncia del convenio anteriormente aplicable, ambas partes deciden de mutuo acuerdo no revisar el convenio colectivo anterior, sino cambiar de unidad de negociación; esto es, someterse al convenio colectivo de ámbito funcional y/o territorial superior. En estos casos, aunque el precepto no parece estar pensando en esta situación, no existe un excesivo inconveniente en interpretar que el “*acuerdo expreso*” al que alude el art. 86.3 del ET da cobertura no solamente al “*acuerdo de revisión del convenio colectivo anterior*”, sino también al “*acuerdo de sometimiento al convenio colectivo de ámbito superior*”.

Mayores problemas interpretativos plantea, sin embargo, este precepto cuando las partes ni acuerdan la revisión del convenio colectivo anterior ni tampoco el sometimiento al convenio colectivo superior. Este sería el caso de iniciarse la revisión del convenio anterior no llegándose a un acuerdo o de que una de las partes quisiera someterse al convenio colectivo de ámbito superior y la otra no, rompiéndose igualmente las negociaciones de revisión del convenio colectivo anterior. ¿Qué convenio resultará aplicable en este supuesto? ¿El contenido normativo del convenio colectivo anterior con base en el art. 86.3 del ET prorrogado en su aplicación “*sine die*”, lo que petrificaría la unidad de negociación? ¿O el convenio colectivo superior, si lo hubiere, por ruptura de las negociaciones de la revisión del convenio colectivo anterior, interpretando que el “*acuerdo expreso*” al que alude el art. 86.3 del ET da cobertura también al “*acuerdo de ruptura de las negociaciones*”? Como es sabido, existe sobre esta cuestión jurisprudencia contradictoria en

ambos sentidos: a favor de la primera tesis (Cfr. por todas, la STS de 17 de noviembre de 1998, Ar/9750; a favor de la segunda, por todas, las SS.TS de 17 de octubre de 1994, Ar/8052 o de 6 de noviembre de 1998, Ar/9822).

A mi juicio, con independencia de que el convenio marco, al estructurar la negociación colectiva en el sector, debería ser el que estableciera cauces de solución efectiva de estos problemas, dado el carácter dispositivo del precepto legal, la ley debiera dar una solución clara para el caso de que el convenio marco nada dijera. Y esta solución podría ser, acaso, la de aplicar el convenio colectivo de ámbito superior a partir del acto de ruptura de las negociaciones, en el caso de existir éste; y, en caso contrario, mantener la ultractividad normativa en tanto no hubiera convenio colectivo aplicable —superior o revisado— o se produjera un acto administrativo de extensión.

11.- En cuanto al contenido negocial posible, el principal problema que se plantea es el de saber qué es posible jurídicamente negociar de lo regulado en las leyes y reglamentos laborales.

Obviamente, hay que respetar las normas imperativas absolutas y las de carácter imperativo mínimo o máximo. Pero el problema reside justamente en que el legislador rara vez aclara cuándo un precepto legal tiene carácter imperativo absoluto (mínimo o máximo) o carácter dispositivo y cuándo, teniendo el carácter de norma mínima imperativa, puede compensarse o no por otra condición más favorable para los trabajadores, debiendo los Tribunales interpretar la voluntad de la ley dificultosamente, lo que genera una notable inseguridad jurídica; esto es, la existencia de una gran conflictividad gratuita y de abundantes contradicciones jurisprudenciales, como lo demuestra el gran número de sentencias que, directa o indirectamente, aborda esta espinosa cuestión.

Las soluciones de futuro podrían ser varias:

1ª) Bien modificar el art. 3.3 del ET, estableciendo reglas claras en el ET en orden a la delimitación del alcance imperativo de los

mandatos normativos laborales y, en consecuencia, respecto de los límites imperativos de la negociación colectiva.

2ª) Bien delimitar el alcance imperativo de los distintos preceptos de cada ley o reglamento laboral en una disposición adicional propia que lo aclarase, concretando qué preceptos son absolutamente imperativos, mínimos, máximos o dispositivos; si compensables o incompensables y en qué condiciones.

3ª) O bien que todos y cada uno de los preceptos se autocalifiquen siempre a efectos de su imperatividad o dispositividad.

En todo caso, lo importante es que quede claro el alcance de la imperatividad de las normas cara a la negociación colectiva y, acaso también, cara a la contratación individual, cosa que hoy no sucede en un gran número de casos. En este sentido, cabe recordar que una norma debe tener necesariamente tres partes para estar bien hecha: debe contener un mandato normativo, el alcance imperativo de ese mandato y la sanción para el caso de incumplimiento del mismo. Y si a la norma le falta alguna de estas tres partes es que sencillamente está mal hecha.

12.- De otra parte, si nos situamos en una perspectiva distinta de la jerárquica de las relaciones entre ley y convenio colectivo; esto es, en el plano de las relaciones de complementariedad o de articulación, en virtud de las cuales la ley se remite al convenio colectivo para que éste complete determinados aspectos del mandato legal, las denominadas “*llamadas para complementar*” plantean también algunos problemas interpretativos que convendría aclarar siempre que por la ley se utilice esta técnica. Así:

1º) En primer lugar, el de los límites legales que eventualmente pudieran establecerse en las normas de reenvío respecto del acuerdo complementario del convenio colectivo. En este sentido, si bien hay remisiones legales a la negociación colectiva sin límites para ésta, lo normal es que las remisiones legales a lo pactado en un convenio colectivo fijen límites a la negociación.

Piénsese, por ejemplo, en lo dispuesto en el art. 15.1.a) del ET, respecto de los contratos temporales de obra o servicio determinados, cuando establece que “*los convenios colectivos... podrán identificar aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con contratos de esta naturaleza*”: ¿Se trata de una norma legal deslegalizadora —lo que supondría plena libertad para las partes negociadoras en orden a la conceptualización de las obras o servicios determinados sin sujeción a la definición legal y, sobre todo, a la interpretación jurisprudencial de la misma—, o por el contrario se trata de una norma legal limitadamente dispositiva que cede a lo pactado en convenio colectivo siempre que ello no contradiga el concepto legal, y jurisprudencial, de obra o servicio determinado? La jurisprudencia, como es sabido, se ha inclinado por la segunda tesis interpretativa (por todas, STS de 23 de septiembre de 2002, Ar/2004/703).

2º) En segundo lugar, el de si, en el caso de remisión de la ley al convenio colectivo, el derecho surge del mero reconocimiento legal o es necesaria la expresa concreción convencional. Resultan paradigmáticos en este sentido lo establecido en el art. 23.2 del ET en relación con el derecho a la promoción y formación profesional en el trabajo, al establecerse que “*en los convenios colectivos se pactarán los términos del ejercicio de estos derechos*”, existiendo, como es sabido, doctrina y jurisprudencia contradictorias sobre el tema; o en el art. 36.2 del ET, respecto del salario del trabajo nocturno, cuando se dice que “*el trabajo nocturno tendrá una retribución específica que se determinará en la negociación colectiva*”.

13.- En otro orden de cosas, aunque ésta no sea, naturalmente, función del legislador sino de las partes contratantes al confeccionar materialmente los convenios colectivos, habría que realizar determinadas operaciones tendentes a dar seguridad jurídica a la hora de aplicarlos (cfr. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Guía de la negociación colectiva 2008. MTAS: 2008. pags. 105 y ss):

1ª) En primer lugar, es preciso “limpiar” los convenios colectivos de remisiones a normas obsoletas o derogadas (típica es, en este sentido, la frecuente remisión todavía de muchos convenios colectivos a las derogadas Reglamentaciones de Trabajo u Ordenanzas Laborales o a la derogada Ordenanza de Seguridad e Higiene en el Trabajo).

2ª) En segundo lugar, conviene evitar reiteraciones totales o parciales de las leyes y reglamentos laborales que nada añaden y que dificultan en ocasiones su recta interpretación.

3ª) En tercer lugar, debería tenerse un gran cuidado cuando se pacten las “cláusulas de garantía ad personam”, de “absorción o compensación de condiciones” o de “vinculación a la totalidad”, conociendo perfectamente el alcance de estas obscuras cláusulas convencionales, que se mantienen muchas veces “por inercia” en los convenios colectivos y que constituyen muy frecuentemente fuente de conflictos interpretativos que podrían evitarse.

4ª) En cuarto lugar, y sobre todo, es absolutamente necesario modernizar los ámbitos funcionales de los convenios colectivos supraempresariales, tomando en consideración las complejas modificaciones habidas en los distintos sectores de actividad empresarial.

Probablemente, las soluciones a este importante problema pasen, de un lado, por la delimitación lo más precisa posible del ámbito funcional de los convenios colectivos en la línea recomendada por la *Guía de la Negociación Colectiva 2008* de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (pag. 119) y, de otro lado, por la negociación de un Acuerdo Interprofesional que aporte soluciones claras a los problemas aplicativos de los convenios colectivos a las empresas que, cada vez más, desarrollan dos o más actividades (principales o subalternas).

14.- En el plano procedimental, una importante ausencia en nuestro sistema de negociación colectiva sigue siendo la de un “Código de buena conducta negocial”, de obligatorio cumplimiento en todas las negociaciones co-

lectivas (estatutarias, extraestatutarias y pactos o acuerdos de empresa).

Tampoco creo que ésta sea una labor que deba realizar el legislador, sino más bien las asociaciones empresariales y los sindicatos más representativos, como sucede en otros ordenamientos, mediante pacto que concrete la obligación legal de negociar de buena fe.

Acaso, habría que profundizar en lo pactado en tal sentido inicialmente en el Acuerdo Interprofesional sobre la negociación colectiva de Abril de 1997 y mantenido por los Acuerdos Interprofesionales posteriores, pero concediéndole eficacia normativa y no obligacional, para así extender su aplicación más allá de los obligados por los Acuerdos Interprofesionales de referencia a todos los sujetos colectivos negociadores de cualquier tipo de pacto colectivo.

15.- En relación con los deberes de negociar y de negociar de buena fe del art. 89.1 del ET, se echa en falta el establecimiento de sanciones para el caso de incumplimiento de los mismos. Se trata, en este sentido, de una de esas normas que los clásicos denominaban “*minusquamperfectas*” por establecer un mandato normativo sin sanción.

A mi juicio, con independencia de otras sanciones jurídicas hoy ya posibles (planteamiento de conflicto colectivo o procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales), cabría pensar en incluir en la LISOS a los sujetos negociadores incumplidores de estos deberes como sujetos responsables de infracción administrativa.

16.- En cuanto a la ruptura de las negociaciones, entiendo que sería recomendable que se acudiera en todo caso a los procedimientos extrajudiciales pactados de solución de los conflictos laborales; esto es, a los sistemas de conciliación-mediación o de arbitraje.

En este sentido, sería deseable que todos los Acuerdos Interprofesionales de solución extrajudicial de conflictos laborales poseyeran una eficacia jurídica aplicativa directa sin necesidad de tener que incorporar su contenido a los concretos convenios o pactos colectivos.

Una vez superado el primer momento de desconocimiento de lo que iba a suponer la puesta en práctica de estos procedimientos, entiendo que la eficacia aplicativa diferida de los Acuerdos Interprofesionales plantea problemas, tanto desde la perspectiva de la desigual aplicación de los mismos según exista ratificación o adhesión posterior o no, como desde la del reforzamiento injustificado de ciertas posiciones minoritarias sindicales o empresariales. Debería, por ello, pactarse en el futuro la eficacia aplicativa inmediata de los Acuerdos Interprofesionales o, todo lo más, si se optase por mantener la ratificación de los mismos, establecerla en un sentido negativo; esto es, fijando un plazo para que las partes afectadas pudieran desvincularse del Acuerdo en un sector, subsector o empresa determinados (Sala Franco y Alfonso Mellado: 2001: 107 y ss.).

17.- Finalmente, la actuación eficaz de las comisiones paritarias de los convenios colectivos constituye otra de las asignaturas pendientes de nuestra negociación colectiva, no sólo porque de hecho no funcionan con carácter general —caso por el temor de los representantes de ambas partes a ejercer su responsabilidad—, sino también porque los Tribunales tienden a minusvalorar su funcionalidad.

En efecto, los Tribunales conceden a las resoluciones de las comisiones paritarias el único valor de “interpretación auténtica” del convenio colectivo (por todas, STS de 20 de mayo de 1997, Ar/4107), considerando que su vinculación a los Tribunales atentaría al derecho a la tutela judicial efectiva (por todas, STS de 27 de marzo de 1996, Ar/2497).

A mi juicio, sin embargo, debería avanzarse en el reconocimiento a las resoluciones de las comisiones paritarias de un valor arbitral y, con ello, de convenio colectivo vinculante para los Tribunales, dado que no creo que atente contra el derecho a la tutela judicial efectiva. Conviene recordar, en este sentido, que ningún derecho constitucional —tampoco el derecho a la tutela judicial efectiva— es absoluto, sino que se encuentra limitado y limita a su vez a los demás —en este caso, el derecho de negociación co-

lectiva— siendo así, además, que, a través de la impugnación judicial (por ilegal o lesivo) de la resolución de la comisión paritaria, el derecho a la tutela judicial efectiva queda ciertamente a salvo (SS.TC 162/1989, de 16 de octubre y 217/1991, de 14 de noviembre).

Así pues, parece fundamental para el futuro de la negociación colectiva potenciar la administración de los convenios colectivos por parte de las comisiones paritarias.

18.- Mi posición final sobre una eventual reforma legal del sistema de negociación colectiva, sintéticamente expuesta, sería la siguiente:

1º) Aun reconociendo que el futuro de la negociación colectiva depende más de los agentes sociales negociadores que de la ley.

2º) Ello no obstante, la ley está necesitada de reformas dirigidas a la promoción de la negociación colectiva, garantizando fundamentalmente la seguridad jurídica del sistema; pero no de reformas que reduzcan, directa o indirectamente, su eficacia jurídica o su extensión.

3º) En todo caso, una regulación legal tan crucial como la referida a la negociación colectiva, verdadera constitución social del modelo de relaciones laborales, debería ser naturalmente consensuada, como lo fue inicialmente, aunque limitadamente, el Título III del Estatuto de los Trabajadores en el Acuerdo Básico Interconfederal de 1979.

2. EL DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA: ASPECTOS FUNCIONALES

19.- “La negociación colectiva es el espacio natural del ejercicio de la autonomía colectiva de las organizaciones empresariales y sindicales y el ámbito apropiado para (entre otras cosas)... crear... modelos que permitan mejorar la productividad... y mejorar (la) calidad (del empleo)”, señala el primer párrafo del Capítulo I del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2007 (en adelante, ANC 2007), prorrogado para el año 2008.

Así pues, “*autonomía colectiva*”, “*empleo competitivo*” y “*empleo de calidad*” se encuentran ya en el frontispicio de lo que piensan los principales agentes sociales de este país que debe hacerse con la negociación colectiva.

Esto es ya en sí mismo algo importante. Significa ello que no se trata de algo que es deseable que se introduzca en la negociación colectiva, sino de unos objetivos convencionales perfectamente interiorizados ya a nivel general por los interlocutores sociales.

Bastará, pues, en este sentido, con reparar el contenido del último ANC 2007 para identificar las materias básicas a negociar y las líneas generales de la negociación de las mismas (contratación, tiempo de trabajo, salarios, flexibilidad interna —clasificación profesional, movilidad funcional y formación profesional continua—, derechos fundamentales e igualdad de trato y seguridad y salud en el trabajo) y bastará, paralelamente, con “*bucear*” mínimamente en los contenidos de la negociación colectiva de estos últimos años para dar cuenta y valorar el “*estado actual de la cuestión*” planteada. Para ello, utilizaré a continuación los estudios más recientes sobre el contenido de la negociación colectiva: las publicaciones del Observatorio de Negociación Colectiva de CCOO, el Informe sobre “*La negociación colectiva como mecanismo de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres*” del CES, el Balance de la Encuesta de CEOE sobre negociación colectiva, los Estudios de la UGT y los Estudios globales y sectoriales sobre negociación colectiva de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

20.- Las materias señaladas a que se refiere el ANC 2007 podrían agruparse, ciertamente, según estén pensando más en favorecer un empleo de calidad para los trabajadores (la contratación, la seguridad y salud en el trabajo o los derechos fundamentales y la igualdad de trato) o la competitividad empresarial (los salarios, el tiempo de trabajo o la flexibilidad interna).

Pero, seguramente, equivocáramos el rumbo si pensáramos así en términos “*mecánicos*” y no “*dialécticos*”, por cuanto la idea del “*equilibrio*

entre los intereses y derechos de los empresarios y los trabajadores” es, como no podría ser de otra manera, la “*idea-fuerza*” que subyace en el ANC 2007.

En definitiva, nada nuevo si no la idea misma de un nuevo “*pacto social*” adaptado a las circunstancias del momento presente de las relaciones laborales.

21.- Pasemos revista mínimamente a continuación a los objetivos pergeñados en el ANC 2007 y a los resultados obtenidos en la negociación colectiva de estos últimos años, comenzando por los “*criterios en materia salarial*” como presupuestos de un empleo competitivo.

Dentro de ellos, fijemos la atención en uno de los criterios salariales establecidos en el ANC, en “*la (necesaria) mejor relación entre retribución y productividad*”; esto es, “*el reforzamiento de la parte salarial variable*”.

Por lo que se refiere a esta cuestión, la principal conclusión que se obtiene del análisis de la negociación colectiva de estos últimos años es la de que “*esta reconoce la importancia de la productividad, si bien son pocos los convenios que establecen previsiones detalladas sobre los complementos de productividad*” (Mercader Uguina: 2007). Y ello, pese a la baja productividad nacional en relación con la media comunitaria, estimándose que más del 60 por 100 del coste salarial es fijo e, incluso, más del 80 por 100 si incorporamos la Seguridad Social. Estructura, sin duda, demasiado rígida para mantenerla en el futuro, aunque la parte fija conceda ciertamente seguridad al trabajador.

Las concretas experiencias negociales, en cuanto a los vínculos entre salario y productividad, vienen siendo las siguientes:

1ª) En determinados sectores de actividad (construcción o agricultura), se mantiene la modalidad tradicional del “*destajo*” como remuneración variable vinculada a la productividad del trabajador.

2ª) Las cláusulas específicas sobre productividad escapan de los convenios colectivos sectoriales y se pactan lógicamente más en los

acuerdos de empresa, empujados muchas veces por aquellos, con las consiguientes dificultades para poder analizar su alcance, debido a la lógica falta de publicidad de los mismos.

3ª) Ello no obstante, cada vez son más frecuentes los “*complementos de productividad*” establecidos en los propios convenios colectivos. Según datos del anterior Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Estadísticas de Convenios Colectivos), un 27 por 100 del total de convenios colectivos se ocupan del tema.

4ª) Las denominaciones convencionales de estos “*complementos de productividad*” son muy variadas (pluses por rendimiento, incentivos o primas a la producción, pluses de cantidad y calidad en el trabajo, pluses de especial dedicación, incentivos por ventas, complementos de eficacia, etc.), teniendo todos ellos en común su carácter de “*salario variable y no fijo*” y su vinculación con el rendimiento (individual o colectivo) del trabajo realizado.

5ª) En demasiadas ocasiones los convenios colectivos no regulan todos los elementos a tener en cuenta en un “*complemento de productividad*”, ampliando de esta manera la discrecionalidad empresarial. No se determinan los trabajos susceptibles de generar el complemento, su carácter individual o plural, los criterios para su devengo, el nivel mínimo de productividad exigible, el nivel máximo de productividad a partir del cual el complemento se “*congela*” o las consecuencias de la imposibilidad de percibir el complemento por culpa no imputable al trabajador.

Es, por tanto, muy importante, si queremos conseguir un “*equilibrio de intereses*” en este punto que el convenio colectivo descienda a detallar el concreto régimen jurídico de estos “*complementos de productividad*” y que permita el control de los objetivos por parte de los trabajadores.

6ª) Existen, desde luego, algunos convenios colectivos que establecen fórmulas más complejas de gestión del rendimiento de los trabajadores. Así sucede, por ejemplo, con la denominada “*retribución por objetivos individuales o por objetivos de grupos*”; o con el “*salario*

variable vinculado al desempeño del trabajador”, evaluado por los mandos intermedios de las empresas de acuerdo con ciertos criterios; o con la denominada “*remuneración por competencias*”, dependiendo en este caso la retribución del trabajador no tanto del puesto que se ocupa sino de la formación adquirida y del grado de pericia alcanzado.

7ª) En cuanto a las fórmulas de participación en los beneficios de la empresa, como mecanismos de dinamización y de interesamiento de los trabajadores, lo tradicional en la negociación colectiva española ha sido desvirtuar convencionalmente la verdadera participación en beneficios en una “*tercera paga extraordinarias de beneficios*”, como concepto salarial fijo. Ello no obstante, se aprecia en los últimos años un tímido desarrollo convencional de una verdadera participación en los beneficios en determinados convenios colectivos de empresa.

8ª) Asimismo, existen casos aislados de convenios colectivos que prevén “*stock options*” o la entrega a los empleados de obligaciones convertibles en acciones o de acciones, si bien reducidas al personal directivo.

9ª) Finalmente, es detectable la paulatina desaparición de los complementos por antigüedad. Al menos en la mitad de los convenios colectivos sectoriales ha desaparecido y, en menor proporción, en los convenios de empresa. El grado de desaparición varía, ciertamente, según sectores.

22.- Por lo que se refiere a las posibilidades de la negociación colectiva como instrumento de flexibilidad interna, en la regulación de la clasificación profesional, de la movilidad funcional y de la polivalencia funcional, cabría señalar sintéticamente cuáles eran los objetivos marcados por el ANC y cuáles han sido los resultados obtenidos hasta ahora en la negociación colectiva:

1º) En cuanto a los sistemas de clasificación profesional en las empresas, los sucesivos ANC han apostado decididamente por una clasificación profesional por grupos profesionales (“*y cuando proceda, dentro de éstos, en áreas funcionales*”).

Con base en esta nueva filosofía, existen ya indicios suficientes en la negociación colectiva de que se está produciendo un cambio. Conforme a los datos proporcionados por la “*Encuesta sobre la negociación colectiva de la CEOE de 2005*”, en el 4 por 100 de los convenios colectivos analizados, afectando al 57 por 100 de los trabajadores, conviven los grupos y las categorías profesionales; en el 30 por 100 de los convenios colectivos, afectando al 15 por 100 de los trabajadores, se opta por las categorías profesionales; y en el 12 por 100 de los convenios colectivos, afectando al 23 por 100 de los trabajadores, la opción es por los grupos profesionales. Cabe deducir de aquí que existe un paulatino avance del grupo profesional como eje del sistema de clasificación profesional, disminuyendo el peso de las categorías, apreciándose más esta tendencia renovadora en los convenios colectivos de empresa y en los convenios colectivos estatales, siendo los convenios colectivos provinciales los más anclados en la categoría profesional.

2º) Por lo que se refiere a la movilidad funcional, si bien los sucesivos ANC han pretendido igualmente potenciar la negociación colectiva como instrumento de flexibilidad interna en las empresas y de alternativa a los ajustes de plantilla, los resultados de la negociación colectiva son todavía muy pobres en este sentido, debido fundamentalmente a que los límites legales a la movilidad funcional del Art. 39 del ET tienen el carácter de mínimos imperativos, solamente mejorables en beneficio de los trabajadores y, por ello, difícilmente flexibilizables.

En la mayor parte de los casos, los convenios colectivos se limitan a reproducir las reglas legales o, lo que es lo mismo, a remitirse a ellas, siendo desde luego muy escasos los convenios colectivos que establecen garantías o limitaciones superiores a las legales en beneficio de los trabajadores.

Ello no obstante, se aprecia también aquí un cierto avance de la flexibilidad de la movilidad funcional en la negociación colectiva de empresa en los últimos años, aprovechando la posibilidad prevista en el Art. 39.5 del ET

de establecer distintas reglas de las legales para realizar una movilidad funcional extraordinaria. De esta manera, se ha podido pactar en alguna ocasión un procedimiento de movilidad funcional extraordinaria a medio camino entre el Art. 39 y el Art. 41 del ET, exigiendo solamente la notificación simultánea al trabajador afectado y al comité de empresa y respetando un periodo de consulta en el caso de una movilidad funcional de carácter colectivo.

3º) Finalmente, por lo que respecta a la polivalencia funcional, esto es, a la atribución al trabajador de funciones superiores y/o inferiores a las de su grupo profesional o a las de categorías profesionales equivalentes a la suya, con la intención de “*saturar o rellenar la jornada de trabajo*”, aunque los sucesivos ANC han apostado también por potenciarla, en la práctica de la negociación colectiva, aunque no son muy frecuentes, existen algunos convenios colectivos donde se han acordado “*pactos de polivalencia funcional*” o “*cláusulas de saturación de jornada*” en las que se contempla la obligatoriedad para el trabajador de desarrollar funciones diferentes a las correspondientes a su clasificación profesional.

Estos pactos encuentran su fundamento normativo, no en el Art. 22.5 del ET (referido a la polivalencia funcional acordada entre trabajador y empresario), sino en el Art. 39.5 del ET, cuando prevé la posibilidad de una movilidad funcional extraordinaria más allá de los límites del Art. 39 del ET, siguiendo las “*reglas*” que “*a tal fin se hubieran establecido en convenio colectivo*”.

En definitiva, para cumplir suficientemente con los objetivos pretendidos, se precisaría, de un lado, una regulación legal mejorada, siendo actualmente excesivamente oscura en cuanto a las posibilidades de negociación en materia de movilidad y polivalencia funcionales. Y, de otro lado, una negociación colectiva sustancialmente mejorada también en orden a la promoción de la movilidad funcional (negociando grupos profesionales suficientemente amplios, procedimientos de movilidad funcional extraordinaria distintos de los del Art.

41 del ET y la polivalencia funcional de los trabajadores).

Ahora bien, en este orden, los pactos de movilidad y de polivalencia funcionales solo serán equilibrados sobre la base de un sistema de formación profesional continua adoptado por la empresa. Es preciso, pues, desarrollar “programas de formación profesional”, dentro o fuera de la empresa, para facilitar la reconversión profesional de los trabajadores, su promoción profesional y, en general, la mejora de la organización del trabajo. En definitiva, el futuro debería pasar por una mayor movilidad y polivalencia funcionales pero con la efectiva garantía de una formación profesional continua de los trabajadores o, dicho de otra manera, por un nuevo contrato de trabajo que fuese un “contrato formativo”, donde la formación profesional continua fuese un derecho y una obligación tanto de los trabajadores como del empresario.

Esta idea aparece embrionaria y tímidamente en el ANC 2007, cuando señala que *“la formación continua es un instrumento de gran utilidad para el desarrollo de las competencias profesionales, que favorece la capacidad de adaptación de trabajadores y empresas, contribuye a la mejora y mantenimiento del empleo y responde conjuntamente a las necesidades de ambos”*.

23.- En cuanto al tiempo de trabajo, no se descubre nada nuevo si se señala que, hoy por hoy, sigue constituyendo uno de los elementos centrales de los procesos de negociación colectiva, junto con el salarial.

La Reforma Laboral de 1994 concedió a la autonomía colectiva un importante protagonismo como vehículo para la flexibilización del tiempo de trabajo. Son, así, muchos los aspectos del tiempo de trabajo que resultan legalmente negociables:

- La determinación de la jornada máxima ordinaria.
- La distribución irregular de la jornada en cómputo anual.
- El número de horas ordinarias diarias de trabajo efectivo.

- El carácter retribuido del descanso en la jornada continuada.
- La fórmula compensatoria de las horas extraordinarias.
- La retribución del trabajo nocturno.
- O el establecimiento del horario flexible.

Los resultados de los análisis llevados a cabo sobre la negociación colectiva en estos últimos años en cuanto al tiempo de trabajo parecen indicar, en líneas generales, una mayor flexibilidad empresarial en la organización del tiempo de trabajo en beneficio de la empresa.

Así, se ha flexibilizado el tiempo de trabajo en dos direcciones: generalizando la distribución irregular de la jornada en cómputo anual (sobre todo en los convenios colectivos estatales y autonómicos y menos en los provinciales), afectando casi al 50 por 100 de los trabajadores y generalizando también las posibilidades para la empresa de variar la distribución del tiempo de trabajo en determinados periodos del año.

Naturalmente, los resultados han sido distintos según sectores. Así, mientras en algunos sectores (como el siderometalúrgico) la flexibilización y la distribución irregular del tiempo de trabajo ha ido acompañada de una reducción del mismo, en otros sectores (como el comercio o la hostelería), no ha sucedido lo mismo. Lo que repercute, sin duda, en la vida de los trabajadores, no pudiendo olvidarse, por significativo, que la mayoría de los trabajadores del sector metalúrgico son hombres, mientras que la mayoría de los trabajadores de los sectores del comercio y de la hostelería son mujeres.

Por otra parte, en relación con el tratamiento convencional del tiempo de trabajo en beneficio de los trabajadores, es posible constatar la presencia de cláusulas de este signo. Así:

1º) Cláusulas que establecen un horario flexible en la entrada y en la salida, exigiendo la coincidencia en el “tronco horario común”.

2º) Cláusulas que permiten a los trabajadores un cambio de turno o un cambio de jor-

nada, concediéndoles optar por alguno de los horarios existentes en la empresa.

3º) Y, en cuanto a la conciliación de la vida laboral y familiar (una de las pruebas de la existencia o inexistencia de un “*empleo de calidad*”), partiendo de la Recomendación del ANC 2007 de establecer “*un tratamiento de la jornada laboral que permita conciliar las necesidades productivas y las de índole familiar y personal*”, se aprecia en la negociación colectiva la introducción de cláusulas de protección de la maternidad, de reducción de jornada por cuidado de hijos o familiares, de excedencias laborales o de permisos en general. Si bien hay que reconocer que, en la mayoría de los casos, no se mejoran los niveles legales, teniendo más una finalidad pedagógica y simbólica del “*ejercicio real*” de los derechos legalmente reconocidos en esta materia.

24.- Por lo que se refiere a la contratación laboral, aunque la actual precariedad en el empleo existente exige, sin duda, medidas legales, el ANC 2007 recomienda avanzar en la negociación colectiva en materia de contratación de acuerdo con los siguientes criterios:

- La promoción de la contratación indefinida, la conversión de los contratos temporales en fijos y la adopción de fórmulas que eviten el encadenamiento injustificado de sucesivos contratos temporales.
- El fomento de los contratos formativos.
- El fomento de los contratos a tiempo parcial indefinidos como alternativa a los contratos temporales y a las horas extraordinarias.
- El fomento de los contratos fijos-discontinuos en las actividades discontinuas y estacionales.
- La utilización del contrato de relevo y la jubilación parcial y de las cláusulas convencionales de jubilación forzosa.
- El desarrollo de la información a los trabajadores y a sus representantes de las empresas principal y contratistas en materia de subcontratación.

En la experiencia negociadora de los últimos años se aprecia una presencia generalizada de cláusulas referidas a la contratación, si bien no exista un “*hilo conductor*” uniforme de la misma, existiendo en este sentido un balance muy desigual según los ámbitos funcional y territorial de los convenios colectivos analizados.

Es más: la ausencia de un marco regulador adecuado ha hecho que la negociación de estas materias resulte, en ocasiones, o difícil (caso de la identificación de las obras o servicios determinados a los efectos de la contratación temporal por esta causa o de la eventualidad, creando “*contratos a la carta*” presumiblemente ilegales en muchos casos: así, por ejemplo, la resurrección convencional del “*contrato de lanzamiento de nueva actividad*” o la creación convencional del “*contrato eventual-discontinuo*”), o inútil (por la inexistencia de sanciones eficaces para el empresario incumplidor de determinadas medidas convencionales de mantenimiento del empleo o de limitaciones a la contratación temporal).

Así, en un orden más concreto, los resultados han sido, en líneas generales, los siguientes:

1º) En cuanto a la contratación a tiempo parcial, los convenios colectivos suelen concretar las horas complementarias dentro de los márgenes legales, siendo muy frecuente alcanzar la cifra del 40 o 50 por 100 de las horas ordinarias contratadas; regulándose muy rara vez su distribución, remitiéndose al pacto individual; y utilizándose muy escasamente la posibilidad de reconversión de los contratos a tiempo parcial en contratos a tiempo completo.

2º) En cuanto al contrato de trabajo fijo-discontinuo, se observa que la negociación colectiva no distingue entre el periódico (verdadero contrato a tiempo parcial común en cómputo anual) y el no periódico.

3º) En cuanto a las medidas convencionales para evitar el encadenamiento injustificado de contratos temporales, fomentar la contratación indefinida y convertir los contratos temporales en fijos, las experiencias son escasas y

“*perversas*” en algunos casos por cuanto pueden provocar el efecto contrario al pretendido. Así, por ejemplo, el convenio colectivo que reconoce el derecho a adquirir la fijeza a los trabajadores con contratos temporales, no causales, que acrediten una permanencia efectiva ininterrumpida superior a un año.

4º) Y, en cuanto a los contratos temporales, finalmente, es cada vez más frecuente la previsión de indemnizaciones por finalización de contrato superiores a las legales.

En todo caso, quede dicho una vez más, los problemas que plantea la “*contratación temporal patológica*”—por oposición a la “*fisiológica*” o necesaria por insustituible—, no se pueden combatir solamente por la autonomía colectiva siendo necesaria la intervención legal “*en distintos frentes*”, a modo de “*tratamiento de choque*”, para acabar con la “*adicción empresarial a la temporalidad*”.

25.- Por lo que se refiere a la prevención de riesgos laborales, el ANC 2007 establece los siguientes criterios recomendatorios para la negociación colectiva en esta materia:

1º) En materia de vigilancia de la salud, la sustitución paulatina de los “*reconocimientos médicos generales o inespecíficos*” por “*exámenes de salud específicos*”.

2º) En materia de formación, la negociación del contenido de la formación específica según los riesgos de cada puesto de trabajo o función, los criterios formativos y del número de horas de formación.

3º) En cuanto a los delegados de prevención, la negociación del número de horas de formación en función de la peligrosidad de la actividad, de la ampliación del crédito de horas retribuidas y de procedimientos distintos de designación en los ámbitos sectoriales.

4º) En cuanto a los procedimientos de información y consulta, la negociación de su concreción en los planes de prevención y evaluaciones de riesgos.

5º) El establecimiento de procedimientos para analizar la incidencia del alcohol y de

otras sustancias sobre la seguridad y salud en el trabajo y la adopción de medidas preventivas.

6º) El desarrollo del Art. 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL) en materia de coordinación de actividades empresariales en caso de concurrencia.

Los estudios más recientes acerca de la experiencia negociadora en los últimos años arroja casi unánimemente el siguiente resultado aproximativo:

1º) Un importante número de convenios colectivos no se refiere al tema; se remite sin más a la legislación aplicable o “*hace literatura*” mediante declaraciones retóricas acerca de la importancia de la prevención de riesgos laborales.

2º) Muy pocos convenios colectivos se refieren a los planes de prevención y evaluaciones de riesgos.

3º) Pocos son también los convenios colectivos que se refieren a los sistemas de prevención, salvo los convenios colectivos de empresa, siendo así que esta materia está claramente necesitada de desarrollo convencional en una serie de aspectos (Disposición Adicional Séptima del RD 39/1997, de 17 de enero, sobre el Reglamento de los Servicios de Prevención):
a) Los criterios para la determinación de los medios personales y materiales de los servicios de prevención propios. b) Los criterios para la determinación de los trabajadores designados, en su caso, por el empresario para llevar a cabo actividades preventivas, su clasificación profesional como prevencionistas y el tiempo y los medios a disponer para el desempeño de su actividad.

4º) Son muy escasos los convenios colectivos que regulan las condiciones de instalación y mantenimiento de los equipos de trabajo y de los medios de protección colectiva.

5º) Más numerosos son los convenios colectivos que recuerdan la obligación empresarial de proporcionar a los trabajadores medios de protección individual, si bien los más no añaden nada a la regulación estatal.

6º) Es raro el convenio colectivo que regule las medidas de emergencia a adoptar en los centros de trabajo.

7º) Es absolutamente infrecuente la regulación convencional de la coordinación de actividades preventivas en caso de concurrencia de trabajadores de distintas empresas en un mismo centro de trabajo.

8º) Es muy raro encontrar en los convenios colectivos planes de prevención del alcoholismo y las drogodependencias.

9º) Aunque son muchos los convenios colectivos referidos a la protección de la maternidad, muy pocos adaptan la normativa general a las condiciones del sector o de la empresa.

10º) Es, por el contrario, muy frecuente la creación en los convenios colectivos de comisiones paritarias con atribuciones muy diversas sobre la materia.

11º) Es también frecuente que los convenios colectivos se refieran a la vigilancia de la salud de los trabajadores, si bien en su mayoría remitiéndose a lo dispuesto en la LPRL.

12º) Sigue siendo una práctica convencional habitual la negociación de los *“pluses de penosidad, toxicidad y peligrosidad”*, en muchos casos ilegales por contrarios al principio de la acción preventiva de *“evitar aquellos riesgos que técnicamente sean evitables”* (Art. 15.1 de la LPRL).

La conclusión general en esta materia es fácil: la negociación colectiva está todavía *“en mantillas”* acerca del necesario desarrollo convencional de la LPRL y de sus reglamentos aplicativos.

26.- Finalmente, en cuanto a los derechos fundamentales de los trabajadores y el principio de igualdad de trato, el ANC 2007 recomendaba el tratamiento por la negociación colectiva de una serie de aspectos:

- a) Adoptar cláusulas declarativas antidiscriminatorias y eliminar las cláusulas discriminatorias.
- b) Aplicar el principio de igualdad de trato a los inmigrantes.

c) Favorecer la incorporación al empleo de los trabajadores discapacitados.

d) Reconocer el principio de igualdad de trato de los trabajadores temporales y a tiempo parcial respecto de los trabajadores fijos y a tiempo total.

e) Evitar las discriminaciones de los trabajadores de más edad en el acceso y en el mantenimiento del empleo.

f) Establecer los mecanismos de igualdad entre hombres y mujeres, incluidas cláusulas de acción positiva para fomentar el acceso de mujeres en sectores y ocupaciones en las que se encuentren subrepresentadas y, en general, en todas las condiciones de empleo y de trabajo.

Los estudios más recientes sobre la negociación colectiva coinciden en señalar que:

1º) La regulación convencional de los temas de igualdad es relativamente reciente (aparece en la década de los 90), siendo muy desigual y diversa:

- Es más rica en el nivel sectorial estatal que en los niveles inferiores.
- Es posible, en general, encontrar *“cláusulas obsoletas”* y *“cláusulas vanguardistas”* en esta materia.
- Hay convenios colectivos de algunas empresas y grupos de empresas (especialmente, en los sectores químico y de banca) punteros en esta materia.
- No existe un tratamiento unificador de esta materia, siendo una regulación convencional de carácter fragmentario.

2º) En la mayoría de los convenios colectivos suelen establecerse cláusulas antidiscriminatorias de carácter programático y declarativo, bien específicas (normalmente, por razón de género), bien genéricas (referidas a todas las causas de discriminación), aplicables a todas las condiciones de trabajo o a algunas específicas (principalmente, a las retribuciones). Otros convenios colectivos se limitan a remitirse o a transcribir la legislación vigente con finalidades *“divulgativas y pedagógicas”*.

3º) Por lo que se refiere a la igualdad de trato por razón de género:

- a) En algún convenio colectivo se recogen medidas de acción positiva por razón de género en la contratación y en la promoción profesional, respecto de los grupos profesionales menos representados.
- b) Si bien las discriminaciones directas han desaparecido prácticamente del texto de los convenios, las discriminaciones indirectas por razón de género siguen existiendo todavía en las clasificaciones profesionales de determinados convenios colectivos, donde aparecen clasificaciones en femenino, si bien tienden a desaparecer, señalándose expresamente que *“los criterios de definición de los grupos y categorías profesionales se acomodan a reglas comunes para los trabajadores de uno y otro sexo”*; o en las valoraciones de puestos de trabajo, si bien la tendencia es igualmente, la de sustituir determinados factores que perjudican a las mujeres (antigüedad o disponibilidad horaria) por factores más objetivos (relacionados con la competencia o productividad).
- c) Por lo que respecta al *“acoso sexual”* en el trabajo, la atención convencional, aunque ha aumentado, sigue siendo insuficiente, siendo pocos los convenios colectivos que tipifican convenientemente la compleja figura del acoso sexual, la obligación empresarial de prevención del mismo y los mecanismos de tutela.
- d) En cuanto a las cláusulas convencionales que afectan a la conciliación de la vida personal, laboral y familiar, según datos de la de CEOE sobre negociación colectiva 2006, un 43 por 100 de los convenios colectivos analizados mejoraban los permisos retribuidos de la Ley 39/1999; y un 21 por 100 de los convenios colectivos examinados ampliaban el régimen de las excedencias por cuidado de hijos y familiares

4º) Por lo que se refiere a la igualdad de trato por razón de origen racial o étnico, reli-

gión o convicciones y orientación sexual, pocos convenios van más allá de las cláusulas genéricas antidiscriminatorias, si bien es posible encontrar algunas escasas medidas concretas referidas a estas causas. Así, por vía de ejemplo, en determinados convenios colectivos de Ceuta y Melilla se establece la posibilidad de sustituir los días festivos a petición del trabajador con objeto de hacerlos coincidir con las festividades religiosas propias o la posibilidad de que durante el mes del Ramadán la jornada sea continuada.

5º) Junto a las Comisiones Paritarias de Vigilancia e interpretación de los Convenios Colectivos, a las que se les suele remitir competencias de control de la aplicación del convenio colectivo en materia de igualdad, es frecuente la creación en los convenios colectivos de Comisiones de Estudio encargadas de analizar la problemática de la desigualdad (sobre todo, por razón de género).

En cuanto a la negociación colectiva en relación con el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, las novedades normativas efectuadas por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, LOI) han sido las siguientes:

1ª) En primer lugar, el Art. 43 de la LOI da cobertura legal a las medidas de acción positiva que a través de la negociación colectiva puedan establecerse para favorecer el acceso al empleo de las mujeres y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato en las condiciones de trabajo.

2ª) En segundo lugar, se añade un nuevo párrafo 6 al Art. 90 del ET, remachando la labor de control de la legalidad de los convenios colectivos que debe efectuar la autoridad laboral, pudiendo para ello recabar el asesoramiento del Instituto de la Mujer o de los Organismos de Igualdad de las Comunidades Autónomas, según proceda por su ámbito territorial.

3ª) En tercer lugar, no hay duda de que la novedad más importante en este orden es la relativa al establecimiento de los *“planes de igualdad de las empresas”* a introducir a través

de la negociación colectiva (Arts. 45 a 49 de la LOI y 85.1 y 2 del ET, modificado por la LOI), siendo todavía muy pronto para hacer balance de la incidencia y alcance de estos planes de igualdad.

27.- Como conclusiones generales de todo lo expuesto, cabría señalar lo siguiente:

1º) En primer lugar, que en la consecución de un equilibrio razonable entre un “empleo de calidad” y un “empleo competitivo” la autonomía colectiva tiene un papel de primera magnitud, adaptando el tratamiento legal de las distintas materias a los ámbitos de aplicación territorial y funcional correspondientes y a unos tiempos determinados, unos y otros necesariamente diferentes, permitiendo, además, la aplicación del “método científico” de la prueba y el error, volviendo atrás en el caso de experiencias negociadas negativas.

2º) En segundo lugar, que existen “déficits convencionales” endémicos que habrán de superarse paulatinamente en la futura negociación colectiva.

Tal sucede, como vimos, del lado de la flexibilidad empresarial, con la pobreza de desarrollo de los “complementos de productividad” y, en general, de los “salarios variables”, con los mecanismos convencionales de movilidad y polivalencia funcionales y, acaso menos, con la flexibilización del tiempo de trabajo.

Y, del lado de la seguridad de los trabajadores, con el necesario complemento convencional en la lucha contra la precariedad en la contratación y en el desarrollo legal en materia de seguridad y salud en el trabajo y con el desarrollo convencional de los derechos fundamentales en general y del principio de igualdad de trato en particular.

3º) En tercer lugar, que, por coexistir actualmente dos modelos distintos de empresa en España —la empresa cuya actividad se en-

cuentra totalmente globalizada y la empresa cuya actividad o no es globalizable o lo está sólo parcialmente—, van a coexistir también previsiblemente dos lógicas o debates distintos en las relaciones laborales.

Así, en las primeras, se ha abierto ya un debate nuevo, dado que no será posible en ellas “competir en costes” sino sólo “en calidad”, cuya clave central es la “formación profesional continua y la polivalencia funcional” de sus trabajadores (“una economía basada en el conocimiento”, decía la estrategia de Lisboa), nueva lógica en la que la “precariedad en el empleo” pierde en gran parte su sentido. De esta manera, la globalización y la competencia de terceros países ha provocado la “crisis de la negociación colectiva economicista”. La propia competitividad empresarial exige, así, nuevos “intercambios negociados”: el empleo, su estabilidad, un empleo de calidad y hasta la búsqueda de nuevos espacios de participación sindical (participación en la empresa en el marco de una reconsideración del modelo de empresa autoritario) pasan a ser, no solamente “reivindicaciones sindicales” sino también “exigencias de la competitividad empresarial”.

Por el contrario, en las segundas, en las empresas cuya actividad o no es globalizable o se encuentra globalizada solo parcialmente, continuará imponiéndose previsiblemente la vieja lógica basada fundamentalmente en una “competitividad en costes” entre las empresas, donde la “precariedad laboral” seguirá defendiéndose empresarialmente.

Ello no obstante, el desarrollo convencional razonable de todos los “items” analizados podrá contribuir a conseguir en uno y en otro tipo de empresas un mayor y mejor equilibrio entre un “empleo de calidad” y un “empleo competitivo”. Las “espadas siguen, pues, en alto”, como no podía ser de otra manera.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

ESTEVE SEGARRA, A.; *Las asociaciones empresariales: Régimen jurídico y representatividad*, Pamplona, Ed. Aranzadi, 2003, pp. 110 y ss.

PÉREZ DE LOS COBOS, F.; *Experiencias de negociación colectiva articulada*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pp. 84 y ss. y 305.

SALA FRANCO, T. y ALFONSO MELLADO, C.; *Los Acuerdos estatal y autonómicos sobre solución extrajudicial de conflictos laborales. Análisis comparativo*, Madrid, CES, 2001, pp. 107 y ss.

VALDÉS DAL-RE, F.; « Notas para una reforma del marco legal de la estructura contractual », *Revista de Derecho Social*, 15, 2001, pp.84 y ss.

Fecha de recepción de originales: 2 de octubre de 2008

Fecha de aceptación de originales: 5 de noviembre de 2008

RESUMEN

Uno de los aspectos esenciales del debate sobre la “flexiguridad” que el Libro Verde pretende impulsar es el de la configuración de la legislación de protección del empleo, tanto por lo que se refiere a la configuración de la contratación temporal como respecto a la disciplina del despido. Tras dar cuenta de cuáles son las exigencias de la “flexiguridad” en uno y otro terreno, el estudio que sigue muestra la evolución “formal” en tal dirección por el ordenamiento laboral español. Se advierte, sin embargo, de la disociación que se presenta entre los propósitos legales y las realizaciones efectivas, intentándose diagnosticar sus causas y formular propuestas que contribuyan a superarla.

PALABRAS CLAVE

FLEXIGURIDAD, CONTRATACIÓN TEMPORAL, CONTRATACIÓN INDEFINIDA, DESPIDO, DESPIDO ECONÓMICO.

ABSTRACT

One of the key aspects of the debate on “flexicurity” that the Green Paper seeks to promote is the configuration of employment protection legislation, both with regard to the configuration of the temporary contracts and with regard to the discipline of dismissal. After an account of what are the demands of “flexicurity” in either field, the present study shows the “formal” evolution in this direction by the Spanish labour law. However, it also discloses the existing dissociation between legal purposes and the actual accomplishments, trying to diagnose its causes and make proposals that help to overcome it.

KEY WORDS

FLEXICURITY, TEMPORARY CONTRACTS, DISMISSAL, REDUNDANCY

“FLEXIGURIDAD” Y ESTABILIDAD EN EL EMPLEO

José María Goerlich Peset

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat de València

Sumario: 1. Introducción: A) “Flexiguridad” y estabilidad en el empleo; B) El Libro verde y el debate posterior sobre la estabilidad en el empleo en el contexto de la “flexiguridad”; C) Objeto y sistemática de la exposición. 2. Contratación laboral y “flexiguridad”: A) La expansión del trabajo atípico en el Ordenamiento español; B) La lucha legal contra la precariedad. 3. Disciplina del despido y “flexiguridad”: A) La reforma del despido en interés de la empresa; B) La reducción de los costes de los despidos ilegítimos y el contrato de fomento para la contratación indefinida. 4. Normas y realidad: un análisis de conjunto: A) Las insuficiencias del modelo: a) *La regulación y la práctica de la contratación laboral*; b) *La ordenación del despido*; B) Propuestas para el debate. Nota bibliográfica.

1. INTRODUCCIÓN

A) “FLEXIGURIDAD” Y ESTABILIDAD EN EL EMPLEO

Si hay un tema que aparece como central en el debate alrededor de la llamada “flexiguridad” es el de la estabilidad en el empleo, entendiendo este término en sentido amplio con inclusión; esto es, tanto de la disciplina de la extinción del contrato de trabajo como de la regulación de las modalidades contractuales y muy señaladamente aquellas caracterizadas por la temporalidad. Tanto en la elaboración teórica como en los modelos comparados que han servido para ella, las cuestiones vinculadas a la estabilidad en el empleo han ocupado un papel estelar.

El concepto de “flexiguridad” o “flexiseguridad” se ha introducido, en efecto, a finales de la década de los 90 para designar políticas del mercado de trabajo de nuevo cuño, que superarían las de flexibilidad propias de las dos décadas anteriores. Si éstas se habían concretado en el aumento de las posibilidades de empleo atípico —temporal o a tiempo parcial, fundamentalmente— así como en la disminución de la

protección frente al despido, la “flexiguridad”, como es sabido, encarrilaría las exigencias empresariales de flexibilidad en una cierta dirección que elimine sus aristas más problemáticas —la segmentación del mercado de trabajo— y, sobre todo, las intentaría armonizar con la seguridad de los trabajadores, bien que refiriendo esta última no al puesto de trabajo que se ocupa en concreto sino al empleo en su conjunto. Las políticas de “flexiguridad” aceptarían algunas de las consecuencias negativas de la flexibilidad sobre los empleos pero las minimizarían mediante medidas adecuadas de reparación de su pérdida y garantías respecto a las posibilidades de encontrar nuevos puestos de trabajo por acción de las correspondientes políticas activas de empleo.

Las experiencias jurídicas que han contribuido a la introducción de este concepto muestran igualmente la centralidad de las cuestiones vinculadas a la estabilidad en el empleo. Los sistemas que se ponen como paradigmas de “flexiguridad” incluyen una determinada configuración de la disciplina del despido que se aleja de la que ha venido siendo tradicional en el ordenamiento laboral de los estados continentales, al menos en su configuración

“clásica”. Es reiterada la alusión al modelo de mercado de trabajo danés. Este viene caracterizado en todos los análisis por tres rasgos claros, uno de los cuales se relaciona precisamente con el tema que nos ocupa puesto que combina unas ciertas características de la regulación de la protección del empleo —escasamente contundente frente a las decisiones extintivas empresariales— con un determinado sistema de políticas de empleo, tanto pasivas como activas: un sistema de seguridad social que incluye prestaciones de desempleo adecuadas para compensar la pérdida del empleo y un sistema de políticas activas de empleo que abre la posibilidad de una rápida recolocación de los trabajadores. Por otro lado cuando, en lugar de un sistema completo, se alude a un determinado episodio normativo como ejemplo de política “flexisegura” desarrollada en algún país, las cuestiones vinculadas a la disciplina de la estabilidad en el empleo ocupan un lugar de primer orden entre las medidas implementadas. Ejemplos de estos últimos vienen constituidos por las normas holandesas, austriacas u otras que se citan en los trabajos teóricos o en los documentos comunitarios que se refieren a la “flexiguridad”.

En consecuencia, y esta es la primera idea que debemos retener, cualquier debate que aborde la cuestión de la “flexiguridad”, y más ampliamente la renovación del Derecho del Trabajo, debe hacer las cuentas con la posibilidad de una revisión crítica de la legislación sobre protección del empleo. De hecho, la idea está presente en el Libro verde *Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*, elaborado por la Comisión de las Comunidades Europeas y publicado el 22 de noviembre de 2006.

B) EL LIBRO VERDE Y EL DEBATE POSTERIOR SOBRE LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO EN EL CONTEXTO DE LA “FLEXIGURIDAD”

En efecto, la cuestión de la estabilidad en el empleo es objeto de varias de las catorce preguntas que se plantean en él. De entrada, la cuarta, aunque un tanto genérica, se sitúa

claramente en este terreno al inquirir “*cómo se puede facilitar la contratación mediante contratos de duración indeterminada y determinada, bien por medios legislativos o convenios colectivos, para incrementar la flexibilidad de estos contratos y garantizar a la vez un nivel suficiente de seguridad de empleo y de protección social*”. Por su parte, la quinta de las formuladas aborda el tema de manera frontal al interrogarse si “*merecería la pena contemplar una combinación entre una relajación de la legislación de protección del empleo y una asistencia adecuada a los desempleados, en forma de compensaciones por pérdida de ingresos (políticas pasivas del mercado de trabajo) y también mediante políticas activas del mercado de trabajo*”. La cuestión número 6 por último se refiere también al problema que nos ocupa, al referirse a “*cuál puede ser la función de la Ley o de los convenios colectivos negociados entre los interlocutores sociales en el fomento del acceso a la formación y las transiciones entre las distintas formas de contratos para sostener la movilidad vertical a lo largo de una vida profesional plenamente activa*”.

a) Se ha señalado que las preguntas se formulan de manera retórica. Solo formalmente invitan a la reflexión puesto que el Libro Verde parece darles en buena medida una respuesta positiva. Algunos datos indican, en efecto, que no se trataría tanto de abrir a nivel comunitario y en cada uno de los Estados miembros un proceso de debate sobre “si” es conveniente proceder a la revisión de la normativa clásica sobre estabilidad en el empleo sino de invitar al análisis de “cómo” llevarla a cabo.

Una primera demostración de esta idea la encontramos tanto en la introducción, en la que se presentan los fines y objetivos del Libro Verde, como en el diagnóstico de la situación del Derecho del trabajo en el actual contexto social y económico que es precisamente la que justifica la apertura del debate. Centrándonos en la primera, es muy significativo que, incluso antes de exponer el programa para el indicado debate, el Libro verde recoja las conclusiones del informe Kok (2003), cuyo grupo de expertos “instó a los Estados miembros a que evalúen y, si procede, revisen el grado de flexibilidad

previsto en los contratos clásicos en lo relativo a los plazos de preaviso, los costes y procedimientos de despido individual o colectivo, o la definición del despido improcedente”.

Por lo que se refiere al análisis de situación, al que se refieren los dos siguientes epígrafes del documento, se parte de la existencia de una adaptación limitada del Ordenamiento laboral a las nuevas necesidades productivas y, en concreto, a los imperativos de la flexibilidad. Las normas laborales habrían quedado ancladas en el “modelo tradicional de relación laboral”, centrándose su reforma en la apertura de espacios de “flexibilidad «en los márgenes»”, mediante la creación de formas de empleo atípicas respecto al paradigma tradicional. Los efectos de esta evolución normativa se describen luego con cierto detalle. Las empresas “huyen” de la utilización de los contratos tradicionales por los mayores costes que genera su adaptación a las necesidades cambiantes y prefieren los nuevos contratos flexibles que la permiten con rapidez. El fenómeno, demostrado estadísticamente, no está exento de perfiles negativos en forma de segmentación del mercado de trabajo; y, si bien los empleos atípicos pueden servir de “trampolín” para acceder a contratos tradicionales, es también demostrable empíricamente que “una parte de la mano de obra puede verse atrapada en una sucesión de empleos de corta duración y de baja calidad con una protección social insuficiente, quedando en situación de exclusión”. Es más, las estadísticas muestran cómo este riesgo “entraña un componente muy fuerte de género e intergeneracional, dado que las mujeres, las personas de edad avanzada y también los jóvenes contratados con contratos atípicos tienen menos posibilidades de mejorar su situación” en el mercado de trabajo.

Por otra parte, la revisión de la disciplina de protección del empleo a la luz de la categoría de la “flexiguridad” aparece como solución a los problemas de empleo que existen en muchos Estados europeos. La idea fuerza que lo resume es la de que “la existencia de una legislación rígida sobre protección del empleo tiende a reducir el dinamismo del mercado

de trabajo, agravando las perspectivas para las mujeres, los jóvenes y los trabajadores de edad avanzada”. Es más, ni siquiera desde la perspectiva de los trabajadores protegidos por ella sería necesaria puesto que el mismo Informe “subraya que los trabajadores se sienten más protegidos por un sistema de ayuda al desempleo que por la legislación sobre protección del empleo”. En definitiva, “unos sistemas de subsidios de desempleo bien diseñados, junto con políticas activas del mercado de trabajo, parecen constituir la mejor garantía frente a los riesgos que presenta el mercado de trabajo”. La conexión entre este planteamiento y el modelo danés —del que habitualmente se destacan por sus extraordinarias virtualidades en el terreno de mantenimiento y creación de empleo y que combina “una legislación de protección del empleo «más ligera»” con las medidas reparadoras y paliativas descritas— constituye la última afirmación antes de formular las preguntas que nos preocupan...

Todas estas ideas se encuentran, por lo demás, desarrolladas con mucho más detalle en la posterior comunicación de 27 de junio de 2007 dirigida por la Comisión a las instituciones comunitarias, con el título *Hacia los principios comunes de la flexiguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad*, y cuya elaboración fue anunciada por el propio Libro Verde. En ella, aparte de reiterar con más detalle las ideas enunciadas por éste, la necesidad del repensamiento de la legislación sobre protección en el empleo aparece como una constante. La sustitución de una disciplina inspirada en la seguridad del puesto de trabajo por otra guiada por la idea de la seguridad en el empleo, mediante el establecimiento de mecanismos de facilitación (políticas activas de empleo) y garantía (políticas pasivas de empleo) de la situación de los trabajadores durante las transiciones profesionales aparece reiteradamente en este documento, tanto a la hora de conceptualizar la “flexiguridad” y en el momento de fijar sus principios comunes como cuando se proponen diversos itinerarios según los rasgos diferenciales de los modelos de mercado de trabajo nacionales en los que aquella deba

ser introducida. La propuesta de la Comisión incluye, por ejemplo, entre los indicados principios comunes que la “flexiguridad” “entraña disposiciones contractuales flexibles y fiables (desde el punto de vista del empleador y del empleado y de «los que están dentro» y «los que están fuera»)” (1), que “debería reducir la brecha abierta entre los que están dentro del mercado laboral y los que están fuera de él” (4) y que, por todo ello, “debe promoverse la flexiguridad interna (en una misma empresa), pero también la externa (de una empresa a otra)”, añadiéndose que “un grado suficiente de flexibilidad en la contratación y el despido ha de ir acompañado de seguridad en las transiciones de un empleo a otro” (5).

b) Si la Comisión parece inclinarse por impulsar la revisión de la normativa sobre estabilidad en el empleo, las instituciones, entidades y personas que han participado en el debate abierto por el Libro Verde no lo tienen siempre tan claro. Como no es posible describir todas las aportaciones que se han realizado por Estados miembros, los interlocutores sociales a nivel comunitario o estatal y otras instituciones, organizaciones o particulares, me centraré en las opiniones emitidas en el ámbito europeo por el Parlamento y el Comité Económico y Social.

Ambas instituciones muestran planteamientos similares que podemos calificar, como mínimo, de reticentes respecto de los enunciados de la comisión en materia de revisión de la legislación sobre protección de empleo. Son dos las ideas que explican tal reticencia, una de orden político-jurídico y otra de naturaleza económica. La primera, cuya conexión con los contenidos reconocidos en las declaraciones comunitarias de derechos fundamentales que poco a poco avanzan hacia su entrada en vigor (cfr. art. 30 de la Carta Europea de los derechos fundamentales, sobre reconocimiento del derecho a la protección frente al despido), hace hincapié en el papel que cumplen los contratos indefinidos tradicionales en el modelo social europeo. El Parlamento, en este terreno, pone de manifiesto que “el contrato de trabajo indefinido y a tiempo completo es la forma común

de la relación laboral y, como tal, ha de tomarse como punto de referencia para una aplicación coherente del principio de no discriminación; por consiguiente, cree que el punto de partida de cualquier reforma del Derecho laboral europeo debe reconocer los contratos de trabajo indefinidos como la forma general de empleo donde se prevea una protección social y de la salud adecuada y se garantice el respeto de los derechos fundamentales”. Por su parte, el dictamen del CES europeo, si bien no es tan rotundo en planteamientos de esta clase sí realiza una serie de consideraciones preliminares sobre el papel que corresponde al Derecho del Trabajo que deben ser interpretadas en la misma clave.

Desde la perspectiva económica, ambas instituciones muestran sus dudas respecto a los diagnósticos realizados por la Comisión. El Parlamento, en concreto, “discrepa enérgicamente del marco analítico presentado en el... Libro Verde, que reivindica que el contrato laboral indefinido estándar está anticuado, aumenta la segmentación del mercado laboral y la diferencia entre «incluidos» y «excluidos», y debe por lo tanto considerarse como un obstáculo para el crecimiento del empleo y la mejora del dinamismo económico”. Y es que, de acuerdo con los estudios existentes, añade, “no hay pruebas para la afirmación según la cual la reducción de la protección contra el despido y el debilitamiento de los contratos laborales estándar facilitan el crecimiento del empleo”. O, si se prefiere la forma de expresarlo del CES europeo, “la pregunta (formulada por la Comisión respecto a la revisión de la legislación sobre protección del empleo) presupone que la flexibilidad crea empleo, pero no hay demostración ni prueba de que esta afirmación sea cierta”. Por lo demás, los efectos negativos vinculados a la segmentación no son consecuencia de la existencia de reglas de protección del empleo en los contratos indefinidos, sino de la “multiplicación de contratos flexibles, sin una regulación adecuada”.

Si bien es cierto que tanto la Resolución del Parlamento como el Dictamen del CES europeo son mucho más matizados de lo que re-

sulta de los incisos transcritos, no lo es menos que parten de coordenadas ideológicas muy diferentes de las expresadas por la Comisión. Por ello, en la posterior Comunicación de la comisión de 24 de octubre de 2007, en la que ésta da cuenta a las instituciones comunitarias del *Resultado de la consulta pública sobre el Libro Verde de la Comisión “Modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI”* el fervor por la flexibilización de la legislación sobre protección del empleo parece haber disminuido. No en vano, en esta comunicación, cuya finalidad es únicamente “resumir los resultados de la consulta pública iniciada por el Libro Verde”, la Comisión explicita una pretensión de objetividad, excluyendo cualquier toma de posición respecto a los comentarios particulares y su exactitud. Y, como hemos visto, las opiniones respecto a los planteamientos de la comisión en el Libro Verde y en la posterior comunicación sobre los principios de la “flexibilidad” no han sido objeto de una acogida unánime ni entusiasta. Incluso así, en su último apartado, dedicado a los “próximos pasos” a desarrollar, continúa implícita la idea. De hecho, varias de las tareas que la comisión se asigna para el futuro muestran relaciones con las ideas expuestas más arriba.

C) OBJETO Y SISTEMÁTICA DE LA EXPOSICIÓN

En todo caso, la cuestión de la revisión crítica de la disciplina de la estabilidad en el empleo dentro del conjunto del debate sobre la “flexibilidad” continúa abierta tanto en el plano comunitario como en el español. En el primero, basta examinar los documentos que desde las entidades rectoras de la Unión Europea se emiten en relación con las políticas de empleo a desarrollar coordinadamente por los Estados miembros para darse cuenta de ello (cfr., por ejemplo, directriz integrada nº 21, entre las aprobadas para la política de empleo de los Estados miembros [2005-2008] por Decisión del Consejo 2005/600/CE, de 12 de julio).

Por lo que se refiere a nuestro ámbito estatal, la cuestión de la búsqueda de compromisos entre Gobierno y los interlocutores sociales para la introducción de políticas que aúnen “seguridad para los trabajadores y flexibilidad de las empresas” se configuró como el primer ámbito del diálogo social en el año 2004 por la declaración tripartita *Competitividad, empleo estable y cohesión social*, que previó también la constitución de una comisión de expertos para una amplia evaluación de políticas de mercado de trabajo. Fruto del trabajo de esta comisión fue el informe *Más y mejor empleo en un nuevo escenario socioeconómico: por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas*, de 31 de enero de 2005, a raíz del cual pudo alcanzarse el *Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo* de 9 de mayo de 2006, concretado con posterioridad en medidas normativas. Es cierto que la nueva *Declaración para el impulso de la economía, el empleo, la competitividad y el progreso social*, firmada por Gobierno y organizaciones sindicales y empresariales más representativas el 29 de julio último, para relanzar el diálogo social en esta legislatura no contiene ni objetivo ni instrumentos tan detallados sobre el particular que nos ocupa. Pero no puede perderse de vista que la principal concreción del tema en la legislatura anterior —el indicado Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo— “será objeto de seguimiento y evaluación respecto a sus resultados en el mercado de trabajo, lo que nos ha de permitir en su caso plantear nuevas actuaciones para avanzar en el objetivo de más y mejor empleo”.

Aun siendo consciente de las limitadas conexiones que existen entre las estructuras jurídico-laborales y el crecimiento del empleo y de su calidad, merece la pena reflexionar sobre las distintas instituciones que, desde la perspectiva de la estabilidad en el empleo, se encuentran afectadas por el debate. Sobre todo si tenemos en cuenta que entramos en un período en el que la recesión económica repercute negativamente sobre el volumen de ocupación y empiezan a alzarse voces a favor de nuevas reformas. Esto es lo que pretenden las consideraciones que siguen y que abordan sucesiva-

mente las cuestiones vinculadas con la ordenación de la contratación laboral y del despido. En los apartados correspondientes se indican primero las expectativas que parece depositar en estas instituciones el concepto de “flexiguridad” y cuál ha sido la evolución reciente de nuestro Ordenamiento en este terreno. Existe, en fin, un apartado final en el que se hace balance de los resultados alcanzados, se muestran eventuales insuficiencias y se formulan algunas propuestas sobre los temas en cuestión.

2. CONTRATACIÓN LABORAL Y “FLEXIGURIDAD”

Frente a la disciplina de las modalidades de contratación, el paradigma de la “flexiguridad” presenta sentimientos encontrados. Como criterio general, se procede a la crítica de su multiplicación durante la época de la flexibilidad. Como hemos visto al comentar el Libro verde, la regulación de las modalidades contractuales se ha utilizado, en efecto, para ampliar los márgenes de adaptabilidad de la plantilla de las empresas: respetando la disciplina tradicional de los contratos indefinidos, la legislación laboral ha suavizado los criterios respecto a la utilización de contratos temporales. Como consecuencia de ello, estos —y, más en general, las formas atípicas de contratación— han venido creciendo sin parar en el contexto europeo. Sin embargo, esta flexibilidad a la que se alude como “flexibilidad en el margen” no cabe dentro del paradigma de la “flexiguridad” por cuanto que genera un mercado de trabajo segmentado, en el que se distinguen los trabajadores estables de los precarios. Y, si aquellos presentan dosis razonables de seguridad, estos últimos carecen de ella. Los efectos negativos de la segmentación se concentran, además, en ciertas capas del mercado de trabajo, lo que incrementa los efectos negativos de este particular sistema de alcanzar la flexibilidad. Por último, si bien es cierto que los contratos atípicos funcionan muchas veces como antesala de la integración en el mercado de trabajo ordinario, no lo es menos que en otros muchos

casos confinan a los trabajadores precarios en una zona de riesgo próxima a la exclusión.

No hace falta detallar datos sobre todo eso: basta remitirse a los contenidos en el Libro verde y otros documentos comunitarios que han sido objeto ya de referencia y, por lo que se refiere a nuestro mercado de trabajo, a los que se contienen en el también aludido informe *Más y mejor empleo en un nuevo escenario socioeconómico*. Lo que importa retener es que todas estas razones apuntan hacia una consideración negativa, desde el punto de vista de la “flexiguridad”, de la flexibilidad de entrada y de la precariedad. Aquella exigiría necesariamente un cambio de rumbo, que detuviera la expansión de las formas atípicas de empleo subordinado y que garantizara, en todo caso, a los trabajadores “atrapados” en ellas un panorama de derechos laborales y de protección social idéntico al de los trabajadores ocupados en empleos normales.

Con todo, el cambio de rumbo no es completo. En este sentido, la documentación sobre “flexiguridad” parece abogar por ulteriores actuaciones sobre la tipología de la contratación que no necesariamente se mueven en la línea que se acaba de apuntar. Y ello en la medida en que la existencia de formas contractuales diferentes al estándar tradicional de la contratación indefinida, por estar dotadas de cierta flexibilidad, continúa siendo necesaria en el modelo que se postula. Con ellas se trata de hacer frente, en efecto, a dos objetivos diferentes. De un lado, se piensa que si las tutelas laborales han de extenderse al conjunto de los trabajadores, y no sólo a los trabajadores indefinidos tradicionales, hacen falta nuevos contratos “flexiseguros” que permitan tal extensión a quienes ahora se encuentran en los márgenes del mercado del trabajo. De otro, acaso en estos márgenes existen trabajadores que, por sus particulares características, requieren formas contractuales especiales que impidan su caída en situaciones de exclusión o faciliten su integración en el mercado de trabajo mediante su superación.

Por lo que se refiere a nuestro sistema jurídico, desde el punto de vista formal, ha acomodado su evolución a las pautas que se aca-

ban de indicar puesto que una fase inicial, en la que abogó decididamente por lo que hemos llamado flexibilidad de entrada o “en el margen” (2.1), ha sido seguida por otra en la que este modelo ha sido objeto de profunda revisión, acomodándose, al menos si atendemos al dato normativo, a los criterios expuestos (2.2). Otra cosa son los resultados de este proceso que serán valorados al final...

A) LA EXPANSIÓN DEL TRABAJO ATÍPICO EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

A finales de los 70 y durante la década de los 80, nuestro sistema jurídico-laboral protagonizó una verdadera revolución en materia de contratación laboral. La historia normativa anterior había conducido en este terreno a la paulatina construcción de un principio de estabilidad en el empleo, consagrado definitivamente a nivel legal en la Ley de Relaciones Laborales de 1976 y concretado en la preferencia por los contratos laborales indefinidos y en la sujeción de los contratos temporales a un principio de causalidad. Esta consagración es prácticamente coetánea con la detección por la doctrina del “fin de un principio”, justo en referencia al de estabilidad en el empleo.

En efecto, con la finalidad de combatir el desempleo derivado de la crisis económica de la época, el Ordenamiento volvió sobre sus pasos y a permitir la suscripción de contratos temporales no causales. La mentalidad imperante a la sazón era la de facilitar a las empresas la contratación de trabajadores, con independencia de la naturaleza indefinida o temporal del vínculo y con la finalidad de crear empleo. Como indicaba la Ley 32/1984, de 2 de agosto, que introdujo la primera reforma importante en el Estatuto, la nueva regulación que se establecía de la contratación temporal trataba de “incentivar el que las empresas funcionen en cada momento con el mayor volumen de empleo posible, sin esperar a la consolidación de las nuevas actividades o a la confirmación de la reactivación de la demanda en el mercado”. Mientras las normas laborales abrían

nuevos espacios a la posibilidad de recurrir al trabajo atípico, generando nuevas figuras —como el posteriormente desaparecido contrato de lanzamiento de nueva actividad—, descausalizándolo —mediante la expansión de la contratación temporal en fomento del empleo— o haciendo desaparecer trabas y límites anteriormente existentes —como en el caso del tiempo parcial—, el entramado protector de los trabajadores indefinidos permanecía incólume. En esta fase, en definitiva, la flexibilidad se concretó únicamente en la de carácter “externo”, sin abordar los problemas de adaptabilidad internos; y dentro de aquella sólo en la llamada “de entrada” y no en la “de salida”, puesto que la normativa sobre despido no fue objeto de alteración.

Los resultados de esta opción legislativa son conocidos. De hecho, a principios de la década siguiente, el Ministerio de Trabajo encargó a una comisión de expertos la evaluación del funcionamiento de nuestro mercado de trabajo después de la liberalización de la contratación temporal cuyo análisis, conocido como *informe Segura* en atención al presidente de la comisión, es sumamente ilustrativo. De entrada, la indicada liberalización posibilitó un elevado crecimiento de los contratos temporales, hasta alcanzar al final de toda la década el 30% del total de contratos y superarlo durante los primeros años de la siguiente. Pero este crecimiento no se concretó en un igualmente elevado crecimiento del empleo en su conjunto. Por el contrario, el número de trabajadores empleados se mantuvo en un nivel similar al de épocas anteriores: de hecho, al final de la década de los 80 era más o menos el que existía a la altura de 1977. De este modo, la destrucción de empleo que se produjo hasta 1985 fue compensada, después, por el crecimiento del empleo hasta los primeros 90, si bien con un importantísimo efecto de sustitución de fijos por temporales.

Por supuesto, la valoración de tales resultados no era muy halagüeña. Desde la perspectiva de los trabajadores, la generalización del trabajo atípico generó segmentación del mercado de trabajo, con trabajadores de “pri-

mera” y de “segunda”, y precariedad. Aun careciendo de base jurídica, e incluso en contra de los planteamientos sostenidos desde fecha bien temprana por nuestros Tribunales, es claro que la precariedad se concretaba en degradación de las condiciones de trabajo. Pero pueden existir también efectos negativos para las empresas: aparte los inconvenientes de la elevada rotación del personal, existen evidencias del impacto negativo de una elevada tasa de temporalidad sobre la evolución de la productividad. Por último, los efectos de la expansión de la precariedad desbordan el ámbito de las relaciones laborales y se proyectan sobre el conjunto del sistema económico: si las incertidumbres sobre el propio estatus laboral puede tener impactos negativos sobre las decisiones económicas de los trabajadores, temporalidad y rotación de mano de obra generan elevados costes en forma de prestaciones sociales.

B) LA LUCHA LEGAL CONTRA LA PRECARIEDAD

No es por ello de extrañar que en la década de los 90 se haya abierto un proceso de revisión de la tendencia: las leyes laborales han sido objeto de sucesivas reformas que, desde distintos puntos de vista, miran a la restricción de la precariedad y aspiran a confinar los contratos diferentes al estándar dentro de límites adecuados. Desde un punto de vista formal, se trata de un proceso normativo de revisión que aparece sumamente laborioso. Y ello en un triple sentido. De entrada, lo ha sido por su extensión en el tiempo: son casi tres lustros los que han transcurrido desde que, en 1992, se introdujeran las primeras restricciones a la utilización de la contratación temporal de fomento del empleo, hasta la última, por ahora, reforma de la contratación laboral introducida en 2006. En este relativamente largo período, el número de disposiciones legales que han incidido en la materia que nos ocupa ha sido amplio. Es un segundo indicativo de la complejidad del proceso a la que se ha hecho referencia. Aparte la recién mentada reforma del contrato temporal en fomento del empleo (1992), hay

que traer a colación la gran reforma del mercado de trabajo de los años 1993-1994, en la que se establecen los grandes criterios que inspiran el proceso. Pero, a pesar de la importancia de esta reforma, no lo agotó, ni mucho menos. Sucesivas reformas de mayor o menor calado se han producido en 1997, 1998, 2001, 2002 y 2006. Por último, el tercer indicativo se relaciona con la falta de linealidad del proceso: se ha desarrollado más bien en zigzag, con avances y retrocesos en la dirección que lo caracteriza. A veces, en un mismo momento normativo han coexistido impulsos en direcciones contradictorias. Tal ha ocurrido por ejemplo en la gran reforma de 1993/1994 en la que, junto a los avances hacia la prevalencia de los contratos de carácter estable, se detectan claras fugas hacia el aumento de la precariedad. Pero, sobre todo, se advierten movimientos normativos de ida y vuelta: las sucesivas configuraciones del contrato a tiempo parcial (1993/1994, 1998, 2001) o del contrato para la formación (1993/1994, 1997, 2001, 2006) son magníficos ejemplos de ello.

Con todo, en una consideración de conjunto del proceso, atendiendo a la regulación vigente en la actualidad, no puede sino afirmarse que el mismo es bastante completo, siempre considerándolo desde un punto de vista formal. A estos efectos, cabría destacar dos ideas diferentes, relacionadas, la primera, con el retorno legal a la preferencia por la contratación de carácter indeterminado (a), y la segunda, con el establecimiento de mecanismos dirigidos a facilitar la transformación de los contratos de duración determinada en empleos estables y, en todo caso, desincentivar o sancionar la utilización de aquellos (b).

a) Aunque formalmente el principio de preferencia por el contrato indefinido que establecía el art. 15.1 de la versión original del ET (1980) no ha vuelto a recuperarse desde la reforma de 1994, lo cierto es que, con independencia de la dicción literal vigente del indicado presente nuestro ordenamiento garantiza, en el plano legal, el principio de causalidad de la contratación temporal. Y de éste no puede sino deducirse aquél.

La contratación temporal acausal, vinculada como hemos visto a la finalidad de la creación de empleo, ha sido objeto de paulatinas restricciones primero, en cuanto a su configuración (1992) y, después, en cuanto a los supuestos en los que resulta lícita su utilización (1994 y, sobre todo, 1997). A la postre, desde su posible uso universal, por todas las empresas y con todo tipo de trabajadores, siempre que en el momento de la contratación tuvieran la condición formal de desempleados, se ha pasado a una situación en la que su utilización es sumamente limitada puesto que su finalidad de política de empleo se valora ahora de manera muy estricta: sólo pueden ser usados para dar empleo a trabajadores cuyas dificultades para acceder al empleo son “extraordinarias”. En concreto, en la actualidad sólo cabe su utilización con trabajadores minusválidos (cfr. Disp. adic. 1ª Ley 43/2006) o que se encuentren en situación de exclusión social, siempre en este último caso que la contratación sea protagonizada por empresas de inserción (cfr. art. 15 Ley 44/2007). Para otros colectivos con dificultades menores para acceder al empleo se dispone, desde 1997, de una específica modalidad de contrato indefinido, a la que luego nos referiremos.

En otro orden de consideraciones, es cierto que inicialmente se abrieron en la tendencia que describimos algunas fisuras por la negociación colectiva. Esta, en efecto, utilizó en muchos casos las habilitaciones para concretar las figuras de contratos temporales causales que se le asignaron en 1994, respecto de los contratos de obra o servicio determinado y de eventualidad, para “recrear” los contratos temporales en fomento del empleo. Sin embargo, estas fisuras fueron cerradas en 1997, cuando se limitaron tanto los niveles en los que se puede intervenir en este terreno como, sobre todo, las facultades de intervención que corresponden a los convenios colectivos.

En esta misma línea, cabría recordar, de otro lado, la corrección de las derivaciones que se han detectado en el período que se considera para los contratos con finalidad formativa. Si estos contratos, señaladamente el contrato

para la formación, tienen un componente claramente vinculado a la inserción profesional, es lógico que puedan establecerse claras vinculaciones entre ellos y la política de empleo hasta el punto que ésta pueda “ahogar” su finalidad formativa. Este tipo de fenómenos se han detectado en 1993/1994 —cuando el contrato de formación, “rebautizado” de aprendizaje, podía, a un módico precio, ser desarrollado sin dispensar la formación que justifica su temporalidad— y también, aunque en menor medida, en 2001 —cuando se ha disparado el número de sujetos con los que podía celebrarse—. Ambos excesos, sin embargo, han sido objeto de corrección por las reformas de 2001 y 2006, respectivamente.

b) La idea anterior puede conectarse con la evolución normativa en materia de contratación a tiempo parcial —aun no siendo estrictamente paralela en su secuencia temporal—. Es sabido que el trabajo a tiempo parcial puede ser una fuente de creación de empleo que no se encuentra agotada en nuestro sistema, probablemente por la utilización (indebida) en su lugar de contratos de duración determinada. Y que el contrato a tiempo parcial puede ser interesante para las empresas, puesto que encuentran en él un importante manantial de adaptabilidad, y para ciertos colectivos de trabajadores —que, aunque «forzados» normalmente a esta modalidad, siempre se encontrarán más cómodos en ella, si tiene un régimen adecuado, que en los contratos temporales que seguramente han venido «usurpando» su función—.

Pues bien, la evolución normativa de los tres últimos lustros se mueve en esta línea. Si, antes de 1993/1994, el contrato a tiempo parcial estaba sujeto a ciertas trabas, la reforma del mercado de trabajo de estos años procedió a una amplia liberalización de su utilización. Y quizá excesiva, por lo que fue objeto de revisión en 1997 y en 1998. Es cierto que la posterior reforma de 2001 volvió a criterios anteriores en algún punto, como es la noción del tiempo parcial, y revisó algún otro, en una clara línea de flexibilización de las soluciones que se habían establecido en 1998. Pero no

lo es menos que éstas últimas resultaban poco adecuadas para la finalidad que el legislador se puso en 1993 —la de “convertir el trabajo a tiempo parcial, tal como ocurre en los países de nuestro entorno, en factor que favorezca el incremento de las tasas de ocupación” (exposición de motivos RDL 18/1993)— puesto que, más allá de su posible “rigidez”, eran de difícil comprensión en cuanto a su alcance y funcionamiento concreto —es el caso de la simplificación del régimen de las horas complementarias—. Por otro lado, en algún aspecto de suma importancia como es el de la protección social, se detecta, aun con posibles insuficiencias, una evolución unidireccional hacia su incremento: ha desaparecido la situación de exclusión a la que se condenaba a las prestaciones “marginales” (1997) y se ha suavizado el juego de las categorías contributivas, que por lo general producen obvias penalizaciones para los trabajadores que se separan del paradigma de la jornada completa.

c) Todo ello ha ido acompañado por el establecimiento de medidas dirigidas a reconducir las decisiones de las empresas al terreno del empleo estable, bien mediante la disposición de instrumentos que faciliten la conversión de los trabajadores temporales, bien a través de mecanismos dirigidos a eliminar los incentivos que para las empresas puede suponer su contratación o, directamente, sancionarlo.

Por lo que se refiere a lo primero, son varias las medidas que han adquirido carta de naturaleza en el período que se considera. De entrada, el contrato de fomento de la contratación indefinida, nacido en 1997 —y sobre el que se reflexionará después—, ha tenido desde este momento, aparte otras, la clara finalidad de abrir procesos de transformación de contratos temporales en contratos estables del nuevo tipo. Y aunque lo ha hecho abriendo un período transitorio de transformación, las sucesivas reformas laborales de 2001 y 2006 se han cuidado de volver a abrir los plazos, permitiendo que, con independencia de que nuestros tribunales hayan excluido la interpretación de estos períodos como de “amnistía” de las irregularidades contractuales preexistentes, haya

sido la transformación de contratos de duración determinada el supuesto más frecuente de utilización del nuevo contrato a lo largo de su decenio de existencia —y con diferencia creciente puesto que si inicialmente el número de contratos derivados de esta transformación era similar al total de las contrataciones iniciales de los distintos colectivos, ha ido expandiéndose hasta prácticamente triplicarlas—. La reforma de 2006, en segundo lugar, ha introducido un sistema de conversión automática de contratos temporales en indefinidos en los casos en los que, dentro de un período de referencia de 30 meses, se hayan reiterado contratos de duración determinada por un período superior a 24, sean o no consecutivos. Se introduce con ello un parámetro temporal vinculante para las empresas, más allá del cual no les resulta posible continuar recurriendo a vínculos temporales.

La actividad legislativa, por otro lado, ha mirado a desincentivar el recurso a los contratos temporales. El primer movimiento en esta línea es la igualación de costes. Si una de las “ventajas” que puede presentar para las empresas el recurso al empleo precario se relaciona con la degradación de condiciones de trabajo que lo caracteriza, una forma de desincentivarlo bien puede ser la garantía de igualdad de temporales y fijos. Si ésta había sido ya afirmada por la jurisprudencia ordinaria y constitucional desde los años 80, al menos respecto de las formas más groseras de discriminación protagonizadas por los convenios, el legislador ha procedido más recientemente a consagrarla de manera explícita (2001) lo que ha posibilitado su extensión al conjunto de las condiciones de trabajo, más allá de las que inicialmente se habían admitido por los tribunales.

Más allá de la igualación, la evolución normativa ha contribuido a hacer más gravoso el recurso a los contratos de duración determinada mediante distintas técnicas. En el período que se considera se ha producido la concentración de las ayudas de creación de empleo en los contratos indefinidos, con la consiguiente disminución del coste de las cotizaciones sociales en estos casos. Desde 1997, en línea que

se ha seguido en 2001 y 2006, los programas de bonificación de cuotas se han dirigido fundamentalmente al empleo estable y sólo de forma marginal, respecto de colectivos con muy especiales problema, al de carácter temporal. Aparte de las bonificaciones dirigidas a específicos colectivos, la legislación ha evolucionado hacia una rebaja relativa de las cuotas de los contratos estables de alcance general: si inicialmente la cotización por desempleo era idéntica, desde finales de los 90 se discrimina fijos y temporales y la diferencia ha ido aumentando desde el 0,5 % inicial hasta el actual 1,5 % —que alcanza el 2,5 % si el contrato temporal es además a tiempo parcial—. Junto a ello debemos añadir la aparición en 2001 de específicas indemnizaciones por fin de contrato y la posibilidad de que las empresas que abusen de los contratos temporales puedan ser declaradas responsables del pago de las prestaciones de desempleo causadas por los trabajadores afectados, introducida en 2002.

3. DISCIPLINA DEL DESPIDO Y “FLEXIGURIDAD”

Dos ideas complementarias parece predicar la “flexiguridad” en relación con la ordenación de los contratos indefinidos. Una es que no vale la pena empeñarse en la defensa del puesto de trabajo sino que los esfuerzos deben centrarse en el empleo. Vale la pena, en otras palabras, “ceder” en la defensa de concretos empleos para facilitar la adaptabilidad de las empresas siempre que la situación del desocupado sea adecuadamente tutelada y, sobre todo, existan políticas activas que faciliten su transición a nuevos empleos. La otra, que un elevado nivel de protección de los contratos indefinidos equivale a la generación de un club en exceso “excluyente” siendo necesario abrirlos, hacerlos más inclusivos para que pueda albergar a más colectivos. Por una vía o por otra, la consecuencia es la misma: revisar la legislación sobre despido parece una necesidad para llegar a un sistema mejor, menos segmentado y menos precario. Esta idea se maneja, como

hemos visto, en el Libro Verde y también en el Informe de la comisión de expertos de 2005 en el cual puede leerse que “una regulación de salida más equilibrada entre flexibilidad y seguridad reduce el incentivo para la contratación temporal”.

Si analizamos las sucesivas leyes que se han ocupado del tema, observaremos de nuevo cómo, al menos desde el punto de vista formal, nuestro sistema ha evolucionado en la dirección apuntada. Si nos centramos en el dato legislativo detectamos, en efecto, una evolución de casi tres lustros hacia ella. Como hemos visto más arriba, el modelo inicial adoptado por el legislador ha sido el de la flexibilidad “en el margen”. De este modo, inicialmente, la sucesión de episodios de “emergencia” y “crisis” desde mediados de los 70 no han afectado a los contratos indefinidos: mientras se extendían las posibilidades de recurrir a contratos de duración determinada, la disciplina del despido ha permanecido fuertemente anclada en la tradición. De hecho, la versión original del Estatuto de los Trabajadores heredó los criterios que habían evolucionado a partir de la LCT de 1931-1944, con las modificaciones que se introdujeron en los sucesivos episodios normativos de 1976-1977. Es más, la evolución normativa y jurisprudencial durante este período inicial condujo a un desarrollo ulterior de las garantías de los trabajadores como demuestra la expansión de la categoría del despido nulo y de sus efectos —despidos discriminatorios y fraudulentos; despidos con defectos formales con verdaderos efectos de nulidad desde la LPL-1990—.

A partir de la reforma del mercado de trabajo de 1993/1994, es fácilmente detectable un cambio de rumbo: el redimensionamiento del modelo de flexibilidad basado en la “entrada” va acompañado de la apertura de un proceso de flexibilización en la “salida”. En el intento de rectificar la trayectoria del mercado de trabajo español, con su elevadísima tasa de temporalidad y los correspondientes riesgos asociados a la segmentación, ambos procesos se complementan con la finalidad de facilitar la utilización de los contratos indefinidos

por las empresas. Desde 1994, en definitiva, la orientación normativa ha venido siendo la flexibilización de la normativa sobre despido, en el ánimo de convertir el contrato indefinido en una realidad suficientemente adaptable como para no hacerlo hostil para la empresa y, con ello, volver a constituirlo en el paradigma de la contratación. En este repensamiento de la normativa sobre extinción contractual han incidido varias normas: además de las de 1994, hay que citar las 1997, 2001, 2002 y 2006. Los distintos episodios normativos pueden organizarse claramente en dos tendencias: de un lado, la revisión de la normativa sobre despidos en interés de la empresa; de otro, la disminución del coste de los despidos ilícitos.

A) LA REFORMA DEL DESPIDO EN INTERÉS DE LA EMPRESA

La versión original del Estatuto había heredado la tradición que, con algún antecedente republicano (1935), arrancaba de las normas del primer franquismo (decreto de “crisis” de 1944) y en cuya virtud, y en lógica conexión con la época de la autarquía en la que se gestaron, los despidos en interés de la empresa eran objeto de un tratamiento excepcional y quedaban sujetos a autorización administrativa. Ciertamente, la dictadura había procedido a última hora a eliminar los elementos literales más representativos de esta concepción catastrofista del despido económico (decreto de “política de empleo” de 1972); y, con posterioridad, en la transición (1977) se habían introducido algunas variantes flexibilizadoras para despidos estrictamente individuales en empresas pequeñas. Sin embargo, en 1980 el ET, al margen del limitado intento de adaptación a los criterios procedimentales comunitarios, renunció a innovar y mantuvo una extensísima intervención administrativa, sin que nadie, ni la autoridad laboral ni los tribunales ni la doctrina, afrontaran la tarea de revisar las tradiciones interpretativas que se habían generado. Como consecuencia de ello, los despidos de carácter económico resultaban ser imprevisibles en cuanto a su resultado —ya que la Administración consideraba que ostenta-

ba facultades discrecionales en la valoración de las propuestas empresariales— y, en todo caso, costosos no solo por su tramitación sino también, y sobre todo, porque la imprevisibilidad del resultado empujaba a las empresas a pactar en el expediente indemnizaciones elevadas o a recurrir, directamente, a falsos despidos disciplinarios.

La amplia reforma estatutaria de 1994 varió este estado de cosas de forma contundente. De entrada, se intentó romper la tradición interpretativa de las “crisis” que arrancaba de medio siglo antes, mediante una redefinición de las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción y, sobre todo, de los parámetros para su control. En esta misma línea de clarificar el alcance del control sobre las decisiones empresariales incidieron después las reformas de 1997 —que intentó clarificar el alcance de la intervención judicial— y de 2001 —que añadió una nueva causa de despido objetivo que no es sino concreción de las que se había previsto en 1994—. Por otro lado, y si bien no se acabó con la intervención administrativa de carácter autorizatorio —a pesar de encontrarse en clara recesión en el Derecho comparado—, fue objeto de un severo redimensionamiento: aparte otras novedades en relación con el procedimiento en línea con su aligeramiento, los despidos “menores” quedaron exentos de ella y, en lugar de tramitarse a través del tradicional expediente de regulación de empleo, pasaron al terreno del despido por causas objetivas y al posterior control judicial.

B) LA REDUCCIÓN DE LOS COSTES DE LOS DESPIDOS ILEGÍTIMOS Y EL CONTRATO DE FOMENTO PARA LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA

La segunda línea de tendencia se relaciona con los efectos de los despidos ilegítimos que, desde 1994 y por diferentes vías, han venido reduciendo de manera consistente el coste que representan para las empresas. A su vez, la tendencia muestra dos vías, vinculada la primera a una relativamente “sutil” erosión de los efectos del despido, y, la segunda, a la aparición de

una nueva modalidad contractual que directamente presenta costes de despido inferiores.

a) La primera idea afecta a los efectos de los despidos ilegítimos en general. Por vía interpretativa, la jurisprudencia ha procedido a redimensionar el alcance de la nulidad, haciendo desaparecer a primeros de los 90 la categoría de la nulidad del despido por fraude de ley que los propios tribunales habían alumbrado en la década anterior. Por su parte, la reforma de 1994 se ocupó, ante todo, de facilitar el despido liberándolo de trabas formales: se eliminó la nulidad relacionada con el incumplimiento de la forma en la tramitación del despido y se facilitó la subsanación de los defectos formales. Pero, sobre todo, esta misma reforma abrió un proceso de reducción de los costes de sustanciación: si la eliminación de la nulidad formal juega en esta línea, al menos en ciertos supuestos, la modificación de la ejecución provisional de las sentencias de despido y, sobre todo, la institución de la enervación del devengo de salarios de tramitación creada en 1994 se sitúan claramente en este terreno. En los casos en los que el empresario anticipa la resolución del proceso, reconociendo la improcedencia del despido y abonando la indemnización correspondiente, los salarios de tramitación cesan en su devengo. En 2002, el proceso se cierra en la medida en que, si tal reconocimiento y abono se produce en ciertas condiciones —que como regla general los tribunales han interpretado expansivamente—, no existe ningún salario de tramitación.

Se trata de cambios “marginales” en la medida en que los efectos más vistosos del despido ilegítimo —la readmisión en los casos de despido nulo y la cuantía de la indemnización a satisfacer por el empresario en los de improcedencia— han permanecido incólumes. Aunque con ello se mantiene a nivel “simbólico” la continuidad —no olvidemos que en este país hablar del coste del despido es mentar la bicha—, lo cierto es que en realidad en los últimos tres lustros los costes reales de este los despidos ilegítimos han disminuido de forma notable, sobre todo si los ponemos en relación con la previsible disminución de la antigüedad

de los trabajadores como consecuencia de las políticas vinculadas a la precariedad.

b) La reforma de 1997 introdujo en nuestro sistema una nueva modalidad de contrato indefinido —el contrato de fomento de la contratación indefinida—. Se trata de una forma contractual que intenta hacer amable para las empresas el contrato indefinido a efectos de incrementar el recurso a la contratación indefinida. Ocurre, sin embargo, que la única peculiaridad relevante de esta modalidad contractual respecto a la contratación indefinida tradicional es la reducción de los costes del despido impropio: aunque solo en caso de despido objetivo declarado impropio, la indemnización general, de 45 días por año de servicio con el tope de 42 mensualidades, se reduce a 33 días por año, con el tope de 24 mensualidades.

En la medida en que esta modificación sí que afectaba a los efectos principales del despido, y por tanto tenía efectos de ruptura con la tradición, al menos a nivel “simbólico”, su justificación en la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 8/1997 que la introdujo hacía hincapié en su “carácter transitorio” y en el carácter limitado de sus destinatarios, que se presentaban como “colectivos específicos singularmente afectados por el desempleo y la inestabilidad laboral”. Todo ello hacía que la indicada singularidad en la ordenación del despido que afectaba a los nuevos contratos pudiera presentarse como dotada de “una sólida, razonable y objetiva fundamentación”. Lo cierto es que, una década después, sabemos que ni la medida es transitoria ni es tan limitada por lo que se refiere a sus destinatarios como se desprende de las anteriores afirmaciones.

Por lo que se refiere a lo primero, la modalidad contractual que nos ocupa nació para un período de cuatro años, tras el cual Gobierno y agentes sociales valorarían la experiencia y tomarían la decisión correspondiente. Vencido el plazo, a pesar de que no se cerró un acuerdo sobre el particular, aquél optó unilateralmente por prorrogarla de manera indefinida. Por otro lado, aunque el listado de destinatarios incluye sobre todo colectivos con particulares problemas en el mercado de trabajo (por razones de

edad, género, discapacidad o situación de desempleo de larga duración), con el tiempo acceder a estos grupos se ha ido haciendo más sencillo, al suavizarse los requisitos de pertenencia en la sucesiva reforma de 2001 y, sobre todo, a estos colectivos hay que añadir otro, que a la postre ha sido el más importante desde una perspectiva estadística, el de los trabajadores titulares de un contrato temporal. De nuevo, la inclusión de este colectivo se produjo con carácter transitorio, quizá en el intento de forzar la conversión de temporales en fijos y rebajar rápidamente la tasa de temporalidad. Pero esta transitoriedad es ilusoria puesto que en sucesivas reformas (2001 y 2006) se ha vuelto a abrir la posibilidad; lo que parece mirar a una consolidación de la solución.

4. NORMAS Y REALIDAD: UN ANÁLISIS DE CONJUNTO

No debemos sacar de la exposición anterior una falsa conclusión. Aunque parezca que, por lo que se refiere a la legislación sobre protección del empleo, nuestro ordenamiento laboral tiene un largo trecho caminado hacia el esquema que postula la “flexiguridad”, la realidad es muy tozuda. No en vano he cuidado varias veces de advertir que la evolución que se ha descrito en los epígrafes anteriores se ha producido a nivel “formal”, esto es, en el terreno de las declaraciones legales. En la realidad las cosas discurren por caminos diferentes. A pesar del creciente esfuerzo normativo, y también financiero, realizado para incrementar la calidad y la cantidad en el empleo —a las que se refieren reiteradamente los títulos y las exposiciones de motivos de los sucesivos decretos-leyes luego tramitados como leyes que contienen las sucesivas reformas— el mercado de trabajo español continúa planteando problemas importantes.

Ciertamente, desde 1994, se ha producido un sustancial incremento del empleo indefinido. Si, como vimos, en la segunda mitad de la década anterior, el aumento del empleo se había canalizado fundamentalmente mediante

la contratación temporal, la segunda mitad de la década de los 90 muestra un claro despegue del empleo estable, cuyo crecimiento se produce además a ritmo creciente. La flexibilización del despido económico así como la aparición del contrato de fomento del contrato indefinido —que representa más de la mitad de los contratos indefinidos suscritos por año— han cumplido, en este sentido, sus objetivos.

Sin embargo, esta evolución no parece suficiente puesto que no lo ha sido para contrarrestar de forma contundente la de la tasa de temporalidad. Los datos muestran en efecto cómo la tasa de temporalidad permanece estable y por encima del 30 % del total de la mano de obra asalariada. Se trata de una constatación que se contiene ya en el informe *Más y mejor empleo...* (2005), al que se ha hecho varias veces referencia; y, aunque después su diagnóstico se ha concretado en una nueva reforma laboral, esta vez pactada, la de 2006, no parece que las medidas introducidas entonces hayan solucionado el problema: aunque en 2006 y 2007 se ha producido un incremento elevado de la contratación indefinida —fundamentalmente de la conversión de temporales en indefinidos de fomento—, la tasa de temporalidad continúa siendo muy alta. En definitiva, pues, existe una importante divergencia entre los propósitos normativos y las realizaciones empíricas. Y, desde luego, éstas son preocupantes: si, como hemos visto más arriba, un elevado porcentaje de temporalidad que además se encuentra en crecimiento se ve como motivo de preocupación en el ámbito comunitario, mucho más ha de serlo en nuestro sistema cuya tasa no solo se encuentra a la cabeza de la Unión sino que prácticamente duplica la media europea.

A) LAS INSUFICIENCIAS DEL MODELO

Las razones que explican esta divergencia entre el propósito legal y los resultados alcanzados son conocidas. Pueden encontrarse en el informe *Más y mejor empleo...* emitido en 2005 por la comisión de expertos creada en el ámbito del diálogo social así como en otras aportaciones

teóricas. Un análisis de conjunto puede encontrarse en las consideraciones que siguen.

a) *La regulación y la práctica de la contratación laboral*

De entrada, y por lo que se refiere a la contratación, habría que resaltar las siguientes ideas:

a) Cabría pensar, en primer lugar, que la tradicional regulación de los contratos temporales no sirva para delimitar de manera cierta los supuestos en los que puede recurrirse a los mismos. Las definiciones legales de las causas de los contratos temporales, y sobre todo de los de obra y eventualidad, serían en este sentido lo suficientemente amplias como para dar cabida a situaciones en las que la temporalidad puede no estar justificada del todo. La idea podría ser la de que, al venir formuladas de una forma general y abstracta, no quedan perfectamente claros sus confines en la vida real. De hecho, desde 1994, aunque con una corrección limitada en 1997, las normas legales que las establecen han convidado a los convenios colectivos a su concreción —aunque es discutible que este *modus operandi* haya cooperado en la restricción de la utilización de los contratos temporales—.

A esta primera insuficiencia del marco legal deben añadirse otras que derivan de la acción de los tribunales que lo interpretan. Aunque podrían traerse a colación otros ejemplos, creo que hay uno cuyo impacto numérico no puede ser desdeñable: la admisibilidad como causa del contrato de obra de la atención de una contrata o concesión desarrollada por la empresa respecto de otra principal. En un contexto en el que, como sabemos, el recurso a la descentralización por parte de las empresas va en aumento, esta interpretación jurisprudencial consolidada debe tener un impacto numérico importante puesto que, como afirma el tan citado Informe de 2005, cabe suponer un “masivo recurso por las empresas contratistas a esta modalidad de contrato a término”. Hay que pensar incluso en un fenómeno que se retroalimenta puesto que la previsible degradación de las condiciones de trabajo en el ámbito de las

empresas prestadoras de servicios por cuenta de otras supone un aligeramiento de los costes del recurso a la externalización y actúa como acicate para recurrir a ésta, lo que a su vez abre el incremento del posible juego del contrato de obra. Mas no es tema en el que debamos entrar, por ser desarrollado en otro trabajo de este mismo número.

b) Por otro lado, los instrumentos para combatir el uso inadecuado de los contratos temporales presentan limitaciones. Con carácter general, cabe ante todo traer a colación el sucesivo proceso de erosión del alcance de los efectos del despido ilícito, al que ya nos hemos referido y cuya proyección sobre los contratos de duración determinada tiene probablemente efectos más que proporcionales: al dejar reducidos los costes reales del despido ilícito al pago de la indemnización legal; y, al concretarse ésta en una cantidad en función del período previo de servicios —que en el empleo temporal es por hipótesis limitado y que, por si fuera poco, ha venido pudiéndose reducir artificialmente—, resulta ser un coste sumamente tolerable si la antigüedad del trabajador es reducida. La penalización más usual para el uso indebido de contratos temporales no es, por tanto, disuasoria en todo caso.

En cuanto a otros mecanismos más específicos, a veces son tan complicados que tienen una utilidad real limitada. Tal podría ser el caso de la posibilidad de repercutir las prestaciones por desempleo en los casos de utilización abusiva de los contratos temporales introducida en 2002: aunque ha dado lugar a una intensa actividad, a juzgar por los repertorios judiciales, la doctrina de los TTSSJJ parece realizar una interpretación estricta de sus requisitos sustantivos lo que podría estar dificultando su operatividad. Otras veces son simples pero los tribunales se ocupan de abrir espacios que dificultan su funcionamiento. Es el caso de la tradicional institución del fraude de ley en la contratación temporal. Son conocidas, de entrada, las dificultades que la jurisprudencia ha venido poniendo para que despliegue sus efectos en el ámbito del empleo público y que, desde finales de los 90, se han consolidado en la figura de los trabajadores indefinidos no fi-

jos de plantilla. Habiendo obtenido recientemente la carta de naturaleza legal —reforma de 2006, EBEP—, esta figura que las irregularidades de la contratación temporal por las administraciones públicas nunca suponen la consolidación del trabajador como fijo. En el ámbito privado, de otro lado, al ser puestos en conexión fraude de ley y plazo de caducidad de la acción de despido, se ha dificultado que aquel despliegue sus efectos: aunque se trata de un episodio interpretativo que se encuentra en fase de solución por distintas vías, no puede dejar de señalarse cómo han podido ser orillados con toda facilidad mediante la introducción de soluciones de continuidad en las secuencias de contratos temporales.

La acción legislativa más contundente de los últimos años para evitar la reiteración de contratos temporales, incluida en la reforma de 2006, muestra en fin insuficiencias estructurales. Ciertamente, la nueva norma incorporada en ese momento al art. 15.5 ET constituye una iniciativa de alto interés. De hecho alguno de los documentos comunitarios sobre “flexiguridad” la ha puesto como ejemplo, aunque equivocando su alcance. Sin embargo, fruto del consenso, deja muchos flancos abiertos para su funcionamiento real. En concreto, al referirse la sucesión contractual a los trabajadores y no a los puestos, no actúa en caso de rotación de trabajadores por el mismo puesto de trabajo; y, sobre todo, al requerirse que aquella se produzca en la misma empresa, deja inmunes los contratos temporales que puedan ubicarse en el terreno de la descentralización —salvo que hayan sido concertados con ETT—.

c) Creo, por último, que un mecanismo de explicación de primer orden del fenómeno que nos ocupa es lo que se ha llamado “cultura de la precariedad”. El tiempo en el que la contratación temporal ha ocupado un puesto estelar en la obtención de márgenes de flexibilidad por las empresas ha sido relativamente elevado: desde mediados de los 70, hasta bien entrada la década de los 90, las empresas y los operadores jurídicos que se mueven en su entorno se han acostumbrado a seguir esta vía. Y revertir una tendencia que se ha consolidado

no siempre es sencillo: la generación, durante ese período, de la indicada “cultura de la flexibilidad” supone que los cambios sobre el funcionamiento real de las empresas han de ser necesariamente lentos puesto que, como indica el reiteradamente citado informe de 2005, muchas veces cabe preferir “mantenerse en el modelo de la flexibilidad centrada exclusivamente en la temporalidad, ya conocida, antes de ensayar otras fórmulas... más arriesgadas y complejas en su percepción”.

Cabe en otras palabras predecir una cierta predilección por la contratación temporal basada en la inercia del funcionamiento o, incluso, en el desconocimiento real de otras posibilidades alternativas. En este último sentido, a pesar de que desde antiguo se viene teorizando desde diversas instancias las enormes posibilidades que tienen los contratos a tiempo parcial como fuente de flexibilidad y adaptabilidad en una economía “terciarizada” y de elevado componente estacional como la nuestra, y a pesar también de la equiparación de estos a los contratos típicos a efectos del disfrute de ayudas u otras medidas de fomento del empleo, es claro que la contratación a tiempo parcial no ha desarrollado el papel de sustitución de contratos temporales que podría haberle correspondido. Acaso las dificultades que los asesores empresariales pueden encontrar para comprender su regulación —evidentes en la disciplina de 1998— y, en todo caso, la falta de un mínimo conocimiento de la disciplina y de sus posibles funciones —a partir de su simplificación en 2001— explican este fenómeno. No se olvide el papel que las pequeñas empresas tienen en nuestro mercado de trabajo y las dificultades que estas pueden encontrar para acceder a una asesoría de calidad similar a la que se encuentra al alcance de unidades productivas más grandes. Si se me apura, cabría preguntarse si el funcionamiento del propio mercado de la asesoría no condiciona el del mercado de trabajo: el espeluznante número de contrataciones en que se concreta la prevalencia de esta cultura supone una facturación en aquel mercado en forma de honorarios por contratación, prórroga/extinción y gestión asegurativa de todo ello que hace poco interesante recomendar la fijeza,

aun existiendo ventajas importantes en varios terrenos...

b) La ordenación del despido

En cuanto al despido, es cuestión delicada saber si su ordenación ha de ser objeto de ulteriores flexibilizaciones para configurar un contrato indefinido más “acogedor” para las empresas. A estos efectos, conviene recordar que no existe evidencia empírica de que exista relación alguna entre la rigidez del despido y la evolución de la tasa de empleo. Y que, de acuerdo con los indicadores manejados por organismos internacionales como la OCDE, nuestra legislación sobre protección del empleo no presenta una dosis de rigidez que podamos considerar anormal. Con todo, lo que sí es seguro es que las empresas aspiran tradicionalmente a avanzar en esta línea y, junto con otros operadores económicos, incrementan su reivindicación en cuanto que el ciclo económico pasa, como ocurre en este momento, a una fase adversa. No es por ello inoportuno dar por supuesto que algunos problemas pueden existir en la ordenación española de la extinción del contrato e intentar detectar sus causas.

Desde mi punto de vista, hay que aceptar, de entrada, que existe una convicción difusa respecto a que los costes del despido son altos. Y tal convicción se relaciona con el hecho de que el estándar de coste que se utiliza es el del despido ilegítimo. La indemnización que se toma como base por el empresario, o por sus asesores en materia de política de personal, a la hora de decidir la utilización de un contrato indefinido es la de 45 días de salario por año de servicio, con el tope de 42 mensualidades, que, recuérdese, es sólo aplicable a los despidos improcedentes. Al igual que la “cultura de la precariedad”, a la que se acaba de hacer referencia, esta idea ha quedado profundamente arraigada entre quienes operan en el mercado de trabajo por años de funcionamiento del modelo de la flexibilidad “en el margen”, en el que la extinción tenía tal referente como normal, sea en las negociaciones de los expedientes de regulación de empleo sea en el recurso a despidos disciplinarios cuya fi-

nalidad real era el ajuste de plantilla. El propio legislador, al emprender en 1994 el camino de la reducción de los costes del despido ilegítimo, ha sucumbido a esta convicción.

Es verdad que también ha tomado otras orientaciones y, en concreto, la de flexibilizar el despido en interés de la empresa. No obstante, cabe pensar que estas nuevas orientaciones aún no despiertan la confianza de los empresarios. Y quizá ello se deba, al menos en parte, al funcionamiento real de esta institución. La flexibilización causal y procedimental que se produjo en 1994 debía haber facilitado la asunción por el contrato indefinido de las funciones que hasta entonces desempeñaba el contrato temporal de fomento del empleo: después de todo, no existe mucha diferencia entre los 12 días que costaba la extinción y los 20 días que requiere la extinción por causas objetivas o el despido colectivo. Esta percepción, sin embargo, avanza lentamente, en parte por la “cultura” a la que se ha hecho referencia más arriba; pero en parte también porque acaso el funcionamiento real de la institución del despido económico no ha satisfecho las expectativas que se pusieron en él. La aplicación judicial del despido económico es, en este sentido, incierta, puesto que coexisten en el ámbito de jueces y magistrados distintas concepciones en cuanto al alcance que debe ser asignado al control causal que permite el Estatuto de los Trabajadores —y, aunque poco sabemos sobre la aplicación administrativa, hay que sospechar que se mueve en terreno similar—. Aunque no es posible demostrar detalladamente esta idea en esta sede, cabe recordar los dos filones interpretativos que el Tribunal Supremo abrió con sus dos sentencias iniciales, de abril y junio de 1996. Y, si bien es cierto que la sala se ha ido decantando en los años siguientes por el primero de ellos, no lo es menos que la existencia de dos visiones sobre el sentido del despido en interés de la empresa, una más “fisiológica” y otra más “patológica”, continúa presente en la doctrina de los TTSSJ y, en la jurisprudencia del TS, genera extrañas evoluciones —como la que parece haberse producido entre 2000 y 2006 respecto a la legitimidad de los despidos

basados en la externalización de una unidad o servicio— o vistosas contradicciones argumentativas —como la aparecida recientemente en el tema de la legitimidad del despido fundado en la pérdida de una contrata—.

B) PROPUESTAS PARA EL DEBATE

Para concluir, cabe formular algunas propuestas para un eventual debate sobre la reforma de la disciplina de la estabilidad en el empleo en nuestro sistema. No pretendo con ellas ser original —puesto que muchas de ellas han sido avanzadas en el reiteradamente citado informe de 2005 o por la doctrina que se ha ocupado del tema— sino simplemente ordenar posibilidades e ideas, a efectos de que aquel pueda desarrollarse sistemáticamente y respecto de puntos concretos. Se trata con ello de evitar que se incurra, en otras palabras, en vagas generalizaciones y abstracciones, en las que se toma postura en función de criterios apriorísticos —como, por otro lado, empieza a advertirse en las nuevas peticiones de reforma del régimen del despido, reactividades a consecuencia de la crisis—. Pues bien, desde mi punto de vista, esta sistematización debería tener en cuenta, en primer lugar, los sujetos implicados y, en un segundo momento, los temas a dilucidar.

a) Por lo que se refiere a los primeros, es claro que, desde el punto de vista jurídico, el funcionamiento del sistema depende de las decisiones legales pero, como se ha visto, no sólo de ellas: la interpretación que de las leyes hacen los jueces así como la concreción o desarrollo que realizan los agentes sociales mediante la negociación colectiva son también sumamente relevantes. Interesa destacar que en todos y cada uno de estos ámbitos de actuación, cabe repensar los temas que nos ocupan.

Por lo que se refiere al plano de las decisiones legales, viene siendo una constante desde hace años el intento de que las nuevas medidas legales en materia de mercado de trabajo sean objeto de consenso dentro del diálogo social. Parece razonable puesto que ello hace que las medidas de reforma que se introducen cuenten con un amplio grado de legitimidad.

Con todo, si la actuación legislativa se sujeta al consenso, se corre el riesgo de no avanzar o de hacerlo de modo limitado. Ejemplo de ello lo encontramos, sin ir más lejos, en la reforma de 2006: las medidas que acabaron por pactarse y convertirse en normas legales fueron más limitadas que los problemas de contratación y regulación de la estabilidad en el empleo que habían sido detectados en 2005 por una comisión de expertos, a pesar del amplio espectro ideológico que abarcaba.

En todo caso, las normas legales, por su naturaleza, continuarán siendo de alcance general. Con ello el problema de su integración o concreción pasa a primer plano. Resulta interesante destacar que, en este terreno, es poco adecuado dejarlas en manos de los órganos del poder judicial. Una norma legal amplia, abstracta y general que haya de concretarse por jueces y tribunales no deja de ser problemática en el terreno que nos ocupa, toda vez que la aplicación judicial puede ser poco sensible a los intereses que se ocultan detrás de aquella. La variable “empleo” no puede incorporarse con facilidad al proceso interpretativo. Algunas tendencias interpretativas consolidadas en nuestra jurisprudencia lo demuestran —tal es el caso de las dificultades a la apertura de procesos de integración de trabajadores temporales en contratados estables con condiciones de trabajo diferenciadas o, si se prefiere una expresión más sencilla, el tratamiento restrictivo de las dobles escalas—. Por el contrario, la negociación, llamada por la ley, puede ser más sensible a este tipo de planteamientos: no ha sido objeto de crítica, en este sentido, la regulación del contrato de fomento de la contratación indefinida que permite que los acuerdos colectivos alcanzados en el procedimiento de regulación de empleo dispensen al empresario de algunos de los requisitos legales para acceder a esta modalidad contractual.

Mucho más adecuado es, en este sentido, el incremento de las facultades de integración de las normas legales de la negociación colectiva. Se trata de una vía que, en el terreno de la contratación, se abrió en 1994. Aunque fue objeto de un desarrollo discutible y, por ello, de una

revisión posterior, en 1997, lo cierto es que las normas estatutarias continúan abriendo espacios a los convenios para la concreción del régimen de los contratos de duración determinada —causas y duración, fundamentalmente—. Deberíamos valorar esta experiencia y, si es correcta, extenderla quizá al campo de la extinción contractual, sobre todo, en el terreno del despido económico. En este terreno se registran ya algunas experiencias de concreción convencional de las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción que, sin embargo, deben hacer las cuentas con el criterio de fondo que los tribunales manejan, el de la imposibilidad de acceso al tema por los convenios al tratarse de materia de “orden público”.

b) En cuanto a las cuestiones que han de ser objeto de análisis en una eventual discusión sobre ulteriores reformas del régimen de la estabilidad en el empleo, es claro que debe avanzarse más en la lucha contra la temporalidad injustificada. En otros países, comienza a manejarse la idea de unificar todos los contratos en uno solo, de carácter indefinido bien que con una protección reducida frente al despido. Es probable que propuestas de este tipo resulten poco adecuadas, en general y en su proyección a la específica realidad española. Es claro, en todo caso, que hay que insistir en el proceso de recuperación de la causalidad de la contratación temporal, abierto hace ya tiempo. Siempre que los convenios afronten efectivamente la tarea, la concreción detallada de las causas por medio de la negociación puede ser un instrumento adecuado para avanzar en esta línea —puesto que permite adoptar los postulados generales a las especialidades de cada sector—. Ello no obstante, en algunos casos es preciso introducir normas legales que modifiquen las interpretaciones jurisprudenciales consolidadas: la revisión de la legitimidad de los contratos de obra asociados a la duración de una contrata o subcontrata de obras o servicios, apuntada en el Informe de 2005, es el ejemplo más evidente.

En otro orden de consideraciones, y por lo que se refiere a la posible reforma de los contratos indefinidos para hacerlos más “atractivos” a

las empresas, son varias las cuestiones que han de ser resueltas. Desde un punto de vista general, se abre la cuestión de dónde debe producirse la “flexibilización”. A mi juicio, la cuestión tiene una respuesta evidente: en ningún caso, en el terreno de las decisiones ilícitas de la empresa. Aunque es cierto que durante mucho tiempo se ha vuelto la espalda a esta realidad, creo que hay que acostumbrarse a que los despidos forman parte de la “fisiología” de la empresa. Pero no cualquier tipo de despidos: sólo los que se relacionan con motivos de naturaleza económica, técnica, organizativa o de producción. Por tanto, es aquí donde hay que trabajar; y no el terreno de los despidos improcedentes que, como su mismo nombre indica, son fruto de una decisión ilegítima del empresario...

En cuanto a las maneras de facilitar la reestructuración de las plantillas mediante despidos económicos, cabe pensar en hasta tres cuestiones. La primera hace referencia a si debemos avanzar o no en la diversificación contractual: ¿se trata de reformar el contrato indefinido, mediante la “flexibilización” de la disciplina del despido? ¿O, más bien, de lo que se trata es de establecer nuevas modalidades de contrato indefinido, con protección frente al despido disminuida respecto de la “clásica”? Nuestro ordenamiento, desde 1997, ha empezado a caminar por esta vía, si bien jugando en el terreno de los costes del despido improcedente. ¿Debería continuar avanzando en esta línea, recogiendo algunas de las experiencias que se han producido en países de nuestro entorno, donde se han generado modalidades de contrato indefinido sin protección frente al despido en el momento inicial, y que se va incrementando con la duración? Resulta difícil pronunciarse. La verdad es que la experiencia del contrato de fomento de la contratación indefinida ha sido positiva, como se ha indicado, en términos de creación de empleo estable. Con todo, no deja de ser una forma de segmentación y genera desigualdades entre las empresas en función de que se encuentren en una fase inicial y, por tanto, abiertas a la contratación o se encuentren ya con la plantilla consolidada, puesto que en este caso no pueden acceder a estas formas más flexibles de contrata-

ción —o sólo pueden hacerlo limitadamente—. Me parece por ello razonable trabajar sobre un único modelo de contrato indefinido y centrar nuestros esfuerzos en repensar la disciplina de su estabilidad.

En este terreno, una eventual relajación de las normas sobre despido económico puede afectar a las causas o a los costes procedimentales o indemnizatorios. En cuanto a estos últimos, no parece que los actualmente establecidos en la ley sean excesivos. Si bien es cierto que el mantenimiento de la autorización administrativa en los despidos colectivos es un claro anacronismo, como idea general no parece que el procedimiento de despido económico haya de ser objeto de grandes reformas. De hecho, en la mayor parte de los casos —los que se tramitan por la vía de la extinción por causas objetivas—, es sumamente sencillo. En cuanto al coste, el preaviso y, sobre todo, los veinte días de salario por año trabajado, con el tope de 12 mensualidades, no resultan desmesurados en comparación con los que presentaba el “añorado” contrato temporal de fomento del empleo. Si hubiera de avanzarse en la reducción, deberíamos pensar más bien en una eventual “socialización” de su pago. Cabría pensar en esta línea en la posibilidad de extender la solución actualmente prevista para las pequeñas y medianas empresas, cuyas indemnizaciones por despido económico ya son objeto de reducción y pago de la parte reducida por el Fondo de Garantía Salarial.

De este modo, y al menos desde mi punto de vista, deberíamos centrarnos en la reflexión sobre la causalidad del despido económico, eliminando las incertidumbres que actualmente gravan sobre él por impacto de la interpretación desarrollada por jueces y tribunales. Una ulterior reforma de los correspondientes preceptos estatutarios podría ser interesante, clarificando

—si es que es posible— hasta dónde llegan las facultades judiciales de control de las decisiones empresariales y abriendo, en todo caso, la posibilidad de que las cláusulas generales contenidas en la ley sean objeto de concreción por la negociación colectiva. Con todo, no se trataría de eliminar completamente la vigilancia externa de las decisiones empresariales; sólo de aligerarla en relación con la concurrencia de la causa económica, sin perjuicio de que pudiera ser incrementada en otras facetas que, actualmente, por deficiencias estructurales del sistema, no son objeto de control: me refiero a la cuestión de la incorporación de criterios que aseguren, de un lado, que los despidos económicos no se usan para encubrir despidos personales y, de otro, que aquellos se desarrollan conforme a criterios sociales en relación con la selección de afectados.

En todo caso, y antes de cerrar estas reflexiones, debo recordar una idea que quizá se haya perdido de vista por la sistemática que se ha seguido en este número monográfico. Es posible que sea preciso introducir algunas modificaciones en el régimen del despido que faciliten a la empresa recurrir a él. Pero no debe perderse de vista que el objetivo de la “flexiguridad” no es facilitar el despido sino establecer un marco normativo que maximice la creación de empleo e incremente su calidad. Quiero con ello decir, y con ello concluyo, que las diferentes propuestas que se acaban de manejar en ningún caso pueden barajarse aisladamente sino que deben ir acompañadas, como postula el modelo de la “flexiguridad”, de políticas adecuadas de reparación de las consecuencias del desempleo y, sobre todo, de políticas activas del mercado de trabajo que minimicen duración y efectos del paro. Pero esto es cuestión que es objeto de análisis en otra de las contribuciones de este número...

NOTA BIBLIOGRÁFICA

1. Un análisis de conjunto del concepto de “flexiguridad” puede encontrarse véanse RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Flexiseguridad: el debate europeo en curso”, o LAUDOM, S., “El enfoque comunitario del concepto de flexiguridad”, ambos en *Relaciones laborales*, 15-16 (2007), pp. 3 ss. Y 29 ss., así como MONEREO, J.L. y

FERNÁNDEZ, J.A., “El debate europeo sobre flexiguridad en el trabajo (reflexiones en torno al Libro Verde de la comisión de las Comunidades Europeas)”, *Revista de relaciones laborales. Universidad del País Vasco*, 16(2007), pp. 167 ss. En ellos, se encuentran referencia al modelo danés que pueden ser completadas con ZUBERO, I., “¿A qué huele en Dinamarca?”, *Revista de relaciones laborales. Universidad del País Vasco*, 16(2007), pp. 35 ss.

Los distintos documentos comunitarios a los que se hace referencia, junto con muchos otros, pueden encontrarse en http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/green_paper_en.htm. En cuanto al informe de la Comisión de expertos, *Más y mejor empleo en un nuevo escenario socioeconómico: por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas* se encuentra en www.tt.mtas.es/periodico/laboral/200501/informe.pdf.

2. En relación con la elaboración del principio de estabilidad en el empleo y su posterior erosión a finales de los 70, véase, por todos, OJEDA AVILÉS, A., “El final de un principio (la estabilidad en el empleo)”, en *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Madrid (Tecnos), 1980, pp. 467 ss. Un análisis de la reforma de 1984 y las principales novedades introducidas en punto a contratación, en RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. (coord.), *Comentarios a la nueva legislación laboral*, Madrid (Tecnos), 1985. Para la valoración de conjunto del modelo español basado en la flexibilidad “de entrada”, CASAS, M.E., y VALDÉS, F., “Diversidad y precariedad en la contratación laboral en España”, *Relaciones laborales* 1989-I, pp. 240 ss. El informe *Segura* fue publicado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (SEGURA, J. et al., *Análisis de la contratación temporal en España*, Madrid [MTSS], 1991).

Un análisis sintético de las distintas normas que han trazado el proceso de revisión de la inicial expansión del trabajo atípico, buscando la restricción de la precariedad, puede encontrarse en LAHERA FORTEZA, J., y GARCÍA QUIÑONES, J.C., “La transformación de la contratación laboral, el trabajo a tiempo parcial y el despido”, en *Cuadernos de relaciones laborales*, 25-2(2007), pp. 39 ss. o GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J.J. y DEL VALLE, J.M., “Contratación laboral y desempleo. Perspectiva desde la flexiseguridad”, *Relaciones laborales* 15-16(2007). Sobre el uso que los convenios colectivos hicieron de las habilitaciones legales para concretar los supuestos de uso de los contratos de duración determinada, véanse LÓPEZ GANDÍA, J.V., *Negociación colectiva y modalidades de contratación laboral*, Valencia (Tirant), 1997.

Respecto de la posible expansión del contrato a tiempo parcial como mecanismo de generación de empleo, así como sus ventajas e inconvenientes, es lectura obligada el extenso *Informe sobre el trabajo a tiempo parcial*, elaborado por el Consejo Económico y Social en 1996, a iniciativa propia. El estudio detallado de la protección social de estos trabajadores, tras las reformas de finales de la década de los 90, en ROQUETA BUJ, R., *La protección social de los trabajadores a tiempo parcial*, Madrid (CES), 2002.

3. En relación con la evolución de la normativa sobre extinción, cabe encontrar un análisis de síntesis de las tendencias abiertas por la reforma de 1994 en GOERLICH PESET, J.M., *La extinción del contrato de trabajo*, Valencia (Tirant), 1994. La evolución normativa posterior puede ser reconstruida mediante la lectura del artículo citado más arriba de LAHERA, J. y GARCÍA QUIÑONES, J.C., “La transformación de la contratación laboral, el trabajo a tiempo parcial y el despido”.

Un estudio algo más detallado del funcionamiento del despido económico en nuestro sistema, en los aspectos que han sido objeto de consideración, en GOERLICH PESET, J.M., “Libertad de empresa y extinción del contrato de trabajo”, en PÉREZ DE LOS COBOS, F., *Libertad de empresa y relaciones laborales*, Madrid (Instituto de Estudios Económicos), 2004. Por lo que se refiere a las facultades de la negociación colectiva para acceder a la regulación de la extinción, véanse FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. “Aproximación al convenio como fuente de regulación de la extinción del contrato de trabajo”, *Relaciones laborales* 1997-II, pp. 523 ss. y GOERLICH PESET, J.M., “Extinción del contrato de trabajo y negociación colectiva”, en *Estudios sobre negociación y convenios colectivos. Homenaje al pfr. Alberto Guanche Marrero*, Madrid (CEURA), 2003, pp. 255 ss.

4. En cuanto a posibles propuestas para el debate, continúa siendo de interés, a pesar de su fecha, SALA, T., RAMÍREZ, J.M., ALFONSO, C y BLASCO, A., “La contratación temporal: un pacto posible”, *Actualidad laboral* 13(2001), pp. 325 ss. Véase también VALDÉS DAL-RE, F. y LAHERA FORTEZA, J., *La precariedad laboral en España. Por un nuevo marco jurídico de la contratación temporal para la convergencia con el ordenamiento comunitario*, Granada (Comares), 2004. Por otro lado, el número monográfico reiteradamente de *Relaciones laborales* [15/16(2007)] contiene trabajos con propuestas en relación con nuestro sistema (cfr. GIL, J.L., “Seguridad versus flexibilidad en la protección contra el despido injustificado”, aunque no coincidente con las que se manejan) o con las que se han introducido o se debaten en alguno de los de nuestro entorno (cfr. AUZERO, MERLATEAU).

Fecha de recepción de originales: 14 de octubre de 2008

Fecha de aceptación de originales: 5 de noviembre de 2008

RESUMEN

Este trabajo analiza las propuestas del Libro Verde para modernizar el Derecho del Trabajo relativas a la conveniencia de reformular los planteamientos de las dos vertientes de la política de empleo. En concreto, su apuesta por unas políticas activas eficaces que ayuden a las personas a realizar las transiciones a nuevos puestos de trabajo, reduciendo, así, los períodos de desempleo. La crítica que se hace a tales postulados es que su puesta en práctica exigiría una profunda revisión del funcionamiento de los Servicios Públicos de Empleo, de la coordinación en los de carácter estatal y autonómico y de la efectividad real de las diferentes medidas comprendidas en las políticas activas, en especial de las de carácter formativo. Además, supondría poner en cuestión el excesivo peso de los niveles contributivos de protección del desempleo en los diferentes ordenamientos jurídicos. En fin, se realizan algunas reflexiones críticas sobre el alcance del eufemísticamente denominado Libro Verde.

PALABRAS CLAVE

FLEXIGURIDAD, EMPLEO, DESEMPLEO, POLÍTICAS ACTIVAS, POLÍTICAS PASIVAS, TRANSICIONES LABORALES

ABSTRACT

This essay analyses the Green Book proposals, to update Labour Law, relating to the advisability of reformulating the approaches on the two aspects of employment politics. Specifically, its confidence in efficient active politics, which help people to execute transitions to new jobs, reducing periods of unemployment. Its postulates are criticized due to, it is said, its implementation would demand a deep revision on how Public Services of Employment work, of the coordination among the national and autonomic services and the real effectiveness of the different measures, which are comprised in the active politics, particularly those of formative character. Therefore, it would mean doubting the excessive weight of contributive levels of unemployment protection in the different legal systems. In the end, some thoughtful critics are made on the scope of the euphemistically so called Green Book.

KEY WORDS

FLEXICURITY, EMPLOYMENT, UNEMPLOYMENT, ACTIVE POLITICS, PASSIVE POLITICS, LABOUR TRANSITIONS

EMPLEO Y DESEMPLEO: POLÍTICAS ACTIVAS Y PASIVAS

Ricardo Escudero Rodríguez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Alcalá

Sumario: 1. Una premisa general y necesaria: el alcance de las políticas activas y pasivas de empleo. 2. La relación entre políticas pasivas y activas en el Libro verde y su proyección sobre la situación española. A) La apuesta por las transiciones laborales o la búsqueda de la garantía de la seguridad en el empleo. B) La importancia decisiva de las políticas activas de empleo, en especial del aprendizaje permanente. C) La existencia de unos sistemas suficientes y eficaces de protección del desempleo: los fuertes condicionantes de la propuesta. D) El necesario replanteamiento de la interrelación dialéctica entre políticas activas y pasivas y las intersecciones entre una y otra. 3. Algunas reflexiones críticas sobre el alcance del eufemísticamente denominado Libro Verde.

1. UNA PREMISA GENERAL Y NECESARIA: EL ALCANCE DE LAS POLÍTICAS ACTIVAS Y PASIVAS DE EMPLEO

El Libro Verde *“Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI”*, elaborado por la Comisión de las Comunidades Europeas —en adelante, Libro Verde— sitúa en el centro de sus propuestas y del consiguiente debate que ha pretendido provocar la relación entre las dos vertientes que caracterizan las políticas de empleo: de un lado, las denominadas pasivas y, de otro, las llamadas activas. Pues bien, de modo previo al análisis y valoración del contenido del mismo en dicha materia, conviene precisar el alcance real de cada una de esas dos manifestaciones a fin de conocer, con exactitud, cuáles son los parámetros de referencia de las consideraciones que se van a efectuar en este trabajo.

En efecto, las políticas de empleo se estructuran en dos grandes bloques: en primer

lugar, las de carácter pasivo, que son las que, tradicionalmente, han sido objeto de una mayor atención legislativa. Ellas son fórmulas de compensación por la pérdida de ingresos padecida por el trabajador que se encuentra en desempleo, mientras aquél permanece en tal situación. En concreto, las políticas pasivas incluyen las percepciones económicas a las que tienen derecho los trabajadores por causa de protección del desempleo, tales como el pago de las prestaciones o de los subsidios en tal concepto o de la renta activa de inserción, dirigida a desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo. Esto es, comprenden cualquier tipo de cantidad abonada por los poderes públicos que es percibida por tales colectivos, siempre que su origen sea el desempleo. En nuestro ordenamiento, tales políticas pasivas derivan, directamente, de lo establecido en el art. 41 de la Constitución que establece que los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social, para todos los ciudadanos,

que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, “especialmente en el caso de desempleo”.

Y, en segundo término, están las políticas activas de empleo, que se han ido abriendo terreno, con mucha fuerza y, a veces, originalidad, en los diferentes ordenamientos jurídicos durante las últimas décadas y que se han ido diversificando de manera progresiva tanto desde el punto de vista subjetivo como desde la perspectiva de las técnicas utilizadas. Estas políticas son aquellas que tienen por finalidad bien conseguir la inserción o reinserción profesional de personas desempleadas o bien lograr el mantenimiento del empleo de trabajadores ocupados, procurando evitar que lo pierdan por motivo de obsolescencia profesional. Las manifestaciones de esta modalidad de la política de empleo son más amplias y variadas que en el caso de las políticas activas e, incluso, conocen un marcado grado de dispersión legislativa, ya que se encuentran en muy distintos pliegues del ordenamiento jurídico de los diferentes países.

La legislación española recoge, con mucha claridad y modernidad, ambas vertientes de la política de empleo, por lo que es oportuno detenerse en ello. Así, ésta es definida, con acierto, por el art. 2 de la *Ley 26/2003, de 16 de diciembre, de Empleo* como el conjunto de decisiones que, teniendo en cuenta lo establecido en los art. 40 y 41 de la *Constitución*, son adoptadas por el Estado y las Comunidades Autónomas y tienen por finalidad el desarrollo de programas y medidas tendentes a la consecución del pleno empleo, así como la calidad en el empleo, a la adecuación cuantitativa y cualitativa de la oferta y demanda de empleo, a la reducción de las situaciones de desempleo y a la debida protección en las situaciones de desempleo.

Dicha norma legal supuso un claro paso adelante en la precisión de estos conceptos no sólo por el hecho de definir la política de empleo sino, además, por incorporar, plenamente, la aludida tipología de las políticas de empleo y, muy en especial, por abordar con detalle la regulación general de las de carácter activo. Lo

evidencia que dedique a éstas un capítulo —el II— dentro de su título II. En efecto, dicha Ley define, de modo expreso en su art. 23, las políticas activas como un conjunto de programas y medidas de orientación, empleo y formación que tienen por objeto mejorar las posibilidades de acceso al empleo de los desempleados en el mercado de trabajo, por cuenta propia o ajena, y la adaptación de la formación y recalificación para el empleo de los trabajadores, así como aquellas otras destinadas a fomentar el espíritu empresarial y la economía social. Y, asimismo, su art. 24 enfatiza en el enfoque preventivo de las mismas a fin de facilitar nuevas oportunidades de incorporación al empleo a los desempleados antes de que éstos pasen a una situación de paro de larga duración.

Pues bien, el concreto contenido de las políticas activas de empleo se articula en torno a un conjunto plural de ejes temáticos, que vienen recogidos, con carácter general, en el art. 25.1 de la mencionada Ley de Empleo. Sin seguir exactamente el desglose de los mismos que efectúa dicho precepto, tales ejes pueden sintetizarse del siguiente modo: a) La promoción de la creación y fomento del empleo y de la actividad que lo genere, apoyando también el autoempleo, la economía social y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas. b) El acceso al empleo asalariado o autónomo por medio de diferentes técnicas de incentivación, ya sean de naturaleza económica o técnica, promoviendo medidas destinadas a la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social. c) La intermediación entre la oferta y la demanda de trabajo; esto es, la colocación, que facilite, entre otras medidas, la movilidad geográfica. d) La información y orientación profesionales tendentes a la búsqueda activa de empleo. e) La formación profesional en sus diferentes vertientes a fin de favorecer la empleabilidad de los trabajadores desempleados o de mejorar la cualificación de los ya ocupados para evitar la pérdida de su empleo y el fomento de la práctica profesional.

Como se desprende de su mera lectura, tales medidas tienen perfiles jurídicos muy variados, pero siempre tienden a objetivos que son,

de por sí, complementarios. Y, desde el punto de vista del estatus de los trabajadores afectados, hay que distinguir, de un lado, entre un bloque de acciones dirigidas a procurar la inserción o reinserción profesional de los que están desempleados, que, en un sentido amplio, pueden incluir, en su caso, una serie de medidas dirigidas a atenuar la pérdida de empleo y a reencontrar otro, tales como ciertas iniciativas contenidas en los llamados planes sociales que son preceptivos en empresas que superen un número determinado de trabajadores, como, por ejemplo las relativas a la recolocación en otras empresas u *out placement*. Y, de otro, dichas medidas tienden al mantenimiento del empleo de los trabajadores que están ocupados, esto es, todas las que se encuadran dentro de lo que se ha dado en denominar la gestión preventiva del empleo, o sea, de conservación del mismo y evitación de su pérdida.

En fin, de todo lo expuesto con anterioridad se deduce que las políticas de empleo se caracterizan por su enorme amplitud subjetiva y material al afectar a múltiples sujetos e instituciones y al desglosarse en muy variadas manifestaciones, como demuestra sobradamente la mera lectura de la legislación vigente sobre el tema o de las Directrices comunitarias en materia de empleo. Así, entre los sujetos afectados, cabe destacar la intervención de diferentes instituciones de carácter público —la Unión Europea, la Organización Internacional de Trabajo, los Estados— y, dentro de ellos, de las Administraciones General, autonómica y local— y de carácter privado, tales como las empresas y sus organizaciones representativas, los sindicatos, ciertas agencias, centros formativos, fundaciones, asociaciones, organizaciones no gubernamentales, sociedades sin ánimo de lucro, etc. Y, claro es, los trabajadores, siendo sus destinatarios muy dispares ya que, como se ha expuesto, pueden encontrarse en situación de desempleo y pertenecer a determinados colectivos desfavorecidos en el mercado de trabajo o bien estar ocupados.

Y, desde un punto de vista objetivo, las políticas de empleo abarcan múltiples materias que, como se ha visto, afectan a una pluralidad

de formas de empleo (asalariado, autónomo, público y privado...), al acceso al mismo, a los incentivos a la concertación de contratos y al autoempleo, a la orientación y formación profesional, al perfeccionamiento, reconversión y reinserción laboral, a los servicios de colocación y recolocación. E, incluso, en un sentido más amplio, a la regulación de determinadas condiciones laborales, señaladamente los diferentes tipos de contratación laboral, el tiempo de trabajo dada su eventual relación con la redistribución del empleo, la no discriminación por diversas causas y la pérdida del empleo. En suma, el universo de figuras afectadas por las citadas políticas es realmente extenso y exige un análisis transversal de muchos bloques temáticos de los distintos ordenamientos jurídicos.

2. LA RELACIÓN ENTRE POLÍTICAS PASIVAS Y ACTIVAS EN EL LIBRO VERDE Y SU PROYECCIÓN SOBRE LA SITUACIÓN ESPAÑOLA

A) LA APUESTA POR LAS TRANSICIONES LABORALES O LA BÚSQUEDA DE LA GARANTÍA DE LA SEGURIDAD EN EL EMPLEO

Esclarecidos los conceptos y las manifestaciones básicas de las políticas de empleo a modo de premisa general, es ya el momento de precisar qué es lo que realmente plantea el Libro Verde sobre políticas activas y pasivas de empleo. Pues bien, para ello, hay que distinguir entre lo que dicho libro afirma al respecto y las específicas preguntas que somete a la reflexión general. Respecto de lo primero, conviene recordar que aquél adopta un enfoque del trabajo basado en el ciclo de vida, pues parte de la ruptura del prototipo de conservación del mismo puesto de trabajo durante toda la carrera profesional del trabajador.

Esto es, de la idea de que el trabajo predominante o exclusivo en la vida laboral ha

concluido como paradigma, salvo, habría que añadir, al menos por el momento, en el empleo funcional. Y, en consecuencia, dicho Libro critica el hecho de que las legislaciones laborales y de seguridad social se han diseñado, en general, para garantizar la protección de los trabajadores por cuenta ajena en empleos particulares, pero quizás no basten para ayudar a los trabajadores en su transición de una situación a otra, bien por interrupciones de trabajo involuntarias (así, las motivadas por despido o desempleo) o voluntarias (como, por ejemplo, por causa de formación, conciliación con responsabilidades familiares, excedencias o permisos parentales).

En consecuencia, el Libro Verde aboga, de modo reiterado, por la puesta en práctica de políticas de movilidad o, utilizando sus propios términos, de transiciones entre un empleo y otro. En efecto, aquél se refiere a la movilidad geográfica y, también, a la de carácter funcional —esto es, a la flexiguridad interna en una misma empresa— y, asimismo, a la libre circulación de trabajadores en el espacio europeo. Pero, sobre todo, enfatiza en la movilidad de una empresa a otra o, en su caso, de un empleo asalariado a uno autónomo, es decir, la flexiguridad externa. Y, así, más que a la movilidad en el sentido tradicional del término, dicho Libro se refiere a las “transiciones” en el seno del mercado de trabajo entre diferentes empleos.

En fin, el mencionado Libro considera que tales deficiencias se proyectan de modo especial, sobre las mujeres, los desempleados de larga duración y los denominados trabajadores “periféricos” o colectivos en situación de mayor debilidad cara a la inserción o reinserción laboral. De ahí que apueste por unos mercados de trabajo más inclusivos y reactivos ante la innovación y los cambios, debiendo disponer los trabajadores potencialmente vulnerables de oportunidades sucesivas que les permitan mejorar su movilidad y lograr que sus transiciones laborales sean un éxito. Y, de modo general para todos los trabajadores, el reiterado Libro da un mayor énfasis a un marco de apoyo que garantice la seguridad en el empleo, incluida la protección del desempleo y medidas activas de

apoyo a los trabajadores durante los períodos de transición.

Partiendo de tales apreciaciones, el Libro Verde somete a la consideración de los diferentes sujetos implicados en la materia que nos interesa unos concretos interrogantes, que son los siguientes: de un lado, se plantea si “¿merecería la pena contemplar una combinación entre una relajación de la legislación de protección del empleo y una asistencia adecuada a los desempleados, en forma de compensaciones por pérdida de ingresos (políticas pasivas del mercado de trabajo) y también mediante políticas activas del mercado de trabajo?” (pregunta nº 4). Por otro lado, se interroga “¿cuál puede ser la función de la Ley o de los convenios colectivos negociados entre los interlocutores sociales en el fomento del acceso a la formación y las transiciones entre las distintas formas de contratos para sostener la movilidad vertical a lo largo de una vida profesional plenamente activa? (pregunta nº 5). Y, por último, se plantea “¿cómo se puede facilitar la contratación..... y garantizar a la vez un nivel suficiente de seguridad de empleo y de protección social?” (pregunta nº 6).

Las tres preguntas están interrelacionadas entre sí, por lo que la reflexión sobre ellas se efectuará de un modo conjunto y no individualizado. Y ello, porque, en el fondo, el hilo conductor del Libro Verde en la temática que nos ocupa consiste en someter a un debate las siguientes cuestiones que constituyen los ejes básicos de la flexiguridad que son precisos para adoptar un enfoque plural de la misma: de un lado, la conveniencia o no de proceder a lo que denomina “una relajación de la legislación de protección del empleo”, lo que no es más que un deliberado y burdo eufemismo para referirse a la flexibilización de las causas, procedimientos y costes del despido; de otro, la posibilidad de otorgar una adecuada protección a los desempleados —lo que parece sugerir, implícitamente, que la actual no lo es o, cuando menos, que hay que revisarla— tanto en su vertiente económica o pasiva como en la relacionada con las políticas activas, dentro de las que la formación ocupa un lugar central; y, por

último, la intensificación de las transiciones o cambios en los contratos que los trabajadores suscriban durante su vida laboral, lo que suscita el replanteamiento dialéctico de la relación entre políticas pasivas y activas de empleo. En suma, el Libro Verde enfatiza en el rol determinante de estas dos manifestaciones de la política empleo, apostando, firmemente, por la existencia de unas políticas activas eficaces que ayuden a las personas a afrontar cambios rápidos, reduzcan los períodos de desempleo y faciliten las transiciones a nuevos puestos de trabajo.

Ciertamente, algunas de estas reflexiones y propuestas ya habían sido anticipadas, de modo más sucinto, por determinados textos de la Unión Europea, incluso en el conocido y clarividente Informe Supiot de 1999. Ahora bien, el Libro cuyo análisis se efectúa ahora va más lejos en la concreción de las mismas. Así, por poner algún ejemplo relativo al concepto de flexiguridad, en las Directrices sobre políticas de empleo de 2003, se consideraba ya un elemento esencial de dichas políticas el aprendizaje permanente de los trabajadores. Así, la directriz específica nº 3 preveía la necesidad de abordar el cambio y promover la adaptabilidad y la movilidad en el mercado de trabajo, debiendo los Estados proporcionar a los trabajadores y las empresas la capacidad para adaptarse a los cambios, teniendo en cuenta la necesidad de combinar flexibilidad y seguridad. Y, desde ese punto de vista, cabe afirmar que el llamado Libro Verde de 2006 es una concreción de postulados reiteradamente esbozados por la Unión Europea. El llamado Libro Verde hace suyas tales consideraciones y las eleva a categoría general.

B) LA IMPORTANCIA DECISIVA DE LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO, EN ESPECIAL DEL APRENDIZAJE PERMANENTE

El Libro Verde reitera la importancia de las políticas activas de empleo en el nuevo diseño de la flexiguridad para que los trabajadores se sientan más seguros ante situaciones de cam-

bios ocupacionales y de desempleo. Sin embargo, dentro de ellas, se centra, de manera casi exclusiva, en el aprendizaje permanente como manifestación esencial de las mismas. Ahora bien, más allá del inequívoco lugar central y estratégico de la formación, entendida en el sentido amplio que analizaremos a continuación, es muy llamativo que dicho Libro ignore, completamente, otras muchas manifestaciones de las políticas activas de empleo que son de todo punto imprescindibles para conseguir los fines que se propone. Así, por poner algunos ejemplos, los nuevos retos a los que se enfrentan los servicios públicos de colocación, la información y orientación profesionales o los incentivos de distinta naturaleza al empleo, ya sea asalariado o autónomo, que tanta importancia tienen en el modelo español. En todas estas cuestiones, también esenciales para una eficaz política de empleo, el Libro Verde es clara y preocupantemente simplista y deficitario.

Ciertamente, la Comunicación de la Comisión denominada «Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad» de 27 de junio de 2007 concreta algo más al mencionar que es preciso implantar sistemas eficaces de apoyo a la búsqueda de empleo e incentivación del trabajo que garanticen el equilibrio entre los derechos y las obligaciones de los trabajadores. Y, también pero de modo muy general, afirma que es necesaria la asignación de más recursos a políticas individualizadas y preventivas. O, en fin, entiende que hay que reforzar los servicios públicos de empleo en términos de personal y de capacidades, considerándose la cooperación con otros socios del mercado, como las empresas de trabajo temporal. Pero, con todo, se trata de referencias excesivamente sucintas, por lo que el balance de conjunto es excesivamente pobre en relación a una materia compleja y necesitada de nuevos impulsos, máxime si se tiene en cuenta que las Directrices sobre empleo, aprobadas desde 1997 por el Consejo Europeo, han aportado interesantes y concretas pautas sobre las que el Libro Verde y la referida Comunicación pasan como sobre ascuas.

Dicho Libro apuesta, firmemente, por la existencia de unas medidas eficaces en materia de aprendizaje permanente que ayuden a las personas a afrontar los cambios rápidos que conocen, en la actualidad, las nuevas formas de producir y de trabajar de modo tal que los individuos puedan mantenerse al día respecto de las nuevas competencias profesionales solicitadas. Planteamiento que no es novedoso, ya que se inscribe dentro de la necesidad ya recogida en el Tratado de Ámsterdam y sucesivamente invocada por el Consejo Europeo —y, en particular de la llamada Estrategia de Lisboa para el crecimiento y el empleo—, de movilizar todos los recursos nacionales y comunitarios adecuados para promover “una mano de obra cualificada, formada y adaptable” en el contexto de una economía fuertemente competitiva a escala mundial.

Y, en concreto, el Libro Verde y la Comunicación de la Comisión de 27 de junio de 2007 ponen una especial atención en el lugar central que corresponde al aprendizaje permanente al insistir en la necesidad de que en los programas nacionales de reforma se elaboren, de manera más sistemática, estrategias globales a fin de garantizar la adaptabilidad y empleabilidad continuas de los trabajadores a las nuevas situaciones y lograr mejores expectativas de empleo de los mismos. Y muy en particular, de los más vulnerables, pues se afirma en tono crítico que, con demasiada frecuencia, los únicos beneficiados por las medidas formativas son los trabajadores altamente cualificados. Y, en consecuencia, se postula que las políticas activas han de brindar a los desempleados, pero también a otros sujetos como, por ejemplo, a los trabajadores poco cualificados, los que tienen contratos temporales, los de más edad y los autónomos una nueva oportunidad en el mercado de trabajo cara a conseguir su inserción o reinserción laboral en otras empresas o a través del autoempleo. Es decir, el valor del aprendizaje permanente cara a la inclusión social de personas que pudieran estar en situación de riesgo de exclusión es indiscutible. En suma, una mejor y más adecuada formación de tales colectivos ha de redundar, favorablemente, en

una mayor facilidad para realizar transiciones laborales de unas a otras empresas o de una actividad asalariada a una autónoma.

Además, es claro que tales documentos también aluden a otras proyecciones del aprendizaje permanente, como la que se refiere a la específica formación de los trabajadores ocupados. Vertiente que se concreta tanto en la realización de acciones dirigidas a procurar su promoción profesional y, por supuesto, la conservación de su empleo, lo que, en ocasiones, puede pasar por el desempeño polivalente de distintas tareas laborales. Es lo que se ha denominado, desde hace ya algún tiempo, la “gestión preventiva del empleo”, que cuenta con una larga experiencia en países como Francia y Alemania y que consiste en el logro de una más adecuada adaptación de los trabajadores a los requerimientos derivados de los cambios habidos en la forma de producir y de trabajar. Se trata, pues, de acompañar competencias de los trabajadores a las nuevas y cambiantes exigencias empresariales con el fin de impedir una obsolescencia profesional que pudiera estar en el origen de su eventual despido. Y, además, tanto el Libro Verde como la ya mencionada Comunicación a la Comisión resaltan, con acierto, otras vertientes de esa poliédrica y ambivalente figura que es el aprendizaje permanente al considerar que ella también es un instrumento crucial para conseguir el incremento de la competitividad y de la productividad de las empresas al estar en mejores condiciones de responder, de modo idóneo, a los cambios económicos.

Pues bien, aunque el Libro Verde no lo explicita, dicho planteamiento conecta, directamente, con la ruptura del prototipo de la formación y con la necesidad de que ésta se lleve a cabo a lo largo de toda la vida laboral de los trabajadores. Esto es, implica el pase a una concepción de la formación distinta a la que ha imperado tradicionalmente, que, aparte de adquirirse, básicamente, antes del inicio de la actividad laboral, ha sido más estática y, en conjunto, ha estado menos atenta a las exigencias de las necesidades productivas. Por el contrario, la nueva visión del aprendizaje que

subyace en el citado Libro se caracteriza por ser dinámica, actualizada de modo continuo y por estar estrechamente interrelacionada con las transformaciones que está sufriendo, a una velocidad de vértigo, la economía y, por ende, el mercado de trabajo. Su razón de ser no es otra que acomodar plenamente a tales cambios las competencias profesionales de los trabajadores y evitar desajustes entre éstos y los tipos de actividad y de empleo requeridos.

Las Directrices sobre empleo de 2005 ya lo habían reconocido de manera expresa al afirmar que el itinerario profesional de los trabajadores es cada vez más complejo, ya que las modalidades de trabajo se diversifican de manera creciente y son cada vez más irregulares y deben asimismo completar un número creciente de transiciones a lo largo de su vida. Y, dada la rápida mutación de las economías y las consiguientes reestructuraciones, los trabajadores deben adaptarse tanto a nuevos métodos de trabajo como a la evolución de su categoría profesional, y han de estar dispuestos a formarse permanentemente.

Por otra parte, es claro que, para conseguir tales objetivos, se ha de mejorar la inversión continua en recursos humanos y en el desarrollo de las capacidades de los trabajadores, lo que requiere, según reconoce la Comunicación de la Comisión de 27 de junio de 2006, una utilización más eficaz de los recursos públicos y privados que, a su juicio, se rentabilizarán a través del aumento de puestos de trabajo y de la productividad laboral. Y, además, se propone que los poderes públicos estimulen el aprendizaje permanente financiado por los particulares, por ejemplo, mediante deducciones fiscales y que los trabajadores puedan, incluso, sufragar parte de los costes, invirtiendo su tiempo en acciones formativas. La finalidad de tales planteamientos es conseguir, en mucho mayor medida que en la actualidad, que la formación para el empleo y en el empleo —esto es, las vertientes de la formación profesional que, tradicionalmente, se han denominado ocupacional y continua— contribuya a una mayor —al menos, tendencial— tasa de empleo; o bien a una más elevada probabilidad de

mantenerlo por medio de una adecuada cualificación acorde con las necesidades productivas de las empresas, lo que puede actuar como un dique frente a posibles pérdidas de empleo. Y ello es importante, ya que la Comunicación a la Comisión de 27 de junio de 2007 afirma que una elevada participación en el aprendizaje permanente se ha relacionado positivamente con una alto volumen de empleo, ya que, se dice, el gasto en políticas activas del mercado de trabajo es directamente proporcional a la reducción del desempleo global.

No obstante, es indiscutible que es preciso aumentar los fondos destinados al aprendizaje permanente y que una fuerte inversión en medidas de formación puede contribuir al logro de tal resultado. Sin embargo, sin desconocer que tal esfuerzo inversor no siempre implica, de manera incondicionada, un incremento de la calidad de las iniciativas formativas ni un efecto directo y positivo en el descenso del desempleo. Y ello, porque en la creación de empleo y en su mantenimiento influyen un conjunto de parámetros que exceden, con mucho, a la inversión en formación y que tienen que ver con magnitudes y ciclos económicos y con la existencia de una serie de presupuestos de distinta naturaleza, como, por ejemplo, los fiscales, los administrativos y los relativos a los costes indirectos del empleo. Dicho en otros términos, el destino de mayores recursos a medidas de carácter formativo es una condición necesaria, pero no suficiente, para la generación y la conservación del empleo.

Con todo, es de todo punto necesario llevar a cabo análisis cualitativos y no meramente cuantitativos a fin de poder conocer, con mayor exactitud y fiabilidad, la efectividad de las medidas de políticas activas adoptadas por los diferentes poderes públicos y, muy en especial, de las formativas. Y, para ello, es preciso utilizar nuevas metodologías de análisis que permitan realizar estudios de seguimiento tras la colocación, la concesión de incentivos al empleo asalariado o al autoempleo o tras la puesta en práctica de acciones formativas y/o de información y orientación profesionales. En definitiva, es imprescindible efectuar valo-

raciones cualitativas y fiables de los resultados de las medidas de políticas activas, comprobando hasta qué punto el incremento del gasto en ellas va acompañado de un aumento de su eficiencia.

En efecto, la medición del grado de eficacia real de las políticas activas de empleo es una de las asignaturas pendientes de muchos modelos de relaciones laborales y, desde luego, de los de los países del sur de Europa y, entre ellos, del nuestro. Es como un ritornello que está siempre presente en las declaraciones políticas, en las del diálogo social y en las reformas de la legislación laboral. Es, realmente, un tema recurrente e indispensable en cualquier Estado social y democrático de Derecho y es de todo punto indudable que es un objetivo prioritario a conseguir en toda circunstancia y situación al margen de que su logro se vincule o no a la llamada flexiguridad. Es decir, es un valor por sí mismo.

Subyace, pues, el grave problema de comprobar la efectividad de unas políticas, que, como ya se ha señalado, se han vuelto enormemente complejas y variadas desde diversas perspectivas: por una parte, desde el plano institucional, dado el amplio número de poderes públicos de distinta naturaleza implicados por tales políticas. De otra parte, desde el subjetivo, habida cuenta del creciente número de personas afectadas por ellas y de la necesaria individualización de las diferentes acciones para que tengan unas mínimas garantías de éxito. Y, en fin, desde el objetivo, ya que las políticas activas se desglosan en múltiples manifestaciones materiales que tienen un alcance extraordinariamente amplio.

En fin, es indudable que, en los diferentes países, se ha avanzado mucho tanto en esa materia como, en general, en el conjunto de las políticas activas de empleo, y, asimismo, en la individualización y diversificación de las mismas. Y, de modo especial, es innegable que, en materia de aprendizaje permanente, se ha realizado un importante esfuerzo cuantitativo y cualitativo con la finalidad de vincular, de un modo más estrecho y eficaz, las múltiples acciones en las que aquél se desglosa con el

empleo. Fiel exponente de ello es la profunda actualización que ha conocido el ordenamiento español de los postulados legislativos sobre tal temática, llevada a cabo primero por la *Ley 5/2002, de 19 de junio, sobre Cualificaciones y Formación Profesional*, y, en desarrollo de la misma, por el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, que regula el subsistema de formación profesional para el empleo.

Ahora bien, pese a la revisión de los planteamientos tradicionales, no caben valoraciones autocomplacientes o meramente cuantitativas, ya que se está ante un serio reto para todos los sujetos implicados en el tema y, muy particularmente, para las Administraciones públicas con competencias en tales materias. En consecuencia, en todos los modelos y, desde luego, en el español, sigue siendo absolutamente prioritario realizar un intenso esfuerzo de coordinación entre las diferentes Administraciones Públicas con competencias en materia de políticas activas de empleo, como son la General del Estado, las Comunidades Autónomas y, en menor medida, las Corporaciones Locales. Es verdad que tales atribuciones han sido transferidas a la inmensa mayoría de dichas Comunidades, pero la primera de tales Administraciones conserva importantes márgenes competenciales, a través del Ministerio de Trabajo e Inmigración. Y, muy en particular, por medio del Servicio Público de Empleo Estatal, el cual, junto con la gestión de la protección del desempleo, ostenta, según prevé el art. 13 de la *Ley 26/2003, de Empleo*, una serie de funciones en el ámbito estatal que son imprescindibles para un eficaz funcionamiento y para la coordinación de las referidas políticas activas.

C) LA EXISTENCIA DE UNOS SISTEMAS SUFICIENTES Y EFICACES DE PROTECCIÓN DEL DESEMPLEO: LOS FUERTES CONDICIONANTES DE LA PROPUESTA

El Libro Verde pone también el acento en la conveniencia de revisar las políticas pasivas de empleo al enfatizar en que es impres-

cindible ofrecer unas buenas prestaciones de desempleo; esto es, unas compensaciones por pérdida de ingresos que supondrían una inversión en “unos subsidios de desempleo generosos supeditada a condiciones estrictas”. En concreto, dicho Libro está defendiendo el cambio de algunos extremos de la regulación de la protección por desempleo con el fin de adaptarla a una mayor movilidad de empleo, esto es, en las llamadas transiciones entre un trabajo y otro. Y la Comunicación de la Comisión de 27 de junio de 2007 añade que uno de los componentes básicos de la flexiguridad es la existencia de unos “sistemas de seguridad social modernos que ofrezcan un apoyo a la renta adecuado, fomenten el empleo y faciliten la movilidad en el mercado laboral”; lo que incluye una amplia serie de medidas de protección social, tales como prestaciones de desempleo, pensiones y atención sanitaria. Además, tales medidas, junto con las políticas activas, son elementos esenciales que aportan apoyo y seguridad en los ingresos en los períodos de transición entre puestos de trabajo.

Además, el énfasis que pone el Libro Verde en tal tipo de protección es tal que llega a afirmar que “los trabajadores se sienten más protegidos por un sistema de ayuda al desempleo que por la legislación de protección del empleo”, pues “unos sistemas de subsidios bien diseñados, junto con políticas activas del mercado de trabajo, parecen constituir la mayor garantía frente a los riesgos” que presenta dicho mercado. Y, por su parte, la reiterada Comunicación de la Comisión sostiene que los datos empíricos sugieren tal hipótesis, que entiendo que habría que fundamentar y demostrar con mucho mayor rigor. Pues bien, desde mi punto de vista, se trata de una manifestación tan general como simplista o, mejor, de una verdadera falacia, ya que parece evidente que los trabajadores y sus representantes pretenden tanto una adecuada tutela frente al despido injustificado decidido unilateralmente por el empresario, con unas indemnizaciones que compensen, de modo razonable y proporcionado al daño causado, las extinciones sin

causa, como una protección suficiente en el caso de desempleo.

Por ello, contraponer, de modo deliberadamente maniqueo, las hipotéticas preferencias de los trabajadores cara a la protección contra la pérdida de empleo y las relativas a la tutela de las situaciones de desempleo es utilizar, de modo muy llamativo, una argumentación claramente interesada a fin de motivar un apriorismo. Lo evidencia la mecanicista afirmación contenida en la Comunicación de la Comisión de 27 de junio de 2007 sobre la supuesta percepción de los trabajadores franceses, cuya legislación da una elevada protección del empleo —quiere decir frente al despido— que estiman que sus posibilidades son muy escasas, mientras que los trabajadores daneses, cuya normativa legal es moderada en materia de protección del empleo, las consideran muy altas. Tal reflexión conecta con otra efectuada en el propio Libro Verde que sostiene que Dinamarca ha combinado una legislación laboral flexible y una protección del puesto de trabajo relativamente baja o “más ligera” con una intensificación de las medidas activas del mercado de trabajo, una fuerte inversión en formación u una protección por desempleo intensa supeditada a condiciones estrictas. No obstante, llegar a unas conclusiones de tan enorme calado, prescindiendo completamente de la profunda diferencia entre ambos modelos y de la concurrencia de otras muchas variables que condicionan de raíz la creación de empleo y la movilidad en el mercado de trabajo es un acto de puro voluntarismo impropio de un documento que pretende ser un libro para modernizar el Derecho del Trabajo.

Además, en el fondo, ello implica una propuesta, al menos de manera implícita, consistente en una nueva relación entre fondos de naturaleza privada y pública; esto es, es un modo de dar un mayor protagonismo de los segundos frente a los primeros. En efecto, tal planteamiento conllevaría, de un lado, unos menores costes para los despidos decididos por los empresarios, incluso de aquéllos *ad nutum* o sin cauda justificada y, de otro, un incremento del esfuerzo inversor de las Administra-

ciones Públicas en materia de políticas activas de empleo, que, como se ha expuesto ya, son absolutamente necesarias para conseguir las llamadas transiciones laborales. En suma, una transferencia o un nuevo reparto de las cargas económicas derivadas de la implantación de la flexibilidad que pasa por aligerar el peso que recae sobre los empresarios y por intensificar el que corresponde a los sujetos públicos que son los que, mayoritariamente, soportan la financiación de las referidas políticas activas.

Por otra parte, no hay que olvidar que, en los últimos tiempos, las legislaciones de los Estados miembros de la Unión Europea se han reformado en el sentido de simplificar algunos de los procedimientos de despido. Todo ello ha traído como consecuencia el aligeramiento de los costes empresariales en tales situaciones. Así, en tal sentido, es muy relevante lo sucedido en España con ocasión de la modificación del art. 56.2 del ET llevada a cabo por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, que prevé que el contrato de trabajo se entenderá extinguido en la fecha del despido, cuando el empresario reconozca su improcedencia y ofrezca la indemnización correspondiente, depositándola en el Juzgado de lo Social. Ello supone la posibilidad de neutralizar por iniciativa empresarial el pago de los salarios de tramitación en las cuarenta y ocho horas posteriores al despido o bien antes del acto de conciliación. Y ha habido, también, otras modificaciones legales, como ha sucedido en el caso italiano que han ampliado los supuestos que exceptúan la readmisión obligatoria del trabajador cuando el despido ha sido declarado improcedente. Ello ha implicado un ensanchamiento de los poderes empresariales cara a la extinción contractual con la consiguiente reducción de la tutela real dispensada a los trabajadores en tales situaciones.

Desde otra perspectiva, es claro que, en línea de principios, parece oportuno garantizar unas buenas prestaciones de desempleo, superiores a las actualmente reconocidas, especialmente en determinados ordenamientos jurídicos. No obstante, no hay que olvidar que ello podría producir un efecto perjudicial al reducir la

motivación para aceptar un empleo, máxime si no hay una horquilla suficientemente disuasoria entre las cuantías percibidas por aquel concepto y las retribuciones que conlleva el nuevo empleo a desempeñar por el trabajador desempleado. Y ello puede ser especialmente preocupante en países, como, en general, los del sur de Europa aunque también en los del este— en los que no hay tanta cultura de respeto a las normas legales y donde los planteamientos asistenciales —o puramente pasivos— están más arraigados que en otros modelos en los que la actitud frente al trabajo es bien distinta. De todos modos, como el propio Libro Verde y la Comunicación de la Comisión de 27 de junio de 2007 reconocen, tales prestaciones habrían de ir acompañadas de sistemas eficaces de apoyo a la búsqueda de empleo e incentivación del trabajo y del cumplimiento de unas estrictas condiciones y requisitos en el disfrute de las mismas para evitar fraudulentas y artificiales prolongaciones en la situación de desempleo. El reiterado equilibrio, tan invocado por el citado Libro, entre derechos y obligaciones que conlleva la flexibilidad entre los empleadores, los trabajadores, los solicitantes de empleo y las autoridades públicas alcanza en este punto todo su sentido y significación.

Por otra parte, el planteamiento realizado por el Libro Verde está pensado para facilitar las transiciones de quienes buscan reinsertarse en el mercado de trabajo tras haber perdido un empleo y reúnan los requisitos para obtener las prestaciones por desempleo. Y ello, porque aquél se muestra favorable a la existencia de normas flexibles de Seguridad Social para responder a las necesidades de las personas que cambian de empleo o abandonan temporalmente el mercado de trabajo. Ahora bien, dicho Libro parece no reparar en que hay muchas personas desempleadas que o bien no han tenido un trabajo previo o bien carecen de cotizaciones previas por esa contingencia, porque no se han insertado nunca en el mercado de trabajo o lo han hecho, pero no como asalariados. E, incluso, puede suceder que, hayan trabajado por cuenta ajena, pero no tengan las cotizaciones requeridas para completar los pe-

ríodos de carencia exigidos para acceder a las correspondientes prestaciones.

Esto es, tanto el Libro Verde como la Comunicación de la Comisión de 27 de junio de 2007 parecen ignorar, casi por completo, que el diseño fuertemente contributivo de la protección del desempleo en la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea dificulta, enormemente, el disfrute de la misma por parte de trabajadores que se encuentran sin trabajo o que lo han tenido pero de modo temporal. Dicho Libro lo reconoce, de manera muy incidental, cuando afirma que la diversificación de diferentes tipos de contratos puede tener efectos perniciosos al tratarse de *“una sucesión de empleos de corta duración y de baja calidad con una protección social insuficiente, quedando en situación vulnerable”*. Y, ciertamente, la mencionada Comunicación de la Comisión sostiene, como uno de los itinerarios posibles de la flexiguridad en países con fuerte nivel de segmentación, que sería preciso remodelar los sistemas de seguridad social con el fin de aumentar las prestaciones ofrecidas durante los períodos de desempleo más breves, introduciendo un sistema de asistencia social para incrementar la movilidad y reducir su dependencia del apoyo familiar informal.

Con todo, como sucede tantas veces en el denominado Libro Verde, el análisis de una problemática tan compleja peca de un enorme simplismo. Y ello porque, para llevar a cabo las propuestas efectuadas por aquél, sería absolutamente necesario revisar los planteamientos estrictamente contributivos de dicha protección que excluyen de la misma a los colectivos que están en una posición de mayor vulnerabilidad ya sea por el tipo de contrato que han tenido ya sea por carecer, sin más, de un empleo anterior. Y ese es un empeño que cuenta con muchas resistencias de todo tipo y, muy en particular, de carácter económico y mucho más aun en épocas de crisis como las que nuestras sociedades están padeciendo en estos precisos momentos. Además, hay que tener en cuenta que, en general, en las dos últimas décadas se ha producido un marcado endurecimiento de los requisitos para tener derecho al nivel con-

tributivo del desempleo, lo que va en una dirección opuesta a los objetivos propuestos por el Libro Verde.

El caso español es, desde esta perspectiva, paradigmático, ya que optó por tal rigor en la reforma de la protección de dicha contingencia operada en 1992, sin que tales planteamientos se hayan modificado en un sentido más permisivo. Es verdad que ello implicó la admisión de un mayor número de supuestos en el nivel asistencial y, más tarde, la de la figura de las rentas activas de inserción. Ahora bien, este segundo nivel es, en el mayor número de los casos recogidos en el art. 215 de la LGSS, una prolongación del contributivo, al que sólo se accede, como es bien sabido, si se supera un umbral mínimo de trescientos sesenta días cotizados. Y, además, el disfrute del subsidio por desempleo está sometido al cumplimiento de estrictos requisitos, entre los que destaca la carencia de rentas de cualquier naturaleza superiores, en cómputo mensual, al 75% del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias.

Ciertamente, la figura del subsidio contributivo está pensada para proporcionar la protección por desempleo de quienes hayan cotizado un período más reducido que los exigidos en el nivel contributivo; esto es, de al menos tres meses, siempre que tengan responsabilidades familiares, y de al menos seis meses, si no las tuvieran (art. 215.1.2) LGSS). Y, por esa vía, es claro que pueden disfrutar de dicho subsidio trabajadores con contratos temporales previos de duración no excesivamente dilatada. Pero, con todo, tales desempleados han de cumplir otros requisitos, como, por ejemplo, el de carencia de rentas, que condicionan, de modo muy restrictivo, la protección por esa vía. Y, además, la cuantía del subsidio es muy reducida, por lo que no se trata de unas “buenas prestaciones por desempleo”, como reitera el Libro Verde.

Por todo ello, para poner en práctica los planteamientos de este documento, en la materia habría que revisar en profundidad tanto los supuestos incluidos en el nivel asistencial del subsidio por desempleo y las condiciones

de acceso al mismo como su cuantía, pues ella es manifiestamente insuficiente y no se corresponde con lo que postula el citado Libro. Y, en el fondo, tales postulados requerirían avanzar en la dirección marcada por el ya aludido art. 41 de nuestra Constitución cuando prevé que los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social “para todos los ciudadanos” que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, “especialmente en el caso de desempleo”. Esto es, conllevaría un paso más en el sentido de universalizar dicha protección y de desvincularla mucho más, al menos en el nivel asistencial, de la existencia de períodos de carencia previos.

D) EL NECESARIO REPLANTEAMIENTO DE LA INTERRELACIÓN DIALÉCTICA ENTRE POLÍTICAS ACTIVAS Y PASIVAS Y LAS INTERSECCIONES ENTRE UNA Y OTRA

El Libro Verde pretende impulsar una nueva relación entre las medidas inherentes a la vertiente pasiva de la política de empleo y las propias de las de carácter activo, respecto de las cuales cada vez va siendo más inadecuado hacer una distinción mecánica o maniquea. La finalidad de tal propósito no es otra que incrementar los vínculos entre ellas y evitar un planteamiento estanco y no comunicado de las mismas, aspirando a lograr un funcionamiento dinámico y no estático e interdependiente de ambas caras de la mencionada política. En definitiva, el referido Libro quiere abordar sobre nuevas bases lo que ha sido uno de los déficits de las políticas de empleo, esto es, el persistente hiato entre las dos caras de la misma. Ciertamente, tal énfasis en este planteamiento es muy acertado, ya que es indiscutible que la efectividad de las políticas activas de empleo provoca un alivio de los sistemas de protección social y, en particular, de la protección del desempleo, pues se garantiza su sostenibilidad y su viabilidad futura. Y ello, porque, al ser mayor el número de trabajadores empleados, la aportación de cotizaciones a la Seguridad Social se

verá incrementada, lo que contribuirá, de manera directa, al saneamiento de la misma.

Con todo, hay que precisar que tal propuesta no es novedosa, ya que ella ha sido recogida tanto por las Directrices sobre el empleo como por las legislaciones de los Estados miembros de la Unión Europea. En efecto, un análisis de estas últimas evidencia que, significativamente, se han aprobado, en los últimos tiempos, cada vez más medidas relativas a la protección del desempleo que incluyen en el seno de ella iniciativas propias de las políticas activas. Es decir, distintas reformas legislativas llevadas a cabo en diversos países han ido configurando una nueva dialéctica que pasa por la intersección entre unas y otras con el fin de poner los medios para que los desempleados puedan encontrar un empleo en el menor tiempo posible, imponiendo para ello unas obligaciones más incisivas a los mismos.

En efecto, tal conexión funcional no es, ni mucho menos, desconocida por el derecho comparado ni por nuestro ordenamiento jurídico. Lo evidencia que hay una profusión de preceptos que lo explicitan con claridad. Así, el art. 2 b) de la *Ley 56/2003, de Empleo*, que prevé como uno de los objetivos de la política de empleo “mantener un sistema eficaz de protección ante las situaciones de desempleo, que comprende las políticas activas de empleo y las prestaciones por desempleo, asegurando la coordinación entre las mismas y la colaboración entre los distintos entes implicados en la ejecución de la política de empleo y su gestión y la interrelación entre las distintas acciones de intermediación laboral”. Objetivo que viene desarrollado, de manera más detallada, en los art. 27 y 28 de dicha Ley. Y, asimismo, el art. 23.2 de dicha norma establece que las políticas activas se complementarán y se relacionarán, en su caso, con la protección por desempleo contenida en la Ley General de la Seguridad Social, tanto de nivel contributivo como asistencial. Y, en fin, hay que recordar lo dispuesto en el art. 206.2 de la esta última Ley, que establece que la acción protectora del desempleo comprenderá, además de su vertiente económica, acciones específicas de formación, perfeccionamiento,

orientación, reconversión e inserción profesional de los desempleados y otras que favorezcan el empleo estable.

Con todo, el logro de una progresiva y cada vez más intensa presencia de medidas propias de las políticas activas en las pasivas exige una mayor eficacia de los Servicios Públicos de Empleo, tanto del estatal como de los autonómicos; constituye una verdadera asignatura pendiente de los mismos, pues su actuación ha de servir, realmente, para afrontar, de modo eficaz, los numerosos retos a los que se enfrentan y, más aún, en momentos de creciente y preocupante aumento del desempleo. El hecho de que, en España, la protección de esta contingencia sea competencia del Servicio Público de Empleo Estatal y las políticas activas lo sean, en general, de los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas pone de relieve que la consecución de la meta señalada requiere una deliberada estrategia y unos esfuerzos suplementarios de coordinación.

Por otra parte, en concreción de tal conjunción entre políticas activas y pasivas, hay distintas medidas incorporadas al ordenamiento jurídico español, pero, también, en otros próximos al nuestro. Por citar sólo algunos ejemplos de especial relieve, cabe destacar, en primer lugar, el llamado compromiso de actividad, introducido novedosamente en nuestro ordenamiento jurídico en 2002 y regulado en los art. 207 c) y 231.1 h) y 2 de la LGSS. Es un compromiso adquirido, obligatoriamente, por el solicitante o beneficiario de las prestaciones por desempleo como condición para poder obtenerlas. Consiste en que tales sujetos han de buscar activamente empleo, aceptar una colocación adecuada y participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad; esto es, se exige al desempleado la aceptación de una plena disponibilidad para trabajar y para llevar a cabo iniciativas de distinta significación, pero tendentes todas ellas a conseguir un empleo, que se enmarcan dentro de un itinerario individualizado de inserción. En suma, se trata de un compromiso que implica un

comportamiento por parte de los sujetos afectados y una obligación de medios para lograr, en el período más breve posible, el objetivo de su ocupación.

Ahora bien, es evidente que la plena efectividad de tales exigencias presupone un eficaz funcionamiento de los Servicios Públicos de Empleo competentes, pues lo contrario supone que los medios que han de poner las Administraciones Públicas fallan por su base, por lo que tales obligaciones serían de imposible o de muy difícil cumplimiento. Es decir, en demasiados casos, el deficiente funcionamiento de tales Servicios arruina la consecución de los fines perseguidos por el legislador. Dicho en otras palabras, las normas legales se han ido reformando para intensificar las obligaciones de los desempleados, pero no se ha puesto el mismo empeño en modificar a fondo la efectividad real de tales Servicios, más allá de enfáticas y bienintencionadas regulaciones, como, por ejemplo, la contenida en la disposición adicional sexta de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, relativa a la modernización del Servicio Público de Empleo Estatal.

En segundo término, otra manifestación de la confluencia de medidas de las políticas activas de empleo con otras propias de las pasivas son las fórmulas híbridas de compatibilidad entre trabajo a tiempo completo y percepción de la prestación por desempleo. Ellas se admiten, como excepción a la regla general, en las disposiciones transitorias 5ª y 6ª de la Ley 45/2002 en los supuestos previstos en programas de fomento de empleo para colectivos con mayor dificultad de inserción en el mercado de trabajo y para sustituir a trabajadores en formación que estén ocupados. En tales casos, el Servicio Público de Empleo Estatal abona la prestación o subsidio al desempleado y el empresario que le contrate le paga la diferencia entre tal percepción y el salario que le corresponda.

En tercer lugar, la reiterada convergencia entre políticas activas y pasivas está también presente en la figura de la renta activa de inserción, regulada en el Real Decreto 1369/2006, dirigida a desempleados con especiales necesi-

dades económicas y dificultad para encontrar empleo, que han de cumplir determinados requisitos: entre ellos, ser mayor de cuarenta y cinco años —salvo si son discapacitados o víctimas de la violencia de género—, ser demandante de empleo durante al menos doce meses, carecer de rentas superiores al 75% del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de las dos pagas extraordinarias y suscribir el ya mencionado compromiso de actividad.

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que las medidas adoptadas por la legislación española han ido en la línea de intensificar las obligaciones de los desempleados perceptores de prestaciones económicas. Y ello se ha traducido en las sucesivas reformas del ya mencionado art. 231 de la LGSS, que han tenido como finalidad reforzar las infracciones que aquéllos pueden cometer si se niegan, de modo injustificado, a aceptar un empleo o a participar en acciones formativas propuestas por los Servicios Públicos de Empleo y que pueden comportar la pérdida temporal o definitiva del derecho a tales prestaciones.

En esa línea, se mueve la creciente ampliación de la noción de colocación adecuada, que es objeto de una regulación muy minuciosa en el art. 231.3 de la citada Ley, que fue reformado por la Ley 45/2002 en un sentido expansivo similar al que conocen actualmente las legislaciones de otros países, como, por ejemplo, la alemana. En efecto, la nueva redacción de tal precepto ha dilatado el radio de acción de tal concepto con el fin de disminuir el margen de maniobra de los desempleados a la hora de aceptar un empleo acorde con su perfil profesional y con su lugar de residencia. Ciertamente, la regulación de tal figura es compleja, puesto que está llena de múltiples matices y condicionantes que conjugan variables de muy distinta naturaleza: profesionales —profesión demandada, habitual del trabajador u otra ajustada a sus aptitudes físicas y formativas—, temporales —ya que el perfil de la referida noción se amplía transcurrido un año de percep-

ción ininterrumpida de las prestaciones por desempleo; esto es, para los parados de larga duración—, locativas —distancia entre el lugar de trabajo y el de domicilio del desempleado—, relativas a la duración del contrato y de la jornada, personales —como la conciliación entre su vida familiar y personal— y salariales —cuantía de la retribución a percibir—.

Y, por último, cabe referirse, aunque sea incidentalmente, a la jubilación forzosa acordada en los convenios colectivos, que, según lo previsto en la disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores, son lícitas en la medida en que se vinculen con objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el propio convenio, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores u otros tendentes a favorecer la calidad en el empleo. Este peculiar supuesto es, también, una medida de protección pasiva; si bien concierne no a la contingencia del desempleo, sino a la jubilación, pero que interesa a nuestros efectos dado que combina la protección de la Seguridad Social con la puesta en práctica de iniciativas por parte del empresario relativas al empleo.

En fin, los planteamientos propuestos por el Libro Verde y recogidos ya en nuestra legislación implican un reforzamiento de las relaciones entre la normativa propia del Derecho del Trabajo y la de la Seguridad Social, dentro de la que, como es bien sabido, se incardina la protección del desempleo. Esto es, tales premisas comportan una mayor sincronía o interdependencia entre figuras reguladas por ambas especialidades, lo que conduce a un hermanamiento de ambas. Con ello, la llamada tendencia a la deslaboralización de la Seguridad Social encuentra una nueva e importante excepción, ya que, tampoco por esta vía, se tiende a la separación entre ambas parcelas del ordenamiento jurídico, sino a una mayor y mejor relación dialéctica entre ellas.

3. ALGUNAS REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE EL ALCANCE DEL EUFEMÍSTICAMENTE DENOMINADO LIBRO VERDE

Una valoración global de las propuestas contenidas en el llamado Libro Verde me lleva a expresar que hay que desmitificarlo; en gran medida, ya que hay mucho de retórica y de generalidad no sólo en los planteamientos relativos al empleo y al desempleo y las políticas activas y pasivas sino, sobre todo, en su conjunto. Básicamente, porque tildar de libro a un documento de menos de diecisiete páginas es todo un despropósito. Y, además, él se mueve en un calculado nivel de abstracción que se limita a realizar un rápido análisis de importantes aspectos de la regulación de las condiciones de trabajo y a plantear una serie de propuestas para el debate seguidas de la formulación de algunas concisas preguntas dirigidas a propiciarlo.

Ciertamente, hay otros documentos de interés, en especial la aludida Comunicación de la Comisión de 27 de junio de 2007, que, curiosamente, es más extensa y más minuciosa que el denominado, algo pomposamente, Libro Verde, pues, pese a su también reducida extensión —veintiséis páginas—, pormenoriza ciertos extremos de aquél. En fin, no hay que menospreciar la capacidad propositiva del mismo, que, sin duda, la tiene, pero tal parquedad en el tratamiento de temáticas muy complejas en sí mismas y, también, muy diversas según los países de que se trate es un punto débil del Libro Verde. Así, hay una manifiesta desproporción entre la entidad de los problemas que aborda y las consideraciones que efectúa, por lo que aquél deja fuera de su análisis múltiples matices y apreciaciones que bien pueden hacer llegar a unas u otras respuestas según el Estado al que vayan referidas. Por todo ello, habría que entrecomillar el carácter de “Libro”, pues, realmente, es mucho más un documento de trabajo o una propuesta para el debate que otra cosa. Con todo, su valor provocador es considerable, como demuestra que nos hayamos tomado muy en serio un conjunto de

posicionamientos hechos sin demasiado rigor y sin equilibrio interno, un documento necesitado de ulteriores concreciones.

El Libro Verde aporta datos de interés que conviene tomar en consideración, pero una serie de limitaciones endógenas —esto es, del propio libro, de su contenido y alcance— y otras exógenas al ser factores contextuales o condicionantes previos que conviene, aunque sea brevemente poner de manifiesto. Así, hay, de un lado, límites en su contenido, ya que el mismo está desequilibrado desde un punto de vista de su contenido, pues trata de manera extraordinariamente desigual los temas que aborda y defrauda cuando se refiere —o cuando no lo hace— a algunos temas medulares de las condiciones de trabajo, como, por ejemplo, el tiempo de trabajo o los aspectos colectivos de las relaciones laborales. Así, dicho Libro se centra en exceso en los contratos atípicos, en la reducción de la protección en el despido y en la interrelación entre políticas activas y pasivas de empleo, pero ignora otras modificaciones legislativas de fuerte calado que afectan al contenido de las condiciones de trabajo y a la extinción contractual. Y, además, deja otros temas fuera que son cruciales en relación a la creación y al coste del empleo: por ejemplo, los salarios, las cotizaciones —que ya fueron analizadas en el Libro Blanco de Delors en su relación con el coste del empleo— o la problemática de la descentralización productiva. La conclusión que se extrae es que el sesgo de sus planteamientos es excesivo.

Por otra parte, la ejemplificación de ciertas experiencias nacionales por el Libro Verde y la Comunicación de la Comisión de 27 de junio de 2007 es bastante pobre y parcial, pues son mucho más complejas y matizadas de lo que señalan ambos documentos. En efecto, es harto significativo que tres de las cuatro experiencias que menciona dicho Libro como referentes de la flexibilidad —la austriaca, la holandesa y la danesa— se refieran a modelos desarrollados de relaciones laborales caracterizados, en síntesis, por un bajo nivel de desempleo, una alta rotación de empleo, unos niveles de pobreza relativamente bajos, un buen sistema de protección

por desempleo y de aprendizaje permanente y un elevado nivel de eficacia en la actuación de sus Administraciones Públicas. Pero es obvio que tales realidades no son, ni mucho menos, las que conocen los países del sur y del este de la Unión Europea. El Libro Verde se deja cegar por tales realidades, pero el problema de fondo es saber si y hasta qué punto se trata de modelos exportables a unos contextos económicos, sociales, políticos y culturales muy distintos. Los inconvenientes de la posible extrapolación son palmarios.

Y, por último, el Libro Verde alude al Decreto-Ley español de junio de 2006 que permite la conversión de los contratos de duración determinada en contratos de duración indeterminada con indemnizaciones por despido reducidas. Sin embargo, tal mención es absolutamente forzada y, a los efectos que persigue la denominada flexiguridad, encajaría mejor la reforma de 1997, en la que sí hubo un equilibrio entre una nueva forma contractual estable —el denominado contrato para el fomento de la contratación indefinida— y la reducción del coste de un cierto tipo de despidos —el objetivo declarado improcedente— a una indemnización de treinta y tres días de salario por año trabajado y no de cuarenta y cinco. La descripción de la situación española efectuada por el Libro Verde y por la Comunicación de la Comisión de 27 de junio de 2007 es, sencillamente, simplista y errónea, pues no se trata de una norma modélica que vaya en la dirección auspiciada por tales documentos. Y no deja de ser preocupante pensar en que esa falta de rigor esté también presente a la hora de fundamentar algunas de sus argumentaciones, vista la falta de fiabilidad de los mismos en la interpretación de la realidad española.

Desde otra perspectiva, hay en el Libro Verde una serie de condicionantes exógenos o contextuales que han de ser tenidos en cuenta. Así, en primer lugar, un dato sobrevenido con posterioridad a su publicación que se ha convertido en un factor de dificultad añadida, a saber, la crisis económica que azota nuestras sociedades en los últimos meses. En efecto, dicho Libro fue publicado en un contexto de

crecimiento económico, lo que suponía unas mayores posibilidades de creación de empleo y un elemento objetivo claramente favorable a las propuestas de transición o movilidad laborales. Sin embargo, en épocas de crisis y, más aun, de recesión económica, tales propósitos se sitúan, de nuevo, en un escenario adverso, como evidencia la vertiginosa ascensión del número de desempleados. En suma, el trabajo vuelve a mostrar su rostro más ingrato de bien escaso inasequible para muchos ciudadanos.

El impacto de tal situación en las propuestas efectuadas por el referido Libro es bien claro. Así, por poner algún ejemplo, es indiscutible que es necesario incrementar los fondos públicos dedicados a la específica protección por desempleo y, también, a las políticas activas de empleo, destinando a ambas mayores recursos presupuestarios. Tales iniciativas son absolutamente imprescindibles en este contexto crítico que ha elevado la cifra de desempleados que requieren una prestación o un subsidio por desempleo y, a la vez, los sujetos que deben ser objeto de unas u otras medidas de activación para procurar su inserción o reinserción en un convulso —y cada vez menos inclusivo— mercado de trabajo. En fin, la llamada Estrategia de Lisboa está muy debilitada y en entredicho, como pone de relieve el mero recuerdo de que se pretendía que, en 2010, alcanzar el pleno empleo, objetivo, entre otros, completamente inalcanzable.

Y, en este nuevo contexto económico, suele ser recurrente que, entre las medidas a adoptar frente a la crisis, algunos sectores —claramente, los empresarios españoles— centren su prioridad en la conveniencia de aligerar los requisitos y costes del despido. Pero conviene prestar atención y no olvidar que el Libro Verde lo postula, pero de modo condicionado al cumplimiento de otras premisas relativas a las políticas activas y pasivas de empleo; por lo que una actuación unilateral en la materia descompensaría los particulares equilibrios esbozados por tal documento. Precisamente por ello, este es un frente extraordinariamente polémico que no puede resolverse de manera improvisada o sumaria. Y, en concreto, la fle-

xibilización del régimen del despido llevada a cabo aisladamente en la legislación española no sería admisible, pues ésta ya ofrece muchos flancos que dejan un amplio espacio de manobra a los empresarios a la hora de extinguir, incluso de modo injustificado, el contrato de trabajo.

En segundo término, hay un elevado nivel de generalidad y de abstracción en las reflexiones efectuadas por el Libro Verde. Por ello, soy muy escéptico con sus propuestas y con su eventual aceptación por los diferentes Estados y por los interlocutores sociales. Básicamente, porque es una genérica iniciativa de alcance muy limitado que se contrapone al mosaico de situaciones, realidades y tradiciones existentes en los diferentes países. Es obvio que la Comisión propone e impulsa un debate en un documento que no tiene valor jurídico alguno. Sin embargo, conviene recordar que las competencias legislativas en materia de legislación laboral y de Seguridad Social corresponden, fundamentalmente, a los Estados. Y, pese a lo que ha avanzado en las últimas décadas, el Derecho Social europeo no tiene aún mucho cuerpo ni consistencia, salvo en cuestiones muy concretas, como señaladamente la salud laboral. Quedan fuera, pues, del radio de acción de la normativa comunitaria la regulación de importantes parcelas de las condiciones de trabajo, muchas de las cuales son abordadas, desigualmente por el Libro Verde.

Por otra parte, no se puede ignorar la profunda disparidad existente entre los Estados en la materia laboral y, en particular, en la legislación sobre el empleo y sobre protección del desempleo. Y, a la diversidad legislativa se añade la institucional en temas tales como en materia de políticas activas de empleo, pues, por ejemplo, los nuevos Estados se caracterizan por dedicar menores recursos a ellas, por un peor funcionamiento de las Administraciones Públicas y, en especial, de los Servicios Públicos de Empleo y, en general, por una menor tradición en la materia. Asimismo, cada uno de los diferentes Estados de la Unión conoce unos particulares equilibrios que hacen extraordinariamente difícil llevar a cabo unos plantea-

mientos convergentes, más allá de una mera, pero, sin duda, vaporosa inspiración común. Por todo ello, es indudable que las resistencias a una hipotética aproximación de legislaciones en los temas analizados serán titánicas.

Una propuesta de la envergadura de la efectuada por el Libro Verde requeriría un análisis mucho más profundo y matizado, recogiendo con mucho mayor detalle y rigor las particularidades de cada modelo, pues hay una enorme variedad de situaciones en la materia. Por ello, plantear un debate público en el conjunto de la Unión Europea, cuando ésta se ha ampliado extraordinariamente y acoge en su seno a Estados con muy distintos niveles de desarrollo y con diferentes tradiciones jurídico laborales es un reto muy difícil de resolver favorablemente. Baste señalar la variedad de situaciones entre países como, por ejemplo, Suecia o Bulgaria, lo que ilustra la gran complejidad de una eventual convergencia u armonización en los diferentes bloques temáticos tratados por el Libro Verde.

En tercer lugar, las propuestas de dicho Libro llegan en un momento de profunda crisis de identidad de la Unión Europea, como evidencia, por ejemplo, la frustrante incapacidad de aprobar una Constitución europea y las dificultades para aprobar el teóricamente más asequible texto del Tratado de Lisboa. La acentuada debilidad política e institucional del proyecto europeo lastra cualquier iniciativa reformadora en materia de legislación laboral y de Seguridad Social, pues la nueva Europa va dejando de ser un modelo de integración y de cohesión social. Y más aun cuando asistimos a un proceso de exacerbación de lo nacional, como demuestran, por ejemplo, los criticables —y, a veces, vergonzosos— comportamientos de algunos Estados cara a la inmigración. Todos estos nuevos elementos van a pesar como una losa en cualquier propuesta comunitaria.

Y, en fin, ya que el Libro Verde aboga por las transiciones, se echan en falta unas políticas activas de dimensión comunitaria más eficaces a fin de favorecer la libre circulación de trabajadores en el espacio europeo, pues ello podría contribuir a la consecución de los objetivos

postulados por aquél. Y ello es importante, porque las cifras de movilidad entre países de la Unión Europea son, realmente, exiguas, si bien el ingreso de los países del este y, muy en particular, de Rumania y de Bulgaria, está suponiendo un incremento de la misma, que será mayor cuando finalicen los períodos transitorios previstos por ciertos Estados para la plena efectividad del referido principio. En

definitiva, las instituciones comunitarias deberían predicar con el ejemplo, pues no han conseguido lo que defienden a otros efectos. Y, en consecuencia, deberían superar determinados fallos al respecto en la actuación de ciertos órganos, como señaladamente el Fondo Social Europeo.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J.J. y DEL VALLE, J.M.: “Contratación laboral y desempleo. Perspectiva desde la flexiseguridad”, en Escudero Rodríguez, R. (coordinador): *Aportaciones al debate comunitario sobre la “flexiseguridad”*, Ed. La Ley, Madrid, 2006, pág. 243 y ss.

LOY, G.: “Apuntes sobre el Libro Verde «Modernizar el Derecho de Trabajo para afrontar los retos del siglo XXI»”, en el libro colectivo, ya citado, *Aportaciones...*, pág. 47 y ss.

MARTÍN, P.: “La activación de los desempleados en el sistema francés: ¿flexiseguridad o welfare to work?”, en el libro colectivo, ya citado, *Aportaciones...*, pág. 221 y ss.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER: “Flexiseguridad: el debate europeo en curso, en el libro colectivo”, ya citado, *Aportaciones...*, pág. 3 y ss.

SUPIOT, A. (coordinador): *Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del derecho del trabajo en Europa*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1999.

VARESI, P.: “Servicios para el empleo y fomento de la reinserción al trabajo en el sistema italiano”, en el libro colectivo, ya citado, *Aportaciones...*, pág. 281 y ss.

Fecha de recepción de originales: 15 de octubre de 2008

Fecha de aceptación de originales: 5 de noviembre de 2008

RESUMEN

A pesar de que las políticas laborales, nacionales o comunitarias, tradicionalmente han centrado su atención en el trabajo asalariado, cada vez más se ven obligadas a incorporar la perspectiva del espacio e influencia del trabajo autónomo. Ello deriva de una comprensión unitaria del mercado de trabajo, donde la posición económica y jurídica de los autónomos incide sobre los asalariados y viceversa. Por ello, el fenómeno de las transiciones profesionales ha de contemplarse tomando en consideración el conjunto de la población ocupada. Del mismo modo, en la perspectiva jurídica exige contemplar la regulación de las relaciones profesionales en su totalidad. Todo ello desemboca en propugnar la oportunidad de fijar un umbral mínimo de derechos de tutela de los autónomos, al objeto de equilibrar el conjunto del mercado de trabajo.

PALABRAS CLAVE

TRABAJO AUTÓNOMO, DERECHO SOCIAL EUROPEO, MERCADO DE TRABAJO, TRANSICIONES PROFESIONALES

ABSTRACT

Despite the fact that national and EU labour policies have traditionally focused on wage labour, they are increasingly forced to take into account the space and influence of self-employment. This stems from a unitary understanding of the labour market, where the economic and legal position of the self-employed impacts on wage workers and vice versa. Hence, when looking at the phenomenon of professional transitions we should take into consideration the whole of the active population. Similarly, from the legal perspective we should contemplate the regulation of professional relations in their entirety. All this leads to the advocating of the opportunity to set a minimum threshold of protection rights for the self-employed, in order to balance the overall labour market.

KEY WORDS

SELF-EMPLOYED WORK, EUROPEAN SOCIAL LAW, LABOUR MARKET, PROFESSIONAL TRANSITIONS

EL TRATAMIENTO DEL TRABAJO AUTÓNOMO EN EL MARCO DE LAS RELACIONES LABORALES

A propósito del Libro Verde
Modernizar el Derecho laboral
para afrontar los retos del siglo
XXI*

Jesús Cruz Villalón

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

Sumario: 1. Un inicial olvido o marginalidad del trabajo autónomo. 2. Una nueva perspectiva: la gestión del mercado de trabajo. 3. La atención prestada por el Libro Verde: las transformaciones advertidas. 4. Un asunto desenfocado: la inseguridad jurídica. A) Falsos autónomos y definiciones legales de frontera con el trabajo subordinado. B) Un umbral de derechos mínimos para todos: asalariados y autónomos. Nota bibliográfica

1. UN INICIAL OLVIDO O MARGINALIDAD DEL TRABAJO AUTÓNOMO

La política social comunitaria en su arranque, a semejanza de la intervención en materia

laboral en el ámbito nacional por parte de los Estados miembros, se ha centrado en el desarrollo del trabajo subordinado. Tan evidente era, que ni siquiera se ha considerado necesario precisarlo en estos términos, dándolo por supuesto, a resultas del modo como fijaba las

* El presente trabajo se ha efectuado en el marco del proyecto de investigación nacional SEJ 2007-65814 sobre “eficacia de la norma laboral desde la perspectiva de la calidad en el empleo”, así como del complementario proyecto de excelencia de la Junta de Andalucía nº 2008/33 sobre “eficacia de la norma laboral desde la perspectiva de la calidad en el empleo: perspectiva comparada”.

reglas correspondientes, tanto en lo que refiere al Derecho originario como al derivado (Martín Valverde: 1999: 78). Particularmente elocuente es todo el acervo comunitario dirigido a la armonización de la legislación laboral; a pesar de que en ningún momento la Comunidad se ha adentrado en abordar de forma expresa y directa una definición del trabajador subordinado, que sirviera de instrumento de determinación del ámbito de aplicación de las Directivas Comunitarias de armonización de la normativa laboral, lo cierto es que desde sus inicios, en atención al contenido de las materias objeto de las mismas, era evidente que se dirigían a las relaciones laborales caracterizadas por su ejecución en régimen de subordinación (Roccella-Treu: 2007).

Esa restricción al ámbito del trabajo asalariado también se ha producido cuando más recientemente la armonización se ha efectuado a través del protagonismo de los interlocutores sociales por vía de los acuerdos colectivos europeos. Incluso cuando tales acuerdos tienen carácter estrictamente privados, de modo que no han sido posteriormente reforzados por medio de la aprobación de la correspondiente Directiva comunitaria, el ámbito de aplicación del mismo expresamente se ha dirigido al trabajo subordinado: “El teletrabajo es una forma de organización y/o de realización del trabajo, utilizando las tecnologías de la información en el marco de un contrato o de una relación de trabajo” (Acuerdo de 16 de julio de 2002, incorporado al Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2003, BOE 24 de febrero de 2003). Se trata de un supuesto particularmente emblemático, dado que es una de las formas de prestación de servicios donde más extendido se encuentra el trabajo por cuenta propia y al mismo tiempo donde más evidentes son las dificultades de deslindes fronterizos entre ambas formas básicas de integración en el mercado de trabajo; circunstancias de las que con seguridad eran conscientes los firmantes del acuerdo y por expresa voluntad centraron el alcance del mismo en el trabajo subordinado (Thibault-Jurado: 2003: 53).

Ni siquiera en la regulación correspondiente a la libre circulación de trabajadores se procede a incorporar en la misma a los trabajadores autónomos, desde el instante en que el concepto de trabajador se define por referencia a la prestación de servicios en régimen de subordinación (Reglamento 1612/68, de 15 de octubre). No cabe la menor duda de que el amplio alcance que han tenido en el ordenamiento comunitario las grandes libertades de circulación, de modo que difícilmente se podría escapar un supuesto tan relevante como es el correspondiente al de los profesionales liberales y en general a todo aquél que presta sus servicios en régimen de autonomía, si bien no es casual tampoco que ello se haya articulado por vía diferenciada a la libre circulación de trabajadores, insertándose en el ámbito de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios, con el resultado de que actualmente acaba garantizándose a los autónomos esta libertad como una simple manifestación del derecho de los ciudadanos de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (Directiva 2004/38, de 29 de abril, DOUE 30 de abril).

Con el paso del tiempo, se comienza a apreciar cómo en algunas Directivas comunitarias se van incluyendo ciertas referencias al trabajo por cuenta propia. Ello resulta emblemático en el ámbito de la tutela de los derechos fundamentales en el ámbito laboral, particularmente de forma reciente con la tripleta de Directivas que despliegan la política comunitaria de tutela antidiscriminatoria: igualdad de trato entre hombres y mujeres (Directivas 2002/73, de 23 de septiembre, DOCE 5 de octubre), por motivos raciales o étnicos (Directiva 2000/43, de 29 de junio, DOCE 19 de julio), así como la denominada general dirigida en particular a la discriminaciones por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual (Directiva 2000/78, de 27 de noviembre, DOCE 2 de diciembre). En estas Directivas, la mención al trabajo autónomo lo es de carácter casi genérico, de modo que llega a abarcar a cuantos aspectos puedan provocar una diferencia de tratamiento de ca-

rácter discriminatorio por los motivos objeto de atención por tales Directiva; así deriva del hecho de que la prohibición de tratamiento discriminatorio abarque a las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción. A pesar de ello, lo más significativo es que, cuando menos hasta el momento presente, tales previsiones quedan limitadas a estas tres Directivas; por tanto a un número bien reducido de Directivas; dentro del conjunto que abarca el acervo comunitario en materia de política social, ninguna de ellas todavía adentrándose en la esfera de los contenidos propios de la armonización de las legislaciones nacionales.

Más allá de ello, la única intervención normativa comunitaria lo ha sido hasta el presente respecto de la regulación de los agentes comerciales independientes, en el marco de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios (Directiva 86/653, de 18 de diciembre, DOCE 31 de diciembre).

En correspondencia con ello, tampoco los impulsos provenientes de la jurisprudencia comunitaria han tenido significación suficiente como para marcar pautas de actuación más amplias por parte de las instituciones comunitarias encargadas de profundizar en el acervo comunitario. Aparte de los pronunciamientos correspondientes a la libre circulación y su repercusión en materia de Seguridad Social, el grueso de las intervenciones del Tribunal de Justicia lo han sido a los efectos de marcar indirectamente la frontera entre trabajo asalariado y trabajo autónomo, como medio instrumental de fijación de las Directivas Comunitarias que en materia social van dirigidas, como hemos indicado, exclusivamente a atender al trabajo subordinado. Más allá de ello, lo único que ha hecho el Tribunal de Justicia es garantizar la concurrencia mercantil sobre la base de la libre prestación de servicios; a tal efecto, sólo resulta digna de mencionar la sentencia que, respecto de los guías turísticos en Grecia y en el marco de la libertad de empresa y de libre concurrencia mercantil, viene a garantizar la libertad de

contratación empresarial alternativa entre la modalidad de sometimiento a la legislación laboral o la paralela de regulación conforme a un régimen civil o mercantil de trabajo por cuenta propia, negando la posibilidad de que la legislación nacional imponga como obligatoria que esa actividad se preste por parte de las agencias de viajes a través de empleados suyos vinculados en régimen de trabajo asalariado (STJCE 5 de junio de 1997, asunto Ergasias).

En suma, la preocupación de las instituciones comunitarias ha sido hasta el momento actual muy marginal, por no decir prácticamente inexistente en lo que se refiere al trabajo por cuenta propia.

2. UNA NUEVA PERSPECTIVA: LA GESTIÓN DEL MERCADO DE TRABAJO

El cambio de orientación cualitativo en esta materia se verifica en Europa a partir del instante en el que la política laboral comunitaria se enfoca desde el punto de vista de su capacidad de incidencia sobre la evolución del mercado de trabajo. En efecto, cuando en el marco de la Estrategia de Lisboa se fija el objetivo de lograr una determinada tasa de empleo general del 70 % con la meta puesta en el año 2010, con las correlativas especificaciones para el empleo femenino y para ocupados de edad avanzada, dicho porcentaje se establece con carácter genérico respecto del total de la población residente en edad de trabajar; por tanto acumulando dentro del cómputo tanto a los asalariados como a los trabajadores por cuenta propia. Ello determina adoptar una comprensión unitaria del mercado de trabajo, sin compartimentaciones por razón del modo como uno se inserta en el mismo: lo importante es propiciar el incremento del empleo y la ocupación en la economía europea, pasando a segundo plano que éste sea autónomo o asalariado; o bien dicho con más precisión, esos objetivos de tasas de empleo genéricas conducen a proyectar un fomento tanto del empleo

asalariado como del autónomo, incluyendo pues a éste dentro del conjunto de las políticas activas de empleo.

Más aun, esa visión unitaria del mercado de trabajo propicia que se tome conciencia de que existe una influencia mutua entre todos los ocupados, de modo que la situación de los asalariados incide sobre los autónomos y viceversa. Ello impide efectuar separaciones artificiales que pretendan que unos y otros funcionen como ámbitos independientes. Tan es así que cada vez se producen con mayor intensidad constantes trasvases de trabajadores desde un ámbito al otro. Todo ello conduce a valorar igualmente en qué medida las regulaciones respectivas se influyen mutuamente.

Una idea subyacente a todo ello en el pasado, por la que se daba la espalda al fenómeno del trabajo autónomo, residía en pensar que el elemento caracterizador común de cualquier economía desarrollada era la presencia de una muy elevada tasa de asalarización del mercado de trabajo, de modo que el peso del trabajo autónomo sería progresivamente marginal. Así, la tendencia a la reducción del trabajo por cuenta propia debería conducir a que el mismo en modo alguno fuera influyente sobre el devenir del mercado de trabajo, lo que hacía innecesario tomarlo en consideración a la hora de actuar sobre el funcionamiento de dicho mercado, particularmente sobre la premisa de que su tratamiento legal respondía a claves cualitativamente diversas de las correspondientes al trabajo subordinado. Frente a ello, se va constatando cómo el asentamiento de los diversos modelos de economías desarrolladas resulta plenamente compatible con la pervivencia de unos porcentajes relativamente notables de trabajo por cuenta propia, de modo que la importante reducción de empleo autónomo que se observa en ciertos sectores (particularmente en la agricultura) se ve compensada con el mantenimiento en otros e incluso con su incremento en el sector servicios.

Adicionalmente, otro factor que ha influido notablemente en esa actitud de pasado se encontraba en el hecho de que se partía igualmente de la premisa de que existían determi-

nadas actividades de servicios o bien precisas profesiones que, por su propia naturaleza, se debían ejecutar de forma natural en régimen de trabajo autónomo, en tanto que en paralelo otras actividades y profesiones necesariamente se habían de llevar a cabo en régimen de subordinación. Así, de un lado, había determinadas profesiones que no por casualidad se calificaban y en cierto modo se sigue haciendo así como “liberales”, precisamente porque se entendía que el rasgo definidor de las mismas era que se efectuaban con plenos criterios de autonomía e independencia, no sólo desde el punto de vista técnico del modo de llevarlo a cabo, sino también en cuanto al tipo de vínculo jurídico que se establecía con el cliente o empresa para el que se ejecutaba; en suma, unas profesiones liberales que sólo se concebían en régimen de trabajo por cuenta propia. En paralelo, otras ocupaciones que por propia esencia habrían de efectuarse en régimen de subordinación, por razón de su realización en coordinación con otros profesionales y en relación con la empresa que ejecutaba el conjunto del ciclo productivo. En definitiva, más allá de la presencia de algunas zonas grises en la delimitación de fronteras entre ambos tipos de trabajo, con carácter general se partía de la presunción de que, según ocupaciones, las empresas quisieran o no se veían obligadas a vincularse con los respectivos profesionales a través de un concreto régimen jurídico; en el primero de los casos vía trabajo por cuenta propia, en el segundo de ello, a través de un contrato de trabajo; y, lo más significativo, ello por imperativos organizativos y técnicos antes que por prescripciones derivadas del ordenamiento jurídico propiamente dicho. Corolario de todo lo anterior no podía ser otro que trabajo autónomo y trabajo asalariado constituían espacios estancos, independientes en su ámbito de actuación y sin influencia mutua por razón del tratamiento que le dieran los poderes públicos.

Frente a ello, las transformaciones que se vienen produciendo en las últimas décadas en el funcionamiento de la actividad económica conducen a que las premisas precedentes ven-

gan a ser superadas. En efecto, los cambios de carácter organizativo y la universalización de las nuevas tecnologías conducen a que las empresas puedan estructurarse y conformar su proceso productivo de modo que emerge una auténtica libertad de opción, cuando menos respecto de una franja importante de profesionales, entre vincularse conforme a un régimen de trabajo por cuenta propia o subordinado. Dejando al margen las conductas fraudulentas de ficción jurídica a través del fenómeno bien conocido de los llamados “falsos autónomos”, lo cierto es que, más allá de ello, las empresas, en función del grado de descentralización productiva que adopten así como del uso de determinados procesos tecnológicos, en muchas ocasiones van a poder optar bien por vincularse con profesionales de forma autónoma o asalariada; de hacerlo, insisto sin por ello forzar o incumplir la legislación vigente que marca las fronteras entre uno y otro régimen jurídico. Donde antes estaban abocadas a hacerlo de una determinada forma, ahora caben decisiones de oportunidad de decantarse por una u otra fórmula. Corolario ahora inverso al precedente es que dejan de ser espacios estancos y emergen manifiestas interinfluencias entre el campo del trabajo autónomo y el correspondiente al trabajo subordinado.

3. LA ATENCIÓN PRESTADA POR EL LIBRO VERDE: LAS TRANSFORMACIONES ADVERTIDAS

Todo lo anterior determina que las instituciones comunitarias, sin haber emprendido aún a fondo un rediseño de sus políticas económicas y de empleo, por medio de las cuales se integren en las mismas conjuntamente al trabajo autónomo y asalariado, cuando menos comiencen a abrir un debate acerca de la oportunidad de hacerlo así, tanto desde el punto de vista normativo como desde el correspondientes a las políticas públicas administrativas de fomento. Debate que, a su vez, ha venido

precedido o desarrollado coetáneamente por paralelos debates nacionales de similares enfoques (Supiot: 1999, Perulli: 1996, Rodríguez-Piñero y Casas Baamonde: 2000, Cruz Villalón: 2003, Caruso-Fuchs: 2004, Cruz Villalón: 2005).

Una particular atención al tema le dedica el Libro Verde Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI, de 26 de noviembre de 2006 (COM 2006 708 final, http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/docs/2006/green_paper_es.pdf). Ciertamente se trata de un texto en muchos de sus aspectos confuso, contradictorio en sus análisis, simplificador en una materia ciertamente delicada y con marcados conflictos de intereses entre las partes, sesgado en el planteamiento de un debate que da por implícitas ciertas conclusiones a las que pretende dirigir al lector sin reconocerlo como tal, discutido en el procedimiento utilizado para desarrollar el debate y, sobre todo, en gran medida por estas circunstancias y otras adicionales, con un recorrido que se ha mostrado muy corto en cuanto a sus conclusiones materiales. El resultado ha sido sobre todo que las expectativas creadas por el documento han quedado fuertemente reducidas, al extremo de que no puede considerarse que este documento haya servido para establecer posiciones de consenso mínimo entre los protagonistas sociales y las propias instituciones comunitarias acerca de las medidas a acometer en las cuestiones planteadas, ni en el ámbito de la política social comunitaria ni en el correlativo de las políticas laborales nacionales.

En todo caso, más allá de la valoración de conjunto que merezca el documento de referencia, lo cierto es que, por lo que afecta a la concreta materia objeto de análisis del presente estudio, relativo al trabajo autónomo, el mismo tiene el valor positivo de haber abierto una nueva perspectiva de diagnóstico del mercado de trabajo. Nueva perspectiva a partir de la cual la vertiente del trabajo autónomo se va a convertir en un elemento de imprescindible análisis a partir de ahora en toda consideración

que refiera a las políticas públicas en materia de empleo y de condiciones de trabajo.

El punto de arranque general del Libro Verde, ciertamente compatible, se sitúa en la superación desde hace ya bastante tiempo del modelo prototípico más clásico sobre el que se asentó en sus orígenes el Derecho del Trabajo. A juicio del texto, ese modelo ha girado en torno a tres claves esenciales: 1) un empleo permanente a tiempo completo, 2) una relaciones laborales regidas por el Derecho del Trabajo en torno al contrato de trabajo y 3) la existencia de un empleador único y responsable del respeto de las obligaciones correspondientes a los empleadores.

El segundo de los elementos clave, aunque por razones sistemáticas, debería haber sido el primero de la lista en su mención, el relativo al empleo asalariado como modelo de referencia del Derecho del Trabajo, es el que de manera más inmediata incide sobre la incorporación al debate de la situación en que se encuentra y el tratamiento otorgado al trabajo autónomo. En efecto, todas las consideraciones precedentes concluyen en la necesidad de incorporar al trabajo autónomo en el enfoque general de las políticas de empleo y de regulación del mercado de trabajo. Ello aboca, o bien a considerar que el Derecho del Trabajo concebido como regulador del trabajo asalariado resulta insuficiente para abordar la amplitud subjetiva del mercado de trabajo hoy en día, o bien que ello requiere una reconsideración del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo en el sentido de que, sin perjuicio de mantener el ámbito de aplicación lógico del contrato de trabajo, aquél integre también en su estudio a las otras formas contractuales de vinculación de las empresas con trabajadores independientes, tomando en consideración igualmente la situación jurídica de los trabajadores por cuenta propia. Más allá de las discusiones académicas de espacios de intervención de cada una de las áreas de conocimiento, lo cierto es que las políticas de empleo y de regulación del trabajo cada vez obligan a tomar en consideración todas sus manifestaciones y, en particular, las influencias mutuas de las unas respecto de las

otras. Entre nosotros la proliferación de estudios al respecto ha resultado espectacular a partir del Informe de la Comisión de Expertos sobre la materia (Valdés Dal-Ré coord.: 2006), que dio lugar a la aprobación de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo (Cruz Villalón y Valdés Dal-Ré: 2008, García Giménez y Molina Navarrete: 2008, Rey Guanter: 2007, García Murcia: 2007, Montoya Melgar y Martín Jiménez: 2007; editorial Francis Lefebvre: 2007; García Ninet: 2007; Barrios Baudor y Apilluelo Martín: 2007; Göerlich, Pedraja y Sala: 2007).

Pero, es más, también la transformación de los otros dos elementos, considerados por el Libro Verde como claves igualmente, inciden sobre la presencia del trabajo autónomo en el conjunto del mercado de trabajo.

En efecto, la fórmula de un empleo por tiempo indefinido y a tiempo completo es propia de ciertas formas de trabajo asalariado y, por contraste, difícilmente concebible para el trabajo autónomo, cuanto menos en el sentido diseñado por la legislación laboral para el contrato de trabajo. Desde luego, las reglas de preferencia o fomento de la legislación laboral a favor del trabajo indefinido y a jornada completa en modo alguno existen en la legislación civil, mercantil y administrativa reguladora de los diversos contratos a celebrar por profesionales autónomos; a estos efectos, lo generalizado es que rijan una plena libertad de contratación de las partes, otorgando a la autonomía de la voluntad una amplia elección en la vinculación entre las partes respecto del tiempo de duración de la relación contractual y del de ejecución de la prestación de servicios; sin olvidar que en muchas ocasiones se pactan obligaciones de resultado que no de actividad donde, por tanto, pierde toda virtualidad fijar un cómputo del tiempo de dedicación a la actividad de servicios comprometida. Siendo esa la clave de la regulación de tales contratos, lo más extendido será que las empresas clientes que contratan ciertos servicios con trabajadores autónomos no se sometan a un vínculo indefinido con éste, sino que, en función de satisfacción de resultados de la colaboración

conjunta, reiteren o no encargos y compromisos. De otro lado, la existencia en muchos casos de una pluralidad de clientes por parte de los autónomos da lugar a que se encuentre muy generalizado el hecho de que, aunque estos trabajadores se dediquen a tiempo completo a su actividad profesional, sin embargo su dedicación al cumplimiento de sus obligaciones contractuales con cada uno de sus variados clientes lo es esencialmente a tiempo parcial; incluso que el tiempo de dedicación a cada cliente tienda a variar constantemente. En suma, los rasgos de flexibilidad, tanto en la duración del contrato como en el tiempo de su ejecución, tienden a ser premisa muy generalizada entre los trabajadores autónomos, pudiendo afirmarse que se trata de fórmulas siempre mucho más flexibles que las correspondientes a los trabajadores asalariados.

En igual medida, la presencia de un empleador único puede continuar siendo un rasgo muy extendido entre el trabajo asalariado, pero mucho más difícil de encontrar en el caso de los trabajadores autónomos. Pero, sobre todo, la alusión a estos efectos del Libro Verde es fácil adivinar que se encuentra estrechamente vinculada a la extensión de las diversas formas de organización empresarial que responde al fenómeno conocido como la descentralización productiva. En efecto, desde el punto de vista del trabajo asalariado, los procesos de externalización de la producción, con la intensificación de las redes empresariales, vía contratas y subcontratas de obras y servicios, rompen los esquemas más clásicos de empleador único que responde del conjunto de las obligaciones laborales frente a sus empleados. Más allá de ello, lo que nos interesa a nosotros en estos instantes es que ese fenómeno de la descentralización productiva presenta un impacto paralelo sobre el trabajo autónomo, que en igual medida ha de ser tomado en consideración. Sin necesidad de entrar en mayores detalles, dos aspectos me interesan resaltar al respecto. Primer aspecto, que la descentralización productiva en muchas ocasiones se capilariza en tal grado que procede a incorporar al final de la cadena a trabajadores autónomos; el

desmembramiento del ciclo productivo puede ser tan especializado que los encargos por parte de las empresas principales lo pueden ser a trabajadores autónomos, que se incorporan a la red empresarial. Segundo aspecto, que con ello se agudizan las influencias mutuas entre trabajo asalariado y autónomo, en un mercado de trabajo cada vez más conjunto e interdependiente, al poder elegir la empresa principal esta opción de incorporación de trabajadores autónomos, como alternativa a la contratación directa de trabajadores asalariados, o bien mediata por medio de los que emplean las empresas auxiliares con las que se relaciona.

A resultas de ello, se altera el modelo tradicional de conexión del trabajador autónomo con los terceros en la actividad económica: mientras que en ese modelo tradicional el autónomo contrata con una amplia pluralidad de usuarios y consumidores finales del producto o servicio efectuado por el mismo; ahora, cuando lo hace en el marco de la descentralización productiva, el autónomo sólo se relaciona con empresas clientes que le encargan parte del servicio o producto que se ofrece al mercado final del consumo, al que viene a resultar ajeno dicho autónomo. Ello, naturalmente, configura un autónomo de características bien diferentes del predominante hasta el presente; para empezar por el hecho de que esa empresa cliente, por situación en el mercado y dimensiones, tiende a ostentar un poder contractual marcadamente superior, mostrándose un palpable desequilibrio entre las partes. En suma, se llega a producir una situación de constatada debilidad contractual por parte del autónomo en la fijación de sus condiciones profesionales, que en muchos de sus elementos vienen impuestas unilateralmente por parte de la empresa cliente, al modo de condiciones generales de la contratación. Así, se pueden llegar a producir situaciones de distorsión de la competencia mercantil entre las empresas clientes y los trabajadores autónomos, por comprobadas posiciones dominantes de las primeras respecto de las segundas; situaciones de distorsión que aconsejan su toma en consideración por parte

de los poderes públicos en orden a una intervención reequilibradora.

El caso más singular al efecto deriva de la figura novedosa y emergente del denominado trabajador autónomo económicamente dependiente; para ser más preciso, autónomo desde el punto de vista organizativo en la gestión de su trabajo pero dependiente desde el punto de vista económico. Sin entrar en más detalle, se trata de autónomos que, en ese escenario de la descentralización productiva, manteniendo materialmente su posición de trabajadores por cuenta propia, se vinculan principalmente con una empresa cliente de la que obtienen el grueso de sus ingresos económicos, en términos tales que se produce una fuerte dependencia económica de esa concreta empresa cliente. Aunque se deduce lógicamente de la descripción efectuada de la figura, no se trata en modo alguno de fenómenos asimilables a los “falsos autónomos”, por cuanto que en estos supuestos se parte de la premisa de que no hay ocultamiento de una situación de trabajo subordinado bajo fórmulas más o menos ficticias de contratación civil, mercantil o administrativa por cuenta propia; presupuesto de la figura es que el trabajador no responde a los rasgos de subordinación jurídica, por cuanto que no se inserta “dentro del ámbito de organización y dirección” de un empleador o empresario (art. 1.1. ET). A pesar de ser autónomo, establece estrechos lazos de colaboración económica con una concreta empresa cliente, para la que despliega en términos económicos el grueso de su actividad profesional.

Se trata de una realidad que se va extendiendo progresivamente en diversos sectores de la actividad productiva, siendo patente su presencia en los diversos Estados miembros europeos. Por ello, recientemente la Unión Europea le ha prestado una particular atención a la evolución del fenómeno y se ha preguntado acerca de la necesidad de intervenir legalmente institucionalizando la figura en clave de regulación típica de un contrato “*ad hoc*” para el mismo, siendo la prueba más significativa de ello el encargo de un estudio de diagnóstico y prospectivo sobre el particular (Perulli: 2002).

El propio Libro Verde, toma en consideración tal realidad, sugiriendo la oportunidad de abrir un debate acerca de las políticas públicas a desplegar en relación con la misma.

Desde otro punto de vista, el Libro Verde sitúa en el centro de su atención en torno a lo que denomina la intervención sobre las “transiciones profesionales”. El punto de partida del Libro Verde se cifra en el hecho de que las legislaciones laborales y de seguridad social se han centrado preferentemente en la atención a las condiciones de trabajo de quien se encuentra empleado en una concreta empresa, como si ésta situación lo fuera a ser de por vida, olvidando cómo se atiende a los cambios de situación profesional, es decir, al proceso de transición desde la conclusión de un empleo a la recolocación en otro diverso. Precisamente, la alusión a las transiciones profesionales hace referencia a la necesidad de actuar sobre esa otra fase de cambio, tomando nota de que frente a un escenario en el pasado de cambios lentos y prolongada vinculación de un trabajador a una misma empresa, hoy en día los procesos de cambios son constantes en las empresas y en los procesos productivos se verifica un incremento notable de las situaciones personales de transición profesional. Se trata de actuar en muy diversos frentes, desde la regulación del propio contrato de trabajo influyendo sobre las decisiones empresariales de incrementar o reducir empleo, la atención al trabajador despedido, la necesidad de acortar los tiempos de inactividad en los procesos transicionales, el reciclaje profesional para aportar mayor seguridad al trabajador en las transiciones profesionales, la mejora cualitativa de los sujetos que actúan en el mercado como intermediarios en casar la oferta y la demanda de empleo, etc.

No cabe la menor duda que en sentido amplio todo lo que se conoce como políticas de empleo, sean activas o pasivas, son medidas que entroncan inmediatamente con el desarrollo de las transiciones profesionales en el mercado de trabajo; por lo que, más allá de la novedad del término utilizado, la temática tiene entre nosotros ya un largo recorrido. Si acaso, al enfocarse desde esta perspectiva de las

transiciones profesionales, se le proporciona un nuevo enfoque bastante sugerente en cuanto a los objetivos que se desean abordar, aparte de situar el fenómeno más en el terreno de la fisiología del desarrollo del mercado de trabajo, en sustitución de una comprensión más patológica de respuesta a las crisis empresariales que provocan destrucción de empleo, como ha sucedido hasta el momento presente en los diversos Estados europeos.

En todo caso, lo que más me interesa destacar en estos momentos es el nuevo entronque igualmente necesario a establecer entre esta realidad de las transiciones profesionales y la incorporación del trabajo autónomo a cualquier política de empleo que desee actuar sobre un mercado de trabajo concebido de forma omnicomprendiva. En efecto, una vez más, si el análisis de las transiciones profesionales se efectúa en la clave clásica de circunscribirlas al ámbito del trabajo asalariado, los debates se ceñirían al cambio del trabajador subordinado al desempleo para volver a recolocarlo en el mercado de trabajo como asalariado. Frente a ello, una visión más omnicomprendiva, sin desmerecer la perspectiva precedente, debe enriquecerse incorporando todas aquellas transiciones profesionales en las que se produce de pasado o de futuro una vinculación al mercado a través de un régimen de trabajo autónomo: de un trabajo autónomo a otro autónomo diferente, de un trabajo autónomo a otro asalariado, de un trabajo asalariado u otro autónomo; incluso una concepción más genérica en la que lo decisivo sea proporcionar las herramientas personales y profesionales a un sujeto que le permitan un profundo bagaje que le aporte una amplia empleabilidad, cuya aplicación permita procesos suaves y nada traumáticos en las transiciones profesionales, con independencia de que el origen del trabajador lo sea como autónomo o como asalariado y en igual medida con independencia de que el destino final sea el de su reincorporación al mercado de trabajo como asalariado o como autónomo. Con seguridad resulta exagerado pensar en unos mecanismos generalizados de transiciones profesionales en esas claves tan amplias de cambios de unos a

otros regímenes profesionales, de modo que lo razonable es pensar que estadísticamente sean superiores los que se verifican con continuidad de régimen profesional. A pesar de ello, el tratamiento de la materia nunca sería completo sin esa comprensión moderna del funcionamiento del mercado de trabajo y de las transiciones profesionales en su seno.

En resumen, las transformaciones advertidas por el Libro Verde, que se vienen produciendo sobre los mercados de trabajo en Europa, son ciertamente trascendentales por su indiscutible incidencia sobre el desarrollo de las relaciones laborales y el mutuo impacto que sobre las mismas tiene la legislación laboral. En particular, todas estas transformaciones obligan a un tratamiento de conjunto del mercado de trabajo, incluyendo dentro de todas las políticas públicas proyectadas al efecto la presencia significativa del trabajo autónomo dentro del mismo. En todo caso, a pesar de que todas las cuestiones suscitadas a debate por el Libro Verde acaban repercutiendo sobre el trabajo autónomo, a partir de este instante vamos a centrarnos especialmente en aquellos aspectos específicamente tomados en consideración por el documento comunitario respecto del trabajo por cuenta propia.

4. UN ASUNTO DESENFOCADO: LA INSEGURIDAD JURÍDICA

A pesar de que el Libro Verde arranca de una consideración relativamente acertada de los elementos más destacados del nuevo escenario en el que nos movemos, sin embargo se presenta notablemente confuso y contradictorio cuando aborda los aspectos institucionales que a su juicio podrían ser objeto de reforma de la legislación laboral. Ello se advierte con bastante facilidad cuando consideramos lo que se refiere en el documento al trabajo autónomo.

En efecto, resulta llamativo que el elemento de referencia más relevante de tratamiento, a juicio del Libro Verde, en relación con el tra-

bajo autónomo sea el relativo a la “inseguridad jurídica”, siendo éste el título con el que encabeza precisamente el apartado más directamente relacionado con esta materia. Inseguridad jurídica referida específicamente a la distinción entre trabajo autónomo y trabajo asalariado, de modo que se concluye planteando una cuestión relativa a este deslinde: “¿deben aclararse las definiciones jurídicas nacionales del trabajo asalariado y del trabajo autónomo para las transiciones de buena fe entre el estatuto del trabajador asalariado y el de trabajador por cuenta propia y viceversa?”.

A) FALSOS AUTÓNOMOS Y DEFINICIONES LEGALES DE FRONTERA CON EL TRABAJO SUBORDINADO

Constituye una vieja cuestión, discutida desde los orígenes del Derecho del Trabajo, la práctica empresarial de ocultamiento de las situaciones de trabajo asalariado bajo fórmulas variadas de contratación civil, mercantil o administrativa de trabajo autónomo, contratación por cuenta propia puramente formal pues materialmente se verifica una situación de trabajo subordinado, en la expresión coloquial bien conocida de los falsos autónomos. Por ello, se comprende mal que algo que constituye una discusión muy tradicional, aunque sea de permanente actualidad, sea situada al menos aparentemente como una cuestión novedosa a abordar a resultas del nuevo contexto en el que nos desenvolvemos. La presencia de zonas grises fronterizas entre la legislación laboral y la correlativa reguladora del trabajo autónomo, que son las que propician las prácticas de contratación de falsos autónomos, ha existido desde bien antiguo y no parece que haya elementos novedosos de la suficiente entidad como para colocar este asunto en el frontispicio del debate. Más aún, cuando lo que se afronta son transformaciones fisiológicas del sistema productivo, se comprende mal que el enfoque inicial lo sea desde la perspectiva de las prácticas patológicas del funcionamiento del sistema de relaciones laborales. Qué duda

cabe que las nuevas formas de organización del trabajo y la extensión de los modelos de descentralización productiva pueden provocar un incremento de las zonas grises en la delimitación de fronteras; pero por ello mismo las dificultades no derivan precisamente de aspectos meramente técnicos de los criterios conforme a los cuales las diversas legislaciones nacionales identifican los elementos definitorios del trabajo subordinado sometido a la legislación laboral. En definitiva, a nuestro juicio no es una pretendida “definición legal confusa” la que provoca los problemas de prácticas fraudulentas de contratación de empleados como falsos autónomos.

Con lo anterior no queremos indicar que haya que olvidar este asunto, pues, al contrario, es conveniente reforzar los mecanismos que reduzcan todo lo posible el uso fraudulento de las diversas posibilidades de contratación de servicios —subordinada y autónoma— ofrecida por el ordenamiento jurídico a las empresas; si bien advirtiendo también que la clave probablemente no se encuentre tanto en las deficiencias de las definiciones normativas del ámbito de aplicación de la legislación laboral, cuanto de los instrumentos sindicales, administrativos y judiciales orientados a atajar los abusos que se producen en la práctica en la gestión empresarial de sus recursos humanos.

Por lo demás, si existe algún tipo de efecto perverso provocado por el dato normativo, éste no se encuentra tanto en las definiciones de delimitación de fronteras entre ambos tipos de trabajo, cuanto en los diferenciales tan acentuados de régimen jurídico entre trabajo autónomo y trabajo asalariado, en el sentido de que es sobre todo una muy intensa diversidad de costes y de cargas para las empresas la que invita a las mismas a intentar prácticas indebidas de huida de la contratación laboral asalariada. Eso sí, ello alude esencialmente a la segunda de las cuestiones suscitadas por el Libro Verde, motivo por el que su comentario lo postergamos para más adelante.

Más sorprendente aun si cabe, por la confusión que a mi juicio se produce, es la pretensión del documento de establecer una relación

entre el asunto precedente de la delimitación de fronteras entre ambos tipos de trabajo y los fenómenos relativos a las transiciones profesionales. No resulta nada fácil alcanzar a comprender en qué medida las definiciones jurídicas de deslindes de fronteras facilitan o dejan de facilitar las transiciones profesionales entre un tipo y otro de trabajos, desde el instante en que esos problemas de zonas grises aluden esencialmente a un asunto estático de si un concreto sujeto se ha vinculado o no a través de un determinado régimen jurídico, y no a una cuestión dinámica de cambio de status jurídico al concluir una determinada relación de servicios con una empresa pasando a iniciar otra distinta con otra empresa o incluso con la misma, que es justamente a lo que alude el asunto relativo a las transiciones profesionales. Si acaso, el fenómeno de las transiciones en este terreno se ve más afectado por el diferencial de régimen jurídico, aparte de los elementos de empleabilidad de cada sujeto que pretende cambiar de situación en su mercado de trabajo, que propiamente de las definiciones legales de fijación del ámbito de aplicación de cada fórmula contractual prevista por el ordenamiento jurídico. Como todo en el ordenamiento jurídico está interconectado, no es descartable en modo alguno que también las definiciones legales al efecto puedan acabar repercutiendo sobre una mayor o menor seguridad jurídica de los afectados en el momento de agilizar este tipo de transiciones laborales; pero, en todo caso, las causas y efectos de un posible déficit en tales definiciones legales van mucho más allá del concreto asunto relativo a las transiciones profesionales.

Por último, también es digno de resaltar el ámbito de actuación planteado por este texto comunitario respecto de este asunto relativo a la delimitación de fronteras entre trabajo asalariado y autónomo. Desde este otro punto de vista, conviene también que no pase inadvertido el dato de que el debate ha girado en torno a la cuestión de si las legislaciones nacionales son las que deben ser objeto de modificación, al efecto de resolver los posibles conflictos derivados de las zonas grises en la determinación

del ámbito de aplicación de la legislación laboral. A estos efectos, no se entiende bien por qué razón, tratándose de un debate formulado en el ámbito de la Unión Europea, el punto de mira, no ya sólo principal sino prácticamente exclusivo, se sitúe en los presuntos déficits de la legislación nacional. Sin aludir en modo alguno a si ese problema se encuentra o no también en la propia normativa comunitaria.

Bien que mal, cada ordenamiento laboral nacional desde antiguo ha procedido a una identificación del ámbito de aplicación de su legislación laboral; unos Estados lo han hecho por la vía de la identificación de los elementos definitorios por parte de la propia normativa estatal, en tanto que otros estados han acometido esa tarea por la vía jurisprudencial; pero en todo caso es cuestión afrontada con mayor o menor acierto por sus poderes públicos, con soluciones que se han ido consolidando con el paso del tiempo.

En ese contexto, a nuestro juicio, sería mucho más novedoso y de interés suscitar la misma cuestión desde el punto de vista de la normativa comunitaria, preguntándose hasta qué punto puede resultar oportuna alguna intervención en ese ámbito sobre el acervo comunitario, que, por la vía de proporcionar una cierta armonización de las legislaciones laborales nacionales, refuerce la unidad del mercado laboral a nivel europeo, en la medida en que sean homologables o, cuando menos, comparables los criterios establecidos entre unos y otros Estados miembros a la hora de fijar el ámbito de aplicación de la legislación laboral. En suma y dicho con cierta simplicidad, puede que el Libro Verde con cierta delegación de responsabilidades haya dirigido su mirada a poner el acento en la paja ajena en lugar de hacerlo en la viga propia. El propio Libro Verde es consciente de la dimensión supranacional que tiene la presente cuestión; al extremo de que el mismo se felicita por la adopción el 15 de junio de 2006 de una recomendación sobre la relación laboral en el seno de la Organización Internacional del Trabajo.

No se nos escapa que pensar en una iniciativa comunitaria directamente dirigida a

ese objetivo de fijación de una definición legal de delimitación de frontera entre los dos tipos de trabajos, aparte de poco conveniente por su rigidez y falta de adaptación a las especialidades de cada institución de empleo o condiciones de trabajo, puede resultar inviable por la ausencia de un título competencial “*ad hoc*” legitimador de la acción comunitaria en el marco de la armonización comunitaria de la legislación laboral. En efecto, si se atiende al listado de materias para las que el Tratado de la Comunidad Europea prevé la posible adopción de Directivas de armonización, en todos los apartados se utiliza el método referencial a concretos contenidos materiales objeto de regulación (prevención de riesgos laborales, condiciones de trabajo, extinción contractual, seguridad social, información y consulta a los trabajadores, etc.) y en ningún caso con apelación a un título genérico omnicompreensivo o de cierre del conjunto de lo que en el ámbito nacional constituye todo el aparato normativo propio del Derecho del Trabajo, que justificaría una intervención genérica de delimitación de fronteras en los términos aquí sugeridos (art. 137 TCE).

Sin embargo, al mismo tiempo se trata de un asunto que no deja de tener trascendencia comunitaria, en la medida en que todo el conjunto de las Directivas de armonización de las legislaciones laborales nacionales en el marco de la política social comunitaria se dirige, por su propia naturaleza, a las relaciones laborales regidas por el trabajo asalariado. Por tanto, el ámbito de aplicación de las referidas Directivas abarca a quienes se someten a un contrato de trabajo y, por ende, tienen la condición de empleador y trabajador asalariado. Quiere ello decir que la transposición de las correspondientes Directivas no puede caprichosamente ampliar o reducir el universo subjetivo de sus destinatarios, sino que ha de tomar necesariamente como referencia la frontera tradicional y típica entre trabajo subordinado y por cuenta propia. Eso sí, esas Directivas y, por extensión, los acuerdos colectivos europeos como criterio general evitan proceder a definir los conceptos de trabajador, empleador o contra-

to de trabajo. En cierto modo, parten de una delimitación implícita de tales fronteras. Eso sí, con ello dan por buenas los ámbitos aplicativos de la legislación laboral asentados con el paso del tiempo en cada uno de los Estados miembros, y además con la evidente contradicción de dejar abierto el surgimiento de problemas aplicativos cuando con la transposición efectuada se puede llegar a producir un ámbito aplicativo diverso en cada país del alcance de cada uno de los instrumentos comunitarios de armonización de la legislación nacional. Caso particularmente emblemático al respecto, por tratarse de un fenómeno de neto alcance transnacional, es la definición contenida en la Directiva 96/71 sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios: “A los efectos de la presente Directiva, el concepto de trabajador es el que sea aplicable conforme al Derecho del Estado miembro en cuyo territorio el trabajador esté desplazado” (art. 2.2).

En definitiva, por mucho que la Comunidad no ostente una competencia directa de armonización del concepto de trabajador subordinado y de contrato de trabajo, sí que sería perfectamente viable que se produjera una aproximación flexible a tales conceptos por la vía de una mayor precisión de los mismos a la hora de delimitar el ámbito de aplicación de las correspondientes Directivas aprobadas en este ámbito de la armonización. Incluso, dentro de esa reiterada flexibilidad, cabría que se verificara una cierta lectura transversal de tales esfuerzos, en el sentido de que los elementos básicos definitorios de fronteras entre el trabajo autónomo y el subordinado se reiteraran en la medida de lo posible en todas las Directivas aprobadas conforme al art. 137 TCE. Lo contrario, con el tiempo, no puede sino provocar impulsos hacia su delimitación por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, método que a nuestro juicio no es aconsejable en la medida en que se trata de una cuestión situada en el plano de la política normativa y no de mera técnica judicial. Aunque sea un asunto no estrictamente relacionado con la frontera entre trabajo autónomo y asalaria-

do, baste con recordar los avatares tan azarosos y de tensión que ha sufrido la aplicación de la Directiva 93/104, sobre ordenación del tiempo de trabajo, con relevantes pronunciamientos del Tribunal de Justicia que en gran medida han desembocado en una nueva propuesta reformada de Directiva sobre la materia.

B) UN UMBRAL DE DERECHOS MÍNIMOS PARA TODOS: ASALARIADOS Y AUTÓNOMOS

La diferenciación normativa de frontera entre trabajo autónomo y asalariado se ha efectuado tradicionalmente como mecanismo de fijación del ámbito de aplicación de la legislación laboral, a los efectos de excluir de la misma al trabajo por cuenta propia. Exclusión que comporta su remisión a otras ramas del ordenamiento jurídico —en esencia al Derecho Civil o Mercantil—, lo que en la práctica comportaría remisión a la plena libertad de decisión de las partes a nivel individual, sin condicionantes regulativos por parte de la normativa estatal. En paralelo, ese formato aplicado al ámbito comunitario supondría identificar el ámbito de la política social europea con el trabajo asalariado, renunciando a cualquier iniciativa de armonización por lo que afecta a la esfera del trabajo autónomo.

Pretendiendo romper con esa disyuntiva tan drástica, entre la amplia regulación tuteladora de los trabajadores en sentido estricto y la intensa anomia legislativa de los autónomos, el Libro Verde lanza el interrogante de en qué medida sería necesario proceder a fijar un conjunto de derechos mínimos sobre las condiciones de trabajo de todos los trabajadores, con independencia de su contrato de trabajo. A resultas de ello, se cuestiona al propio tiempo cómo incidirían estas obligaciones mínimas en la creación de empleo y en la protección de los trabajadores.

Eso sí, el texto comunitario se presenta tan parco en el precedente desarrollo contextual que determina la formulación de tales cuestiones, que no resulta fácil adivinar las razones por las que se formulan. A pesar de que

en gran medida se trata de preguntas retóricas, que llevan implícitas las respuestas deseadas por la propia Comisión, el texto no explicita mínimamente las razones subyacentes a esta implícita propuesta formulada por sus redactores. Poco ayuda tampoco la circunstancia de que esta cuestión se formule de nuevo dentro del apartado relativo a la “inseguridad jurídica”, pues indiscutiblemente el problema tampoco conecta con esta perspectiva; salvo naturalmente que se esté empleando el término “inseguridad jurídica” en términos eufemísticos, para en realidad querer referirse a una “inseguridad material o económica” que es probablemente a la que se está queriendo aludir en el fondo.

En todo caso, a nuestro juicio, la respuesta a tal cuestión debe ser necesariamente afirmativa, siendo conveniente explicitar las razones, por cuanto que de ello se puede identificar el fundamento jurídico en el que basar una intervención pública en esta esfera, adivinar el contenido aproximado de los derechos que pueden ser objeto de integración dentro de ese umbral mínimo, aproximarse al método más adecuado de llevarlo a cabo, así como vislumbrar el impacto sobre el conjunto del sistema laboral y empresarial de medidas adoptadas en esta dirección. En todo caso, adelantar que, aunque formalmente sería posible que esa intervención se llevara a cabo por parte de la Unión Europea, el proceso lógicamente ha de comenzar por una maduración y actuación previa por parte de las legislaciones nacionales de los Estados miembros.

En concreto, y de manera resumida, tres pueden ser los elementos que pueden justificar una intervención normativa en este terreno, que si bien tiene un diverso origen, sin embargo pueden resultar complementarios y parcialmente coincidentes; desde luego, en modo alguno contradictorios entre sí.

En primer lugar, cabe una perspectiva de enfocar la fijación de un umbral mínimo de derechos en clave de garantía a todos los trabajadores del ejercicio práctico de los derechos fundamentales de ciudadanía que poseen en cuanto que ciudadanos de un Estado demo-

crático. Sin entrar en mayores detalles, desde la perspectiva constitucional nacional las construcciones dogmáticas relativas a la eficacia “interprivatos” de los derechos fundamentales, a pesar de que su construcción se ha formulado en sede abstracta respecto del conjunto de la contratación de derecho privado, en la práctica hasta el momento presente ha concentrado su virtualidad en el campo de las relaciones laborales sometidas al trabajo subordinado, sobre la premisa de que es ahí donde se percibe más inmediatamente la capacidad de que los poderes jurídicos singulares derivados de las facultades directivas del empleador incidan negativamente sobre la garantía de tales derechos fundamentales. Sin embargo, ninguna prescripción constitucional alude a una restricción subjetiva de esa eficacia “interprivatos” al trabajo asalariado. En base a ello, tratándose de derechos de ciudadanía, que pueden verse menoscabados a resultas de los condicionantes económicos y contractuales de obligarse un sujeto a trabajar para otro, en clave de ejecución de un trabajo por cuenta ajena aunque no se efectúe en régimen de subordinación, posee toda su lógica desarrollar una intervención legislativa pedagógica de recordatorio de que el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas también quedan tutelados constitucionalmente a favor de cualquier trabajador, con independencia de que éste lo sea asalariado o autónomo. En gran medida, todo esto es lo que ha determinado la recepción de tales derechos entre nosotros dentro del texto articulado de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo. De forma complementaria a ello, podría hacerse hincapié en que muchos mandatos constitucionales relacionados con la actividad laboral y con el mundo del trabajo presentan un formato amplio, que permiten incorporar en su ámbito de titularidad tanto a asalariados como a autónomos; dicho de otro modo, mientras que en ocasiones el término “trabajador” en el texto constitucional por su finalidad y contenido va circunscrito al empleado asalariado, en otras ocasiones no es acertada una lectura limitativa, pudiendo extenderse a cualquier tipo de trabajador con in-

dependencia del régimen jurídico a través del cual se vincula contractualmente.

En paralelo a ello, desde la perspectiva comunitaria, cabe recordar que la tutela antidiscriminatoria se encuentra ubicada en los pasajes correspondientes al genérico reconocimiento de los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 13 TUE); por tanto no vinculada exclusivamente a la política social y a la armonización de la legislación laboral. En tal medida, existe pleno fundamento para que los derechos de ciudadanía conectados con el mundo del trabajo puedan desplegarse genéricamente a favor de la totalidad de los trabajadores, sólo restringiendo para los asalariados los derechos específicos laborales que presuponen por propia naturaleza esa situación de sujeción jurídica derivada del sometimiento al poder de dirección del empleador. En particular, nada obsta, sino todo lo contrario, a que las previsiones generales de tutela antidiscriminatoria desde la perspectiva comunitaria se hagan extensiva a los trabajadores autónomos.

En segundo lugar, más allá de lo anterior, hay situaciones de vinculación contractual como trabajadores autónomos que no escapan a un modelo de relación desequilibrada en cuanto a la capacidad de negociación individualizada de las condiciones profesionales de ejecución de sus obligaciones. La posición de debilidad contractual del trabajador respecto de la contraparte no es exclusiva de los asalariados, pudiendo presentarse en algunos grupos de trabajadores autónomos; situación de debilidad que se puede verificar sin que por ello dejen de ser auténticos trabajadores por cuenta propia, desde el instante en que pueden seguir siendo titulares de sus negocios y gozar de una palpable capacidad autoorganizativa de su actividad profesional. En suma, la autonomía organizativa no está reñida con la presencia simultánea de una dependencia desde el punto de vista económico. A la postre, ello conduce a justificar una intervención basada en la cláusula de Estado social, que impele a los poderes públicos a garantizar la efectiva igualdad entre los individuos y los grupos, y que no se agota en

el campo económico con la actuación sobre las relaciones laborales de los asalariados. Ello conduce a fundamentar una intervención legal de tutela del contratante débil, por cuanto que en tales situaciones se dan resultados de distorsión de la competencia mercantil, desde el instante en que la empresa cliente por vía de condiciones generales de la contratación impone al trabajador autónomo el régimen jurídico de vinculación entre ambos. Por ese mismo motivo, ese tipo de intervenciones fijando umbrales mínimos de derechos de tutela del autónomo, no pueden considerarse contrarios a los principios constitucionales y comunitarios de libre concurrencia, de libre circulación de servicios y de libertad de establecimiento, desde el instante en que lo que pretenden es justamente equilibrar y corregir situaciones fácticas contrastadas de distorsión de la competencia mercantil. Siendo este el fundamento del presente segundo factor determinante de la intervención, a diferencia del precedente que necesariamente tenía una orientación universal en lo subjetivo, ahora debe ir dirigido específicamente a aquella subespecie de autónomos donde se aprecie esa efectiva dependencia económica y, en particular, esa debilidad contractual que desencadena la correspondiente distorsión de la competencia. Así se explica que en el Libro Verde se cite a título de ejemplo la Directiva 86/653, relativa a los agentes comerciales, como un instrumento de garantía mínima de tales agentes independientes en sus relaciones con sus poderdantes. Ello explica también que la otra manifestación traída a colación como particularmente delicada a estos efectos sea la correspondiente a la de los trabajadores autónomos económicamente dependientes, que se presentan como una categoría de trabajadores particularmente vulnerables.

En tercer lugar, cabría indicar que las razones justificativas de la intervención establecedora de un umbral mínimo de derechos no concluye con la alusión a las dos perspectivas precedentes, sino que la misma se vería completada con una tercera, estrechamente conectada con las nuevas preocupaciones comuni-

tarias relativas al juego omnicomprendido del equilibrio entre flexibilidad y seguridad, en conexión con una comprensión unitaria del mercado de trabajo y, particularmente con los efectos de toda la materia con el fenómeno de las transiciones profesionales.

En efecto, la intensidad de derechos reconocidos e impuestos a los trabajadores autónomos en modo alguno resulta indiferente para los asalariados y, por ende, al conjunto del mercado de trabajo. Como causa más profunda y estructural, a este debate subyace igualmente la constatación de las influencias mutuas entre trabajo asalariado y autónomo; en un contexto de mercado de trabajo cada vez más permeable entre ambas esferas, las diferencias de costes y cargas entre un régimen profesional y otro influyen decisivamente sobre las opciones empresariales y, a la postre, condicionan la organización de las estructuras productivas. Aquí sí que tienen un impacto indiscutible los asuntos relacionados con las transiciones profesionales. Desde esta otra perspectiva, se trata de evitar que se produzcan trasvases indebidos desde un régimen profesional a otro. Por decirlo llanamente, la existencia de un excesivo diferencial, entre derechos profesionales de unos y otros, puede suponer costes económicos y cargas de gestión mucho más reducidos para la contratación vía trabajadores autónomos respecto de los asalariados, de modo que se produzca una huida de la vinculación laboral subordinada por sus mayores costes derivados de la presencia de un más intenso paraguas protector ofrecido por el ordenamiento laboral y de Seguridad Social. Dicho de otro modo, no resulta conveniente que se ahonde en los modelos de segmentación del mercado de trabajo, ahora entre trabajadores asalariados con plena protección y tutela por parte del ordenamiento jurídico, en paralelo a una desprotección de cierto tipo de profesionales autónomos, más aún cuando, como indicamos al inicio, las nuevas formas de organización de las empresas y la universalización de las tecnologías digitales permite una opción efectiva empresarial entre la vinculación contractual asalariada y la autónoma sin incurrir necesariamente en el fraude de ley.

Incluso conviene advertir que, desde el punto de vista de la eficiencia empresarial, la opción a favor de la vinculación contractual vía profesionales por cuenta propia tiene sus luces y sus sombras, en igual medida que una intensificación de la descentralización productiva también presenta sus pros y sus contras desde la perspectiva meramente empresarial. Ciertamente es posible que un mero cálculo de costes inmediatos decante la opción claramente a favor del incremento de la externalización de actividades y, por derivación, de la incorporación de autónomos a la red empresarial. Sin embargo, puede que en ello no se computen los llamados costes de transacción; más aun, puede que ello derive en una reducción de la productividad empresarial en el medio plazo por un escoramiento excesivo hacia un patrón de producción en el que se acude a un uso in-

tensivo de la mano de obra, en esta ocasión un uso intensivo de la fuerza de trabajo por cuenta propia. En la medida en que las puras reglas del mercado, tan acentuadas en el ámbito del trabajo autónomo, puedan producir distorsiones sobre un desarrollo avanzado de la actividad económica, también es recomendable que la concurrencia mercantil abandone una competencia exclusivamente por costes; en suma, toda la lógica de evitar el “dumping social” en el ámbito de las relaciones laborales asalariadas puede trasladarse con fundamento similar a la esfera del trabajo autónomo. Más aun, cuando ese posible “dumping social” hoy en día no queda circunscrito al ámbito exclusivo del trabajo autónomo, sino que por derivación, puede acabar impactando sobre el trabajo asalariado, en esa concepción tantas veces reiterada del mercado de trabajo como un todo unitario e interconectado entre sí.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

- BARRIOS BAUDOR G. y APILLUELO MARTÍN, M.: *Introducción al estudio del trabajo autónomo*, Thomson Aranzadi 2007.
- CARUSO B. y M. FLUCHS, *Labour Law and Flexibility in Europe*, Giuffrè, 2004
- CRUZ VILLALÓN J.: *Propuestas para una regulación del trabajo autónomo*, Fundación Alternativas 2003
- CRUZ VILLALÓN coord.: número monográfico sobre el trabajo autónomo, *Temas Laborales* nº 81 (2005)
- CRUZ VILLALÓN J. y VALDÉS DAL-RÉ F. dir.: *El Estatuto del trabajo autónomo*, La Ley Wolters Kluwer 2008
- GARCÍA JIMÉNEZ M. y MOLINA NAVARRETE C.: *El estatuto profesional del trabajo autónomo: diferenciando lo verdadero de lo falso*, Tecnos 2008.
- GARCÍA MURCIA J. dir.: *El trabajo autónomo y otras formas de trabajo no asalariado*, Thomson Aranzadi 2007
- GARCÍA NINET J.I.: *Comentarios a la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo*, CISS 2007.
- GÖERLICH PESET J.M. PEDRADAS MORENO A. y SALA FRANCO T.: *Trabajo autónomo: nueva regulación*, Tirant lo Blanch 2007.
- MARTÍN VALVERDE, A.: “Trabajo asalariado y trabajo autónomo en el Derecho comunitario europeo”, en AA. VV., Cruz Villalón, J. coord., *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo*, ed. Tecnos, Madrid 1999, pp. 73-93.
- MONTOYA MELGAR A. y MARTÍN JIMÉNEZ R.: *El Estatuto del trabajo autónomo*, Thomson Aranzadi 2007
- PERULLI, A.: *Il lavoro autonomo*, Giuffrè, Milán 1996
- PERULLI, A.: *Economically dependent/quasi-subordinate (paradusordinate) employment: legal, social and economics aspects*, octubre 2002, en http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/docs/parasubordination_report_en.pdf
- REY GUANTER S. dir.: *Comentarios al estatuto del trabajo autónomo*, Lex Nova 2007
- ROCCELLA R. y TREU T.: *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Cedam, Padova 2007
- RODRÍGUEZ-PIÑERO M. y CASAS BAAMONDE M.E. coord.: Especial Monográfico dedicado al trabajo autónomo, *Relaciones Laborales* nº 718 (2000)
- SUPIOT A., *Au-delà de l'emploi. Trnsformations du travail et devenir du Droit du travail en Europe*, Flammarion, 1999
- THIBAUT ARANDA J. y JURADO SEGOVIA A.: Algunas consideraciones en torno al Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, *Temas Laborales* nº 72 (2003), pgs. 35 ss.

VALDÉS DAL-RÉ F. coord.: *Un Estatuto para la promoción y tutela del trabajador autónomo. Informe de la Comisión de Expertos para la elaboración del un Estatuto del trabajador autónomo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales 2006.
VV.AA.: *Dossier Nuevo Estatuto del Trabajador Autónomo*, Lefebvre 2007.

Fecha de recepción de originales: 30 de septiembre de 2008
Fecha de aceptación de originales: 5 de noviembre de 2008

RESUMEN

Después de destacar las coordenadas ideológicas en las que se mueve, el estudio se centra en analizar los criterios u orientaciones formulados por el Libro Verde respecto de las relaciones laborales triangulares, considerando como tales las que se desarrollan en supuestos de contrata o subcontrata y por medio del recurso a empresas de trabajo temporal. La aportación, que se centra en los aspectos individuales —puesto que el Libro Verde renuncia a suscitar cuestiones en el plano sindical—, ofrece una panorámica de la evolución habida en el sistema jurídico español, poniéndose de manifiesto las insuficiencias de las soluciones legalmente establecidas y las posibles alternativas.

PALABRAS CLAVE

LIBRO VERDE, RELACIONES LABORALES TRIANGULARES, EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL, CONTRATAS Y SUBCONTRATAS, FÓRMULAS DE CO-RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL

ABSTRACT

Once it has highlighted the ideological coordinates on which it is based, the study focuses on analysing the criteria or guidance formulated by the Green Paper in regard with the three-way labour relationships, considering as such those developed in cases of contract and subcontract and by means of resorting to temporary agencies. The contribution, focuses on the individual aspects —as the Green Paper refuses to raise union issues—, it offers an outlook of the evolution performed in the Spanish legal system, stating the insufficiencies of the legally established solutions and the possible alternatives.

KEY WORDS

GREEN PAPER, THREE-WAY LABOUR RELATIONSHIPS, TEMPORARY WORK AGENCIES, CONTRACTS AND SUBCONTRACTS, BUSINESS CO-RESPONSIBILITY FORMULAS

LAS RELACIONES DE TRABAJO TRIANGULARES Y EL LIBRO VERDE SOBRE LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO

Fernando Valdés Dal-Re

Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad Complutense de Madrid

Sumario: 1. La modernización del Derecho del Trabajo propuesta por el Libro Verde: entre la ideología y la banalidad 2. El Libro Verde y las relaciones laborales triangulares 3. La centralidad del establecimiento de fórmulas de co-responsabilidad empresarial A) La figura de un solo empresario como único centro de imputación de responsabilidades. a) La dogmática tradicional. b) Su progresiva moderación. El recurso a las técnicas de co-responsabilidad entre distintos empresarios. B) La ordenación jurídico-positiva de la co-responsabilidad empresarial: apuntes críticos. a) La insatisfactoria solución de la garantía de la responsabilidad subsidiaria en el régimen de las Empresas de Trabajo Temporal. b) La obsolescencia social de la garantía de la responsabilidad solidaria en el régimen de contratas y subcontratas. Nota bibliográfica

1. LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO PROPUESTA POR EL LIBRO VERDE: ENTRE LA IDEOLOGÍA Y LA BANALIDAD

1. En noviembre de 2006, la Comisión Europea da a conocer un Libro Verde intitulado “*Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*” cuya genérica finalidad, por formularlo con las propias palabras del docu-

mento, es ofrecer un marco de reflexión “sobre cómo modernizar el Derecho laboral para sostener el objetivo de la Estrategia de Lisboa de crecer de manera sostenible con más y mejores empleos”². El declarado objetivo se asienta sobre una doble y combinada premisa, que cumple la muy relevante función de delimitar desde un principio y sin ambigüedades o equívocos el entorno ideológico en el que se mueve y desde el que se ha elaborado el Libro Verde. La primera premisa es la configuración del ordenamiento laboral (de los ordenamientos

laborales) como un mero instrumento puesto al servicio del funcionamiento del orden económico; esto es, del mercado. La consecuencia principal de semejante concepción es la privación al derecho del trabajo (a sus principios, a sus instituciones, a sus reglas y a sus técnicas de regulación) de una lógica propia y diferenciada de la que definen los entornos macroeconómicos. La segunda premisa que sostiene la finalidad que se confiesa perseguir con la consulta promovida por y desde el Libro Verde traduce una negativa valoración sobre la eficacia del derecho del trabajo al crecimiento económico y, más en general, al desarrollo dinámico y sostenido de la economía de mercado. La necesidad o, al menos, la conveniencia de “modernizar” el derecho del trabajo trae causa y se debe a la falta de adecuación de éste, en su vigente conformación, a las demandas económicas; a la obsolescencia o arcaísmo del denominado modelo tradicional de la relación individual de trabajo, articulado sobre un empleo permanente a tiempo completo, unas relaciones laborales regidas por una legislación laboral que ofrece una sólida red de garantías y protección y un empleador único, responsable de la observancia de las obligaciones laborales³.

No son estos momento y lugar adecuados para discutir el marco conceptual y el contexto analítico de ambas premisas, bastando a los efectos que aquí interesan recordar su lecho ideológico. El razonamiento del Libro Verde hunde sus raíces en una bien conocida corriente de pensamiento económico para la que las medidas de protección al empleo, constitutivas del armazón del derecho del trabajo, son constricciones exógenas al mercado de trabajo, que frenan su eficaz marcha, impiden su adaptación a los cambios, obstaculizan el progreso económico, encarecen desmedidamente la propia actividad productiva y restringen la libre competencia. Desde esta concepción, que niega toda sustantividad funcional a las reglas e instituciones jurídico-laborales, reduciéndolas a la condición de instrumento al servicio del funcionamiento de la economía, es desde la que aflora sin ambigüedad alguna el profundo sesgo ideológico del objetivo consistente

en la “modernización del derecho del trabajo”, entendida como una condición necesaria para la transformación de los mercados de trabajo, como “un elemento clave para el éxito de la adaptabilidad de los trabajadores y de las empresas”. La formulación de este objetivo se asienta implícitamente en algunas hipótesis sobre las que, ahora sí, conviene reflexionar de manera crítica⁴, aunque sea sumariamente.

2. La primera hipótesis y, desde luego, la esencial, aquella que nutre y alimenta tanto el desarrollo argumental como las preguntas del propio “Libro Verde” es la falta de adecuación de las reglas jurídicas (las legales y las convencionales) que estructuran el que se denomina, alternativamente, “modelo tradicional” de derecho del trabajo o “contrato de trabajo clásico” a los desafíos derivados de los formidables cambios tecnológicos, económicos, demográficos u organizativos de nuestra sociedad. Es esta falta de adecuación la que justifica la necesidad de actualización o “modernización”.

La idea que ampara esta hipótesis no puede dejar de compartirse. De entre todas las ramas del ordenamiento jurídico, la laboral es, sin duda alguna, la más expuesta a la acción de factores exteriores. Por consiguiente, la necesidad de adaptarse a las mudanzas de su entorno forma parte del código genético del propio derecho del trabajo. Pero una cosa es aceptar la exigencia de una adaptación dinámica del derecho del trabajo, y otra bien diferente definir como obligado horizonte de las acciones de política laboral la “modernización del derecho del trabajo”. Con semejante formulación, el “Libro Verde” hace tabla rasa de la historia más reciente, la de los últimos treinta años, del derecho del trabajo en Europa; al menos, en los ordenamientos laborales de los Estados de la UE-15. Cualquier observador social medianamente avezado sabe que ha sido ésta una historia jalonada por una ininterrumpida sucesión de reformas legislativas que, en líneas generales, han tenido el efecto de instalar ese “modelo tradicional” en un estadio próximo a la arqueología jurídico-laboral. Al margen de la diversidad de las concretas modificaciones introducidas en aquél modelo tradicional y con

independencia de los ritmos y de la intensidad de las modificaciones mismas, la práctica totalidad de los ordenamientos europeos ha venido acomodando, ya desde hace bastantes años, sus instituciones y estructuras jurídico-laborales a los desafíos que imponen aquellos cambios; o por decirlo con el recurso al lenguaje del Libro Verde, ha venido modernizando el derecho del trabajo. Para corroborar esta conclusión de manera irrefutable, bastan rudimentarios empirismos; basta, en efecto, recordar los ya inabarcables catálogos de leyes aprobadas y de acuerdos sociales y convenios colectivos negociados en el curso del último cuarto de siglo con la expresa finalidad de facilitar la organización del trabajo a los cambiantes requerimientos del mercado. Siendo todo ello así, como es, el propósito general del Libro Verde, el relativo a la “modernización del derecho del trabajo”, no hace justicia a la realidad de los derechos europeos del trabajo; muy antes al contrario, pretende reescribir su historia, ofreciendo una lectura torcida y retorcida de la misma.

Los anteriores desajustes trascienden el entorno fáctico que dibuja el Libro Verde, incidiendo en el escenario ideológico que ha informado la elaboración tanto de su parte argumentativa como de sus preguntas. Como ya se ha hecho notar, el propósito que anima el documento no puede dejar de compartirse. Es éste un juicio que también puede extenderse a la gran opción de política de derecho que, en el decir del Libro Verde, debería inspirar las medidas adaptativas del derecho del trabajo: la simultánea procura de flexibilidad y seguridad en el empleo. La argumentación que acompaña y, en buena medida, sostiene esa gran opción no se encuentra, sin embargo, al abrigo de algunas serias objeciones críticas. En tal sentido y por ejemplo, resulta discutible la notable relevancia atribuida a la regla jurídica (a la legislación laboral) para lograr un crecimiento económico duradero y generador de empleos. E incluso más discutible es, desde una perspectiva metodológica, la decisión de encarar la compleja problemática de la “flexiseguridad”⁵ desde visiones que incurren, por su carácter groseramente unitario, en un doble error: la

simplificación y la parcialidad. La sesgada concepción con la que se trata un tema de tanta complejidad como el apuntado se evidencia en el dato de que el Libro Verde no ha logrado resistirse a la seducción del modelo danés de *flexicurity* (propuesta 5)⁶, presentándolo, no tanto como ejemplo de buena práctica cuanto como sistema listo para su obligada exportación a terceros países. Pero en todo caso, la primera y, acaso, la principal objeción afecta a las relaciones entre los términos que forman el par flexibilidad/seguridad.

En su versión esencial, la flexibilidad alude a la capacidad de las organizaciones empresariales de gestionar la mano de obra a fin de hacer frente a las mudables condiciones del mercado, integrando un muy variado conjunto de medidas que van desde el ajuste del volumen de empleo hasta la organización funcional de la empresa, pasando por la movilidad geográfica, la remuneración o la ordenación del tiempo de trabajo. Por consiguiente, la flexibilidad no se limita a las facilidades que disponen los empresarios para contratar y, sobre todo y como simplifica el Libro Verde, para despedir; comprende, antes al contrario, otras muchas manifestaciones. No obstante ello, lo cierto es, como el propio Libro Verde⁷ reconoce, que un relevante número de reformas llevadas a cabo por los diversos países europeos en las décadas de los 80 y 90 concentró las medidas de flexibilidad en la vertiente externa o “numérica”. Estas decisiones produjeron, al menos, tres relevantes consecuencias, combinadas entre sí, que aún perviven, en buena medida, en los mercados de trabajo y en los ordenamientos de numerosos Estados miembros de la UE. Las acciones de flexibilidad en el “margen”, de un lado, segmentaron el mercado de trabajo; de otro, redujeron drásticamente para determinados colectivos de trabajadores (los excluidos) la protección en el empleo y, finalmente, contribuyeron a “banalizar” la tarea misma de gestión de los recursos humanos en una economía globalizada, tarea ésta reducida, en buena parte, al diseño de confortables operaciones de celebración y extinción de contratos atípicos.

En un contexto como el sumariamente descrito, dominado por una inequitativa distribución de la flexibilidad y de la seguridad, el propósito de la “modernización” del derecho del trabajo no puede centrarse en medidas destinadas a “incrementar la flexibilidad” de los contratos de duración indeterminada y determinada (pregunta 4). A lo largo de las tres últimas décadas, poderes públicos e interlocutores sociales han procurado, con mayor o menor éxito, adaptar las estructuras tradicionales del derecho del trabajo a los cambios de toda índole que se han ido produciendo. Enjuiciado desde el par flexibilidad/seguridad, este proceso dinámico de adaptación ha desarmado y desactivado buen número de las tradicionales garantías de empleo para un colectivo importante cuantitativa y cualitativamente de población laboral europea. A corto y medio plazo, la solución no pasa por profundizar aun más en ese desarme, sino —y ello es bien diferente— por adoptar medidas destinadas, de un lado, a reequilibrar la seguridad perdida y, de otro, a redistribuir la flexibilidad introducida. El objetivo primero y esencial consiste en recuperar para ese casi 40 por 100 de trabajadores europeos en situación de precariedad laboral⁷ unos niveles decentes de protección en el empleo.

2. EL LIBRO VERDE Y LAS RELACIONES LABORALES TRIANGULARES

3. El Libro Verde se estructura en torno a cuatro grandes apartados. En el primero, al tiempo de enunciarse su ya mencionada finalidad, la de abrir un debate público sobre los criterios para la modernización del derecho del trabajo con vistas a lograr una mejor contribución de éste a la consecución de los objetivos de la estrategia lisboeta, se da a conocer el plan de acciones que se pretende llevar a cabo una vez concluida esa consulta. Más allá de sus concretas rotulaciones, a menudo equívocas, los apartados segundo y tercero intentan ofrecer, respectivamente, una evolución del derecho del trabajo en Europa y un diagnós-

tico sobre los resultados de esa evolución. Finalmente, el apartado cuarto es el que formula la mayor parte de las preguntas que componen el cuestionario a debate, ordenándose estas en torno a seis grupos temáticos: transiciones profesionales, inseguridad jurídica, relaciones de trabajo triangulares, ordenación del tiempo de trabajo, movilidad de los trabajadores y, en fin, control de la aplicación de la legislación y trabajo no declarado.

A lo largo de todos estos apartados, el documento de la Comisión hace gala una y otro vez de esos atributos que informan su contenido, señaladamente la acusada simplificación, de matriz resueltamente ideológica, de la función, fines, estructura y contenido de la legislación laboral o, tal vez y por decirlo desde otro ángulo, de los problemas del mercado de trabajo y de las medidas que han de adoptarse para su solución. La mención en el mismo pórtico del Libro Verde de la propuesta formulada en el Informe Win Kok a los Estados miembros sobre la necesidad de evaluación y, en su caso, revisión del grado de flexibilidad previsto en los contratos clásicos respecto de los plazos de preaviso, los costes y los procedimientos de despido individual o colectivo y la definición del despido improcedente⁸ evidencia el sesgo ideológico y la parcialidad que define el marco conceptual y analítico del mercado de trabajo y del empleo. La noción y la práctica de la flexibilidad quedan agotadas en la figura del despido.

No es cuestión ahora de insistir en la crítica a las opciones político-ideológicas sobre las que se asienta el documento a examen, bastando por destacar el corto recorrido que las mismas han tenido en el debate sobre flexibilidad y seguridad mantenido en el propio ámbito institucional europeo. Para no razonar en el vacío, bastará traer a colación dos concretos intentos destinados al objetivo de rectificar esas opciones, presentando un contenido de la flexibilidad “socialmente amable”⁹. De un lado, el Grupo Europeo de Expertos sobre flexibilidad, en el informe final de junio de 2007, bajo la expresiva rúbrica *on path dependence: not one way to Rome*, no dudará en reconocer

que, a resultas de las negociaciones y consultas habidas en los niveles nacionales, las manifestaciones de flexibilidad y seguridad adoptan distintas formas de país a país¹⁰. Por su parte, la propia Comisión, en una Comunicación de junio de 2007 sobre los principios comunes de la flexiseguridad, también reconocerá que la flexibilidad no se limita a la mayor libertad de las empresas “para contratar o despedir y no significa que los contratos por tiempo indefinido hayan quedado obsoletos”, comprendiendo también “la progresión de los trabajadores hacia mejores empleos, la movilidad ascendente y el desarrollo óptimo del talento”¹¹. Por lo demás, es esta noción amplia de flexiseguridad, que parte de la atribución al contrato de duración indefinida de la condición de contrato tipo, la que ha sido finalmente asumida por el Consejo con motivo de la aprobación de los denominados principios comunes de la flexiseguridad¹². De conformidad con el contenido del principio cuarto, “las medidas de flexiseguridad no deben plantearse desde la perspectiva de un modelo único de mercado de trabajo o de vida laboral, ni de una única estrategia de actuación; antes bien, deben adaptarse a las circunstancias específicas de cada Estado miembro”, que es el encargado de elaborar sus propias medidas y de evaluar su resultado.

4. El Libro Verde, tras afirmar que la “existencia de un empleador único y responsable del respeto de las obligaciones correspondientes a los empleadores”¹³ es una de las tres características del modelo tradicional de relaciones laborales, dedica su atención, dentro del epígrafe dedicado a reflexionar sobre los criterios que pueden contribuir a la modernización del derecho del trabajo, a las “relaciones laborales triangulares”¹⁴. La lectura de la sumaria argumentación que precede a la formulación de las preguntas que versan sobre este tipo de relaciones laborales ya anuncia el contenido de éstas; contenido éste, por otra parte, que, en buena medida y de manera excepcional, se salva del marco que define el Libro Verde. Las preguntas que se enuncian y la argumentación que las justifican ni están sesgadas ideológicamente ni incurrir en una desconcertante banalidad.

En concreto, dos son las grandes preocupaciones del Libro Verde respecto de las también dos grandes manifestaciones de triangularidad laboral: de un lado la triangularidad contractual, que se expresa a través de las empresas de trabajo temporal (ETT) y, de otro, la triangularidad organizativa, representada por los fenómenos de descentralización productiva, señaladamente los que se instrumentan a través de la figura de las contratistas y de las subcontratistas. La primera preocupación atiende a la delimitación de las responsabilidades que corresponden a los titulares de las organizaciones de empresa que intervienen en estas modalidades de prestación laboral. En tal sentido, el Libro Verde recuerda que “el desarrollo del trabajo mediante empresas de trabajo temporal ha conducido a la modificación de las legislaciones laborales de determinados Estados miembros para definir las responsabilidades respectivas del cesionario y de la empresa usuaria, con objeto de proteger los derechos de los trabajadores”¹⁵. Y también hace notar que problemas similares se plantean “cuando los trabajadores se ven inmersos en largas cadenas de subcontratación”. De ahí, la decisión de algunos Estados miembros de solventar esos problemas “mediante un sistema de responsabilidad conjunta y solidaria de los contratistas principales con respecto a las obligaciones de sus subcontratistas”. A juicio del Libro Verde, este sistema, aunque estimula a los contratistas principales a “vigilar el cumplimiento de la legislación laboral por parte de sus socios comerciales”, podría afectar, al restringir la subcontratación por parte de empresas extranjeras, a la libre prestación de servicios en el mercado interior¹⁶, riesgo éste que parece, siempre en el decir del documento, haber sido conjurado por la jurisprudencia comunitaria¹⁷.

Un alcance más limitado desde una perspectiva temática, ya que mira exclusivamente a las EETT, tiene la segunda de las preocupaciones que manifiesta el Libro Verde al encarar los problemas de las relaciones laborales triangulares, centrada ahora en la identificación del modo de asegurar el principio de no discriminación que garantice un trato no menos favo-

table, en las empresas usuarias, entre los trabajadores puestos a disposición y los trabajadores directamente contratados por las empresas usuarias. En todo caso y al margen de que esta segunda preocupación afecte exclusivamente a las EETT y no a las contratas y subcontratas, no puede dejar de resaltarse que *el travail intérimaire* constituye una de las cuatro únicas materias en las que el Libro Verde menciona posibles acciones comunitarias¹⁸, alcanzado las otras tres restantes a la organización del tiempo de trabajo (último inciso de la pregunta 11)¹⁹, a la movilidad de los trabajadores (pregunta 12)²⁰ y, en fin, al control de la aplicación de la legislación en el trabajo no declarado (preguntas 13 y 14)²¹.

Sobre la base de esta doble preocupación, el Libro Verde formula las dos siguientes preguntas en el epígrafe de “relaciones laborales triangulares”:

“9. *¿Piensa que deberían precisarse las responsabilidades de las distintas partes en las relaciones laborales múltiples para determinar quién es responsable del cumplimiento de los derechos de los trabajadores? ¿Sería factible y eficaz recurrir a la responsabilidad subsidiaria para determinar esta responsabilidad en el caso de los subcontratistas? En caso negativo, ¿cree que existen otros medios que permitan garantizar una protección suficiente de los trabajadores participantes en relaciones de trabajo triangulares?*

10. *¿Es necesario clarificar el estatuto de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal?”*

5. En octubre de 2007, la Comisión publica una Comunicación en la que da cuenta del resultado de la consulta pública promovida por el Libro Verde²². La Comisión recibió, en concreto, 450 respuestas²³ procedentes de las más variadas instituciones europeas y nacionales, públicas y privadas. Conforme reconoce la citada comunicación, “la mayor parte de estas respuestas refleja una conciencia profunda de los retos con que se enfrenta el nuevo mercado laboral europeo, al que van dando forma la creciente movilidad laboral y la actividad empresarial transnacional”²⁴.

En lo que concierne a la primera de las preguntas contenidas en el cuestionario sobre relaciones de trabajo triangulares, las instituciones europeas manifiestan su neto apoyo a las medidas de “responsabilidad conjunta y solidaria” entre las empresas principales y de trabajo temporal, de un lado, y las entidades colaboradoras y las empresas usuarias, de otro. Tal es, por ejemplo, la posición mantenida por el Parlamento Europeo en la resolución de julio de 2007 adoptada sobre el Libro Verde; tesis ésta que se fundamenta en la necesidad de hacer frente a los abusos de la subcontratación y externalización así como en la exigencia de asegurar condiciones equitativas de competencia para las empresas²⁵. Y también es la tesis defendida por la CES que ha venido manifestando, ya desde hace tiempo, su favorable posición a la adopción de medidas legislativas de responsabilidad solidaria entre las organizaciones de empresa que intervienen en las dos modalidades de relaciones de trabajo triangulares no solo en el ámbito de los Estados miembros sino, adicionalmente, en el de la propia UE. En todo caso, la CES insta a la Comisión a que, de un lado, incentive a los Estados miembros que todavía no han introducido en sus sistemas jurídicos este tipo de medidas a que lo hagan de manera inmediata y, de otro, adopte un instrumento comunitario para regular la responsabilidad en cadena de dichas organizaciones²⁶. No es ésta, sin embargo y como no sorprende, la tesis mantenida por Business-europe (antigua UNICE), para la que resulta dudosa la eficacia de una propuesta semejante, entendiendo que son las empresas usuarias y las subcontratistas las que han de asumir sus responsabilidades en materia laboral y de seguridad social²⁷.

Respecto de la segunda pregunta, la relativa a la conveniencia de clarificar a nivel comunitario el estatuto de los trabajadores cedidos, los Estados miembros se limitaron a reiterar, en sus contestaciones al Libro Verde, los argumentos favorables y las reservas que han venido manifestando a lo largo de los últimos años a la propuesta de Directiva de empresas de trabajo temporal²⁸. De su lado, la CES y, en

general, los sindicatos europeos expresaron la necesidad de la adopción de este instrumento comunitario, que vendría así a complementar las directivas sobre desplazamiento de trabajadores y de servicios. Las organizaciones empresariales europeas, en cambio, consideraron que la situación del trabajador cedido se encuentra bien definida en los derechos nacionales, no siendo necesario, en aplicación del principio de subsidiariedad, contar con una ordenación jurídica de ámbito comunitario.

6. En las consideraciones que a continuación siguen me voy a ocupar, en el doble plano de la formulación teórica y de su plasmación positiva, de los problemas de distribución de responsabilidades en el ámbito de las grandes organizaciones de empresa que articulan relaciones de trabajo triangulares; esto es, las EETT y las contratadas y subcontratadas. Antes de ello, no puede por menos de criticarse la decisión del Libro Verde de marginar de los debates que ha pretendido abrir la dimensión colectiva de las relaciones laborales, dimensión ésta que se encuentra por completo ausente en todas y cada una de las materias que recorren el documento y, por consiguiente y también, de las relaciones de trabajo triangulares²⁹.

3. LA CENTRALIDAD DEL ESTABLECIMIENTO DE FÓRMULAS DE CO-RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL

A) LA FIGURA DE UN SOLO EMPRESARIO COMO ÚNICO CENTRO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDADES

a) La dogmática tradicional

7. La comparecencia de dos únicas partes en el proceso de formación del contrato de trabajo, cuyo concurso de voluntades da vida a una relación jurídica obligatoria, es un dato que pertenece a la fenomenología jurídica y, como tal, verificable a partir de simples obser-

vaciones de hecho. Referida la noción al número de partes y no al de obligaciones que el contrato crea y a la estructura de las mismas, el carácter bilateral de aquel negocio jurídico no es sólo una máxima de experiencia, que traduce la forma socialmente típica de prestación del trabajo por cuenta ajena y dependiente. La bilateralidad del contrato de trabajo ha sido un constante compañero de viaje del Derecho del Trabajo; de su teoría y de su práctica normativa³⁰.

Por lo pronto, esta nota ha servido al legislador para definir las posiciones jurídicas, activas y pasivas, de los contratantes — sus prestaciones y contraprestaciones, derechos y deberes, facultades y responsabilidades — y, en razón de ello, deducir las oportunas consecuencias jurídicas. En tal sentido, el que merece el calificativo de nuestro primer gran texto legal con vocación, bien que en gran parte frustrada, de juridificar la relación laboral individual, el Código de Trabajo de 1926, definiría el contrato de trabajo como aquél “por virtud del cual un obrero se obliga a ejecutar una obra o un servicio a un patrono por precio cierto” (art. 1). La utilización del número singular para identificar a las partes contratantes no proviene de una mera razón de economía de lenguaje; trae causa, antes al contrario, en una bien concreta opción de política de Derecho: la de configurar una determinada forma de trabajar como tipo contractual, erigiéndola en obligado referente de la acción normativa. Pero la bilateralidad también ha sido la característica que más ha contribuido a la construcción dogmática de la estructura del contrato de trabajo; a una construcción elaborada por los fundadores de la ciencia jurídico-laboral y que ha perdurado sin solución de continuidad hasta nuestros días³¹. Desde esta óptica, le asiste la razón al Libro Verde al afirmar que la “existencia de un empleador único y responsable del respeto de las obligaciones correspondientes a los empleadores” constituye una de las características del modelo tradicional del contrato de trabajo³².

Conferida, pues, a la relación obligatoria nacida de un contrato concertado entre un trabajador y un empresario la condición de

forma tipo de trabajar, las legislaciones de la práctica totalidad de los países de cultura jurídica germanista o romanista responderán de manera bastante uniforme frente a los supuestos de quiebra o ruptura de la bilateralidad de la relación laboral. La prestación de trabajo ejecutada en favor de un empresario por una pluralidad de trabajadores, constituida en grupo antes de la conclusión del contrato, queda en ocasiones incluida en el ordenamiento laboral y, en otras, excluida. En todo caso, el tratamiento de esta modalidad de trabajo se resuelve y disuelve en un problema de simple calificación jurídica de la relación obligatoria. Ésta será tipificada como una relación extralaboral, reconducible, por ejemplo, a los esquemas civilistas del mandato o de la ejecución de obra; pero también será configurada por los ordenamientos, en ocasiones, como una relación laboral, común o especial (de grupo, *d'équipe, di squadra* o *Eigengruppe*), cuando el empresario contrata con el grupo en conjunto y le asigna la realización de una obra o de un servicio común, instituyéndose entonces un vínculo “unitario y único” entre el grupo de trabajadores y el empresario³³.

Radicalmente distinto es el tratamiento normativo dispensado a los casos de desdoblamiento jurídico de la figura del empresario; es decir, a aquellos supuestos en los que el trabajador concierne la relación con un empresario que, no obstante, procede a desplazar o transferir a otro sujeto, que permanece encubierto y oculto, las posiciones jurídicas asociadas a la condición de parte del contrato en calidad de empleador. Estas situaciones quedan sistemáticamente prohibidas en el tráfico jurídico, al ser calificadas como maquinaciones o engaños enderezados a defraudar los derechos de los trabajadores. O como razonara, entre nosotros, el Preámbulo del Decreto-Ley de 15 de febrero de 1952, es necesario abortar “un sistema o procedimiento de contratación de mano de obra que, si se extendiera, por no ser atajado y reprimido con todo el rigor de la Ley, podría dejar prácticamente sin efectos todos los beneficios de amparo, tutela y protección” de los trabajadores. Las prácticas de transformación

del contrato de trabajo de negocio angular en negocio triangular atraen hacia sí severos reproches jurídicos, que a menudo trascienden el plano contractual para constituir tipos delictivos reprimidos en la vía penal.

Dando de lado la reacción penal, la respuesta de los ordenamientos eurocontinentales a los fenómenos de cesión de mano de obra que empiezan a emerger, aún de forma esporádica, durante las décadas inmediatamente posteriores a la terminación de la II Guerra Mundial, es contundente y, en lo esencial, unánime. Aún cuando pudieran diverger en su articulación jurídica, en la práctica totalidad de estos ordenamientos se dicta un *corpus* normativo armonizado que comparte una misma fundamentación jurídica y persigue un común objetivo. Aquella primera, que no hace sino traducir los postulados dogmáticos del contrato de trabajo, puede enunciarse de manera sencilla: quien hace suya la *utilitas* del trabajo por cuenta ajena y dependiente adquiere las posiciones de crédito y débito normativamente asociadas a la figura del empresario. Para los ordenamientos eurocontinentales, la condición de empresario es indivisible; no cabe compartirla jurídicamente con otro, so pena de instalarse en el borde exterior del tráfico jurídico. De su lado, el objetivo al que sirven las medidas adoptadas no es otro que la quiebra del mecanismo interpositorio y la restauración del efecto jurídico derivado de la bilateralidad del vínculo contractual.

b) Su progresiva moderación. El recurso a las técnicas de co-responsabilidad entre distintos empresarios

8. Estos mismos ordenamientos, los ordenamientos europeos, van a percatarse de inmediato, no obstante, de que para combatir el *marchandage* de mano de obra no basta rehacer la angularidad genética de la relación laboral, desterrando al empresario aparente y reinstalando, en su lugar, al empresario real. Simultáneamente y para preservar los derechos de los trabajadores que se hubieren visto perjudicados, es preciso reconstruir su angularidad funcional mediante

el recurso a las técnicas propias utilizadas por el derecho de obligaciones en los casos en los que la relación jurídica se encuentra integrada por una pluralidad de personas.

Bien mirado, la aplicación de fórmulas de co-responsabilidad pasiva empresarial no vendría a aportar novedad alguna en el panorama legislativo europeo. Las primeras leyes sobre seguros sociales, sobre todo en materia de accidentes de trabajo, ya habían consagrado la responsabilidad del empresario principal respecto de los trabajadores del contratista de obra y servicio por el pago de las cuotas y, en su caso, de las indemnizaciones o subsidios a que diere lugar. Con todo, la adopción por las legislaciones de la época de una serie de medidas ordenadas a la represión del tráfico de mano de obra aparejará importantes consecuencias, apreciables en el doble plano normativo y teórico o constructivo.

En el plano normativo, estas medidas acometen una profunda reordenación del régimen jurídico de las contrataciones de obras y servicios vigentes. Ante el temor de que las aún contenidas prácticas empresariales de descentralización de parte de su ciclo productivo pudieran ser utilizadas como vías encubiertas de prestamismo laboral, las legislaciones europeas de inicios de la segunda mitad del siglo pasado establecen mecanismos de refuerzo de los créditos laborales de titularidad de los trabajadores al servicio de los contratistas y subcontratistas. La imputación de responsabilidades típicamente contractuales más allá de la esfera patrimonial de quien es parte de la relación obligatoria no persigue, a la postre, sino localizar, a través de un encadenamiento de eventuales responsables, un último que sea solvente³⁴. A partir de entonces y hasta nuestros días, la contratación de obras y servicios y la cesión de mano de obra son instituciones que pasan a ser objeto de una regulación conjunta en algunos ordenamientos. Ello sucederá, de manera paradigmática, en el nuestro. Y así, el Decreto 3667/1970, de 17 de diciembre, con independencia de la muy diversa calificación jurídica que efectúa de una y otra institución, las emparejará con fundamento en la característica común que ambas

comparten; a saber: la disociación, indirecta en la contratación y directa en la cesión, entre quien asume la condición de empresario y quien se beneficia de la prestación de trabajo.

En el plano teórico, la adopción de aquellas medidas promoverá, probablemente por vez primera desde la aparición del Derecho del Trabajo y su consagración como un sector del ordenamiento jurídico dotado de autonomía y sustantividad, la apertura de un fecundo debate sobre la figura del empresario. Si bien es cierto, como ya advirtiera SINZHEIMER en 1922, que el contrato de trabajo “no es el Derecho del Trabajo”³⁵, no es menos verdad que la dogmática de éste se fue construyendo sobre las bases de aquel otro, elaborada, muy señaladamente, a partir de la posición jurídica del trabajador. En la década de los años cincuenta y sesenta, esta dogmática experimenta, si no un cambio, sí al menos un enfoque más plural; un enfoque que, de alguna manera, ya anticipa o, tal vez, prepara el camino para la recepción por los ordenamientos laborales de la institución que habría de conmocionar, un cuarto de siglo más tarde, los cimientos de la dogmática más tradicional del contrato de trabajo. Me refiero, claro es, a las Empresas de Trabajo Temporal.

Entendida en su acepción más generalizada como aquella empresa que dedica su actividad principal a poner a disposición de otros empresarios, de manera provisional o transitoria, a trabajadores a los que previamente se ha contratado para esa finalidad, la figura de la ETT pone entre paréntesis la estructura clásica del contrato de trabajo. La dualidad de partes contratantes y, lo que es más importante, la radical unidad y unicidad de la relación obligatoria por ellos creada desaparece y, en su lugar, surge una tríada de sujetos que interrelacionan entre sí. Por este lado, el trabajo prestado a través de las ETT no sólo rompe la configuración de la relación laboral como una relación entre dos partes; al multiplicar las relaciones jurídicas, la forma de trabajar que la ETT instrumenta quiebra la noción misma del contrato de trabajo celebrado entre un trabajador y un empresario como fuente única de derechos y obligaciones, de poderes y responsabilidades.

De conformidad con una opinión unánimemente mantenida por nuestra doctrina científica, tres son las relaciones jurídicas a que da lugar la ejecución de una prestación de trabajo mediante la ETT. La primera relación es la que se instaura entre el trabajador y la ETT que le contrata para ponerle a disposición, retribuyendo sus servicios. La segunda es la que se entabla entre ese mismo trabajador y la empresa que recibe la prestación de trabajo (empresa usuaria, en el lenguaje normativo). A estas dos relaciones, en fin, se yuxtapone y superpone una tercera, existente entre la ETT y la empresa usuaria de sus servicios, nacida de un contrato nominado: el contrato de puesta a disposición.

En un contexto como el tan sumariamente descrito, no es de extrañar que el principal problema o uno de los principales problemas que surgiera con motivo de la emergencia, primero, y de la consolidación, más tarde, del trabajo *interimaire* es el referido a la distribución de las responsabilidades entre la ETT y la empresa usuaria, campo éste al que se añade el otro gran grupo de supuestos en el que los ordenamientos comparados aplican por vez primera, en el contrato de trabajo, las viejas fórmulas de la pluralidad de responsables, procedentes del derecho común de las obligaciones y contratos. Por todo ello, la opción contenida en el Libro Verde de instalar los problemas de determinación de responsabilidades en el centro del debate de las relaciones de trabajo triangulares ha de ser valorada positivamente

B) LA ORDENACIÓN JURÍDICO-POSITIVA DE LA CO-RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL: APUNTES CRÍTICOS

a) La insatisfactoria solución de la garantía de la responsabilidad subsidiaria en el régimen de las Empresas de Trabajo Temporal

9. Desde que la Ley 14/1994 otorgara carta de ciudadanía legal al ejercicio de la actividad de suministro de mano de obra, las EETT han sido objeto de una constante atención doctrinal.

Ello se debe, desde luego, a la novedad que el estatuto jurídico del trabajo ejecutado a través de las propias EETT introduce en nuestro panorama legislativo. Pero también trae causa en un dato menos oportunista y coyuntural, aunque no siempre haya sido adecuadamente ponderado: la consideración de la ETT como una nueva forma de organización jurídica del trabajo. Sólo desde una configuración semejante es dable apreciar, en sus complejas dimensiones, el impacto del trabajo *interimaire* en la dogmática más tradicional del contrato de trabajo. El contrato de trabajo temporal es, de seguro, un contrato sinalagmático, que rompe, sin embargo, el esquema del sinalagma funcional ideado por esa dogmática. Y es que, como ya se ha indicado, la característica más acusada del trabajo temporal estriba en su novedosa estructura contractual; en una estructura que reordena, con arreglo a pautas diferentes y predeterminadas legalmente, el conjunto de prestaciones y contraprestaciones, derechos y obligaciones, facultades y responsabilidades.

En el esquema de la forma jurídica típica de trabajar, en lo que con calculada crítica el Libro Verde denomina como “modelo tradicional del Derecho laboral”, los problemas aplicativos de la deuda y de la responsabilidad empresarial, entendidos una y otra como los elementos institucionales de las obligaciones del empresario, se resuelven de conformidad con el principio de bilateralidad que informa la estructura contractual de aquel tipo. Es ésta, sin embargo, una solución difícilmente aplicable al trabajo temporal, pues en él las posiciones de crédito del trabajador puesto a disposición podrían hacerse valer, al menos en principio, frente a quienes, en la compleja estructura contractual anudada, aparecen como sus deudores. Tal es, como no podía ser de otro modo, la solución legalmente establecida y en virtud de la cual de las obligaciones laborales y de Seguridad Social nacidas de la relación de trabajo temporal son deudores la ETT y la empresa receptora de la prestación de trabajo.

Este escenario apenas insinuado ya denota la relevancia que la responsabilidad empresarial asume en la unidad jurídica contractual

en que el trabajo temporal consiste. En primer lugar, relevancia teórica, pues la responsabilidad, en su calidad de elemento de la obligación, forma parte de la compleja estructura contractual de esta nueva forma jurídica de trabajar. En segundo lugar, relevancia práctica o aplicativa, pues del modo como el legislador regule este aspecto de las obligaciones laborales dependerá, en gran medida, la intensidad del poder que asiste al trabajador de satisfacer de una manera efectiva y real sus créditos en el supuesto de que tenga que exigir coactivamente su cumplimiento.

En las relaciones triangulares, el fundamento de la imputación de responsabilidad a quien no ostenta la condición contractual de empleador reside en un principio de justicia conmutativa. Cuantos se benefician de los resultados del trabajo por cuenta ajena, han de soportar las correlativas posiciones de débito derivadas de la relación laboral. En el trabajo temporal, bien que no sólo en él, la extensión de la responsabilidad a la empresa usuaria cumple así una primera función manifiesta, cual es la de garantizar al trabajador en misión la satisfacción de sus créditos laborales y de Seguridad Social. Y también cumple una segunda función de saneamiento del mercado, evitando la aparición de EETT insolventes. Es ésta, sin embargo, una función muy secundaria, pues en nuestro ordenamiento la solvencia económica de la ETT pretende asegurarse, ante todo, mediante la constitución y actualización anual de una garantía financiera (art. 2.1 LETT). Por este lado, pues, el trabajador dispone de un doble mecanismo para satisfacer sus deudas. Acreditada la insolvencia de la ETT, el trabajador puesto a disposición puede instar, en primer lugar, la ejecución de la citada garantía; y, de no resultar ésta suficiente, puede activar el sistema de responsabilidad frente a la empresa usuaria. No es cuestión ahora de entrar a examinar el funcionamiento de la garantía financiera, cuyo régimen jurídico dista de responder a la función asignada. Lo que me interesa destacar es la correlación que, en nuestro ordenamiento, existe entre la tan mencionada garantía y el tipo de responsabilidad que

legalmente se ha asignado a la empresa usuaria: la responsabilidad subsidiaria.

La regla de la responsabilidad subsidiaria beneficia, en primer lugar, a la empresa usuaria, inicialmente liberada de las responsabilidades laborales de los trabajadores que prestan servicios en su organización. Pero dicha regla también favorece a las EETT, pues constituye un estímulo directo a la contratación de sus servicios, mejorando, incluso, el tipo de responsabilidad previsto para los casos de contratos de obras y servicios³⁶.

Desde estas premisas, no pueden dejar de compartirse las contundentes y argumentadas críticas de un destacado sector de nuestra doctrina científica a la decisión normativa adoptada. En primer lugar, por cuanto la regla de la responsabilidad subsidiaria quiebra la tradición normativa y jurisprudencial establecida en materia de responsabilidades empresariales en las relaciones triangulares y que no es otra que la responsabilidad solidaria. La distinta solución dada al trabajo temporal y al trabajo en las contrata y subcontratas no es razonable desde una perspectiva de equidad, resultando paradójica la falta de correspondencia entre vinculación del trabajador y tipo de responsabilidad: a mayor vinculación, la responsabilidad establecida, en lugar de extremarse, se atenúa y modera. Pero aquella decisión es igualmente reprochable por una segunda razón; a saber: las mayores y más complejas cargas procedimentales que el trabajador ha de soportar para hacer efectiva la responsabilidad subsidiaria frente a la empresa usuaria y que se concretan en la previa ejecución de la garantía financiera³⁷.

b) La obsolescencia social de la garantía de la responsabilidad solidaria en el régimen de contrata y subcontratas

10. El art. 42 ET, en la versión introducida en 1980 por el primer ET, establecía, en los dos apartados en que entonces se estructuraba, una garantía en favor de los créditos salariales y de los derechos de Seguridad Social de los trabajadores del empresario contratista o sub-

contratista, frente a su eventual insolvencia, a cargo del empresario principal. Con semejanza, aquél precepto, en realidad, venía a mantener, en lo esencial, un conjunto de reglas ya vigentes en nuestro ordenamiento laboral desde hacía una década; en concreto, desde la promulgación del Decreto 1677/1970 y la ulterior Ley de Relaciones de Trabajo de 1976. En todo caso, y es ello lo que importa destacar, el contenido de la garantía legal quedaba sustanciado en la asunción por el empresario principal, siempre y cuando contratase obras o servicios correspondientes a su *propia actividad*, de una responsabilidad solidaria “de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata (y durante el año siguiente a la terminación del encargo) con el límite de lo que correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puesto de trabajo”. El elemento clave del entero mecanismo de garantía instituido por el art. 42 ET lo aportaba, así pues, la noción de contrata y subcontrata manejada, coincidente con un tipo restrictivo de contrato de ejecución de obra o de prestación de servicio definido por referencia a la contratación de la propia actividad del empresario principal.

Desde 1980 hasta nuestros días, el sistema de protección predispuesto por el art. 42 ET a fin de proteger a los trabajadores de las empresas contratistas o subcontratistas ha conocido un doble y combinado proceso de cambio³⁸. En primer lugar, las decisiones empresariales de descentralización productiva, que forman el sustrato contemplado por aquel pasaje legal como base del entero sistema de protección, han experimentado un proceso de extensión y generalización tan intenso como extenso. Hasta tal punto, que el recurso por parte de las empresas a formas de externalización de actividades ha propiciado la aparición de un nuevo modelo de organización empresarial (empresa-red), que ha dado al traste y arrumbado el modelo anterior de empresa fordista. Esta formidable expansión de la descentralización productiva ha aumentado de manera expo-

nencial el recurso por parte de las empresas a las fórmulas de la subcontratación y, por consiguiente, ha incrementado con igual intensidad la población laboral que presta su trabajo en empresas que contratan o subcontratan con otra principal.

No obstante ello y en segundo lugar, el concepto de propia actividad, determinante para la aplicación de la protección legalmente prevista en el art. 42. ET, ha experimentado una evolución reductora por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Una vez descartadas las primeras lecturas restrictivas, las lecturas derivadas en buena medida de una concepción patológica de los fenómenos de contratación o subcontratación y que se sustentan en la exigencia, a efectos de aplicación del sistema de responsabilidad solidaria, de una rigurosa identidad o coincidencia funcional entre la actividad principal de la empresa principal y la de la empresa contratista, la jurisprudencia opta de manera resuelta por una inteligencia amplia y flexible de la noción “propia actividad”, articulada a través del denominado criterio de *sustituibilidad*. De conformidad con éste criterio, la empresa contratista participa en la propia actividad del empresario principal cuando éste, de no celebrar la correspondiente contrata, se encuentre forzado a ejecutar por sí mismo y, por tanto, con personal por él empleado la obra o servicio concertado. Con semejante inteligencia de la noción de propia actividad, el art. 42 incorporaba en su ámbito de imputación normativa, en primer lugar, aquellas actividades que, aun no formando parte de la función productiva del empresario principal, resultan necesarias para la producción del bien o la prestación del servicio, constitutivo de su objeto social, o, más en general, para el cumplimiento de los fines empresariales perseguidos (administración gestión comercial o financiera, atención a los clientes o, en fin, informática, por ilustrar el criterio con algunos significativos ejemplos)³⁹. Pero también integraba, en segundo lugar, las contratas y subcontratas que tienen por objeto servicios comunes o generales, tales como la limpieza de locales empresariales, la vigilancia y seguridad de los centros de trabajo (senten-

cia del TSJ del País Vasco de 16-7-1991), los servicios de comedor o de cafetería (sentencia del TS de 27-6-1991), el transporte (Sentencia del TSJ de Madrid de 2-4-1991) o los servicios de envío de correspondencia o mensajería. En consecuencia, solo quedan excluidas de la noción legal y, por tanto, del ámbito del art. 42.1 ET las actividades privadas de conexión, por colateral que sea, con el fin productivo de la empresa.

Esta primera y extensiva interpretación irá siendo sustituida de manera progresiva pero firme por otra distinta, a tenor de la cual solamente las actividades que se corresponden con el objetivo productivo de la empresa y resultan esenciales para la consecución del mismo pueden entenderse como pertenecientes al tipo legal de “propia actividad” (sentencia de TS de 18-1-1995). Por este lado, quedan extramuros del ámbito de aplicación del tan mencionado art. 42 ET todas aquellas actividades, principales o accesorias, que no sean absolutamente indispensables no ya para el funcionamiento de la actividad normal de la empresa principal sino para el desarrollo de su propia actividad, en cuanto garantía de su finalidad productiva⁴⁰.

11. La acción combinada de estos dos procesos, el de generalización de la descentralización productiva y el de reducción del ámbito de protección dispensado por el art. 42 ET, arroja un saldo resueltamente negativo, formulado éste juicio en términos de protección de los trabajadores. A medida que la descentralización productiva se expande y generaliza, convirtiéndose en una fórmula de recurrente utilización, y, como consecuencia de esa expansión, se amplía el volumen de trabajadores incluidos en las plantillas de empresas contratistas y subcontratistas; mientras esos cambios se van sucediendo en nuestra realidad económica, el ámbito de protección previsto por el legislador a favor de este colectivo se va estrechando y reduciendo.

Y es que la evolución jurisprudencial en la interpretación del concepto de propia actividad lleva asociados dos efectos, directamente combinados. De un lado, un efecto *dique*, ya

que deja fuera del mecanismo de garantía, impidiendo su disfrute, a los trabajadores de las empresas que comienzan a ofertar la ejecución de obras o la prestación de servicios de actividades que forman parte de la segunda y ulteriores generaciones de los procesos de descentralización productiva. De otro y adicionalmente, un efecto *expulsión*, pues destierra del ámbito subjetivo de aplicación del tan citado pasaje legal a un buen número de trabajadores que, hasta entonces, habían venido beneficiándose de la garantía de la responsabilidad solidaria al amparo de la interpretación dominante en la jurisprudencia. El giro jurisprudencial habido en el concepto de propia actividad actuará, en suma, como un factor de estímulo y desarrollo de las decisiones empresariales de externalización de actividades.

Pero una exacta comprensión de la significación cuantitativa y cualitativa de las consecuencias derivadas de los cambios habidos en la doctrina jurisprudencial solo puede entenderse a la luz de una segunda y coetánea evolución, igualmente liderada por nuestra jurisprudencia. Este nuevo giro interpretativo va a afectar, ahora, al alcance de la causa de los contratos temporales de obra o servicio determinado (art. 15.1.a. ET) o, por mejor enunciarlo, a la conexión jurídica entre duración de los contratos temporales y vigencia de la contrata o de la concesión administrativa, que igual da. En un primer momento, la Sala de lo Social del TS sostendrá la independencia entre el carácter temporal de los contratos y la duración de las contratas civiles o mercantiles (las concesiones administrativas), de manera que la finalización o extinción de éstas constituye una circunstancia ajena a la vigencia de los contratos de trabajo de los trabajadores de las empresas contratistas subcontratistas (entre otras muchas, sentencias del TS de 26-9-1992, 11-11-1992, 17-3-1993 y 4-5-1995). La legalidad de los contratos de obra o servicio determinado dependerá, así, de la naturaleza de la tarea concertada y no de la temporalidad de la prestación de un servicio a un tercero⁴¹. Modificando esta interpretación, la posterior jurisprudencia en unificación de doctrina

(sentencias del TS, entre otras, de 15-1-1999 y 20-11-2000) considerará como causa válida para el concierto de contratos de trabajo de carácter temporal la duración determinada de los contratos civiles, mercantiles o administrativos celebrados entre la empresa comitente (o la entidad pública concesionaria) y la empresa contratista (o concesionaria). En el decir de la jurisprudencia, en suma, la naturaleza temporal de los negocios interempresariales dota así de fundamento bastante a la celebración de contratos temporales de trabajo.

Esta segunda evolución de la doctrina jurisprudencial termina así poniendo, a disposición de las organizaciones empresariales, nuevas y potentes herramientas para una gestión flexible de la mano de obra, aportando adicionalmente muy relevantes razones para una masiva utilización, por parte de las empresas (sobre todo, de las grandes corporaciones industriales o de servicios), de los procesos de descentralización productiva. Para las empresas que de manera creciente recurren a formas de descentralizan productiva, el cambio en el concepto de “propia actividad” las libera de los riesgos y costes de la asunción de una responsabilidad solidaria encadenada. Y, para las empresas contratistas, el giro en la causa del contrato temporal de obra o servicio determinado disminuye y aligera los riesgos y costes

de protección. Y en un momento como el presente, hacerlo adicionalmente sin dilaciones ni demoras.

laborales derivados de la colaboración en proyectos empresariales ajenos.

La conclusión que puede extraerse de las anteriores consideraciones no es difícil de adivinar. Nuestro ordenamiento positivo cuenta con una norma destinada aparentemente a garantizar los derechos de los trabajadores de los contratistas y subcontratistas. No obstante ello, la garantía de responsabilidad solidaria instituida por el art. 42 ET se encuentra instalada en una situación de obsolescencia social debido a determinadas interpretaciones jurisprudenciales, que reflejan definidas opciones de política de derecho. En lugar de aunar de manera equilibrada flexibilidad para los empresarios y seguridad para los trabajadores, esas interpretaciones han multiplicando las medidas de flexibilidad a favor de los empresarios mediante el expediente de reducir el ámbito de imputación del art. 42 ET y ampliar la causa de la contratación temporal por obra o servicio determinado. La inexistencia de medidas normativas en la Ley 43/2006 (y en el acuerdo social que le precedió) puede calificarse como una oportunidad perdida de haber logrado introducir un principio de mayor equilibrio entre seguridad y flexibilidad en la aplicación del régimen de las contrataciones y subcontratas. En un contexto como el descrito, de seguridad perdida, resulta de todo punto necesario intentar recuperar para el reseñado pasaje legal su fun-

NOTAS

1. Bruselas, 22-11-2006, COM (2006) 708.

2. Cfr. Libro Verde, p. 1.

3. Cfr. Libro Verde, 2.a.

4. Para una visión crítica general del Libro Verde, me remito a la contestación elaborada por la CES. Vid. CONFÉDÉRATION EUROPÉENNE DES SYNDICATS (CES), *Consultation des Partenaires Sociaux européens sur le Livre Vert de la comisión européenne, Position de la CES adoptée par el Comité Exécutif les 20 et 21 mars à Rome*, COM (2006) 708 final.

5. Vid., por todos, WILTHAGEN/TROS (2004), RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER (2007) y LAULON (2007).
6. Sobre el modelo danés de *flexicurity*, MADSEN (2004). Para una visión crítica, CONCIALDI (2007, 203).
7. Medida a través de parámetros diversos, tales como la estabilidad en el puesto de trabajo, la cuantía salarial o el ámbito objetivo de protección social.
8. Informe del Grupo Europeo de Empleo, *Trabajo, trabajo, trabajo: creando más empleo en Europa*, noviembre de 2003, p.9.
9. Cfr. MONTOYA MELGAR (2008, 86).
10. *Flexicurity Pathways. Turning hurdles into stepping stones*, Report by the European Expert Group on Flexicurity, June 2007, p. 17.
11. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *Hacia los principios comunes de la flexiguridad: mas y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad*, Bruselas 27-6-2007, COM (2007) 359 final.
12. Consejo Europeo de Empleo, Política Social, Sanidad y Consumidores, *Hacia los principios comunes de flexiguridad*, diciembre 2007.
13. Cfr. Libro Verde, p. 5.
14. Cfr. Libro Verde, punto 5.c.
15. Cfr. Libro Verde, p.13.
16. Todos los entrecorillados últimamente citados en Libro Verde, p.14.
17. La jurisprudencia relativa al desplazamiento de trabajadores ha hecho notar que el sistema de responsabilidad solidaria constituye una medida de protección resulta aceptable y es necesaria y proporcionada, ya que salvaguarda el derecho de los trabajadores de los subcontratistas al salario mínimo. Vid. sentencia TJCE de 12-10-2004, asunto C-60/03 *Wolff y Müller*, Rec. I-9553. Vid., igualmente, art. 5 de la Directiva 96/71/CE.
18. Vid. la propuesta modificada de Directiva del parlamento Europeo y del Consejo relativa a las condiciones de trabajo de los trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal. COM/2002/701 final.
19. “¿Qué aspectos organizativos del ordenamiento del tiempo de trabajo debe abordar prioritariamente la Comunidad?”.
20. “¿Cómo pueden garantizarse en toda la Comunidad los derechos laborales de los trabajadores que efectúan prestaciones en un contexto transnacional, especialmente los trabajadores fronterizos? ¿Piensa que es necesario mejorar la coherencia de las definiciones de «trabajador» que figuran en las directivas europeas para garantizar que esos trabajadores puedan gozar de sus derechos laborales con independencia del estado miembros en que se encuentren trabajando? ¿O estima que los Estados miembros deberían mantener su autoridad en este ámbito?”.
21. “13. ¿Piensa que es necesario reforzar la cooperación administrativa entre las autoridades competentes para que puedan controlar más eficazmente el respeto del Derecho laboral comunitario? ¿Piensa que los interlocutores sociales pueden desempeñar un papel en esta cooperación?”
14. ¿Opina que son necesarias otras iniciativas a escala de la UE para sostener la acción de los Estados miembros en la lucha contra el trabajo no declarado?”.
22. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre Resultado de la consulta pública sobre el Libro Verde de la Comisión “Modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI”, Bruselas 24-10-2007, COM (2007) 627 final, p. 2.
23. Las respuestas se pueden consultar en la web: http://employment_social/labour_law/green_paper_reponses_en.htm.
24. Para un estudio más detenido del mercado laboral europeo, vid. por todos, VALDES DAL-RÉ /ZUFIAUR NARVAIZA (2006).

25. Parlamento Europeo, Resolución sobre el Libro Verde “Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI”, P6_TA-PROV (2007) 0339 de 11-7-2007.
26. CONFÉDERATION EUROPÉENNE DES SYNDICATS (CES), *Consultation des Partenaires Sociaux européens sur le Livre Vert de la comisión européenne, Position de la CES adoptée par el Comité Exécutif les 20 et 21 mars à Rome*, Resume des points clés, p. 31.
27. Vid. BUSINESSEUROPE, *Position Paper on Green Paper modernising Labour Law to meet the challenge of the 21^a Century*, Mars 2007.
28. Vid. nota (18).
29. Vid. VERGARA DEL RÍO (2005).
30. Vid. VALDÉS DAL-RÉ (2005).
31. La contundente crítica que en su día hiciera la primera generación de grandes laboristas españoles a la noción de contrato de trabajo contenida en el art. 1 de la LCT 1944 por el giro gramatical empleado al aludir al empresario (“uno o varios patronos o empresarios”) es tributaria de esta tradición dogmática. Por todos, vid. ALONSO OLEA (1968, 4), quien califica la expresión como “desafortunada y tediosa”.
32. Cfr. Libro Verde, p. 5.
33. Vid. ALONSO OLEA (1955, 161).
34. Entre la muy abundante bibliografía, vid: RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER (1972); MARTÍN VALVERDE/GARCÍA MURCIA (1982), MONEREO PÉREZ (1994) y LLANO SÁNCHEZ, (1999).
35. Cfr. SINZHEIMER (1984, 49).
36. Cfr. MOLERO MARAÑÓN (2001, 58).
37. Vid. MOLERO MARAÑÓN (2001, 60).
38. Vid. VALDÉS DAL-RÉ (2007).
39. Vid. LLANO SÁNCHEZ (1999, 40). También GOELLICH PESET (2000) y MOLERO MARAÑÓN (2003).
40. Vid. LLANO SÁNCHEZ (1999, 63) y MOLERO MARAÑÓN (2003, 76).
41. Por todos, LAHERA FORTEZA (2001, 74)

NOTA BIBLIOGRÁFICA

- ALONSO OLEA, Manuel (1955): *Pactos colectivos y contratos de grupos*, Madrid (IEP)
- ALONSO OLEA, Manuel (1968): *Lecciones de Derecho del Trabajo*, 2º ed., Madrid (Pub. Facultad de Derecho)
- CONCIALDI, Pierre (2007): *Non à la precarité*, Paris (Mango)
- GOERLICH PESET, José María (2000): “Determinación del supuesto: la noción de contrata y subcontrata de obras y servicios”, en AA.VV., *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*, Valencia (Ed. Tirant lo Blanch), pp. 78-107
- LAHERA FORTEZA, Jesús (2001): *Los contratos temporales en la unificación de doctrina*, Madrid (Ed. La Ley)
- LAULOM, Silvan (2007): “El enfoque comunitario del concepto de flexiseguridad”, *Relaciones Laborales (RL)*, núm. 15/16, pp. 29-46
- LLANO SÁNCHEZ, Mónica (1999): *Responsabilidad empresarial en contratas y subcontratas*, Madrid (Ed. La Ley)
- MADSEN, Kongshoj (2004): “The Danish model of flexicurity: experiences and lessons”, *Transfer*, vol. 10, núm. 2, pp. 187-207

- MARTÍN VALVERDE, Antonio/GARCÍA MURCIA, Joaquín (1982): “La responsabilidad en caso de subcontrata de obras y servicios y cesión de trabajadores”, en Efrén Borrajo (Dir.), *Comentarios a las Leyes Laborales. Estatuto de los Trabajadores*, t.VIII, Madrid (Ed. Edersa), pp. 221-270
- MONEREO PÉREZ, José Luis (1994): *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos*, Madrid (Ed. Ibidem)
- MOLERO MARAÑÓN, María Luisa (2001): *La responsabilidad empresarial frente al personal de las Empresas de Trabajo temporal*, Madrid (Ed. La Ley)
- MOLERO MARAÑÓN, María Luisa (2003): *La descentralización productiva en la unificación de doctrina*, Madrid (Ed. la Ley)
- MONTOYA MELGAR, Alfredo (2008): “Sobre globalización, «flexiguridad» y estabilidad en el empleo”, *Aranzadi Social*, núm. 6, pp. 75-93
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel (1972): “La regulación protectora del trabajo en contratas”, *Revista de Política Social*, núm. 93, pp. 5-66
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel (2007): “Flexiseguridad: el debate europeo en curso”, *RL* núm. 15/16, pp. 3-28
- SINZHEIMER, Hugo (1984): *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, Madrid (IELSS)
- VALDÉS DAL-RE, Fernando (2001): “Poderes y responsabilidades en una nueva forma jurídica de trabajar: el trabajo temporal”, *RL* núm. 14, pp. 1-10
- VALDÉS DAL-RE, Fernando (2007): “Contratas y subcontratas: las reformas pendientes”, *RL* núm. 2, pp. 1-10
- VALDÉS DAL-RE, Fernando/ZUFIAUR NARVAIZA, José María (Directores) (2006): *Hacia un mercado europeo de empleo*, Madrid (Ed. MTAS)
- VERGARA DEL RÍO Mónica (2005): *Empresas de trabajo temporal (representación de los trabajadores y negociación colectiva)*, Madrid (CES)
- WILTHAGEN, Ton/TROS, Frank (2004): “The concept of flexicurity. A new approach to regulating employment and labor markets”, *Transfer*, vol. 10, núm. 2, pp. 166-186

Fecha de recepción de originales: 14 de octubre de 2008

Fecha de aceptación de originales: 5 de noviembre de 2008

RESUMEN

En el tiempo de trabajo se condensan ideas e intereses de muy diverso signo: el interés del trabajador en una reducción progresiva, aunque también a cierta flexibilidad, el interés empresarial en una gestión flexible y adaptable a las exigencias cambiantes de la producción, y el interés social en la consecución de un sistema capaz de crear riqueza y garantizar la convivencia. La legislación laboral se ha ido moviendo al calor de esos intereses, aunque si en sus primeros estadios procuró sobre todo la fijación de una jornada máxima de trabajo, y la fijación de unos tiempos mínimos de descanso, en los últimos tiempos parece atender en mayor medida a los valores de diversidad, flexibilidad y adaptabilidad (personal o colectiva) del tiempo de trabajo. Las normas de la Comunidad Europea son un buen ejemplo de ello.

PALABRAS CLAVE

TIEMPO DE TRABAJO, JORNADA DE TRABAJO, DESCANSO, VACACIONES, HORARIO, PROTECCIÓN, FLEXIBILIDAD, ADAPTACIÓN, ORDENACIÓN LEGAL

ABSTRACT

The Working Time covers several Ideas and Interests: the workers' interest in a progressive reduction, although with some flexibility as well; the Companies' interest in a flexible Management, able to adapt to the changing demands in the Production System, and the social interest in achieving a system able to create wealth and guarantee fair working conditions. The Labour Law has been dealing with all these topics and, although in the first stages it focused mainly in the establishment of a maximum of working hours together with the Worker's right to rest, lately, it has been paying more attention to values such as diversity, flexibility and adjustment (both single and collective) of the working hours. UE regulations are a good example of it.

KEY WORDS

WORKING TIME, WORKING DAY, DAYS OFF, HOLIDAY, PROTECTION, FLEXIBILITY, ADAPTATION O ADJUSTMENT, LEGAL REGULATIONS

TIEMPO DE TRABAJO

Joaquín García Murcia

Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Oviedo

Sumario: 1. Ideas recurrentes y conceptos al uso. 2. Intereses subyacentes en la regulación del tiempo de trabajo. 3. La noción de tiempo de trabajo y sus implicaciones sociales. 4. Escala de valores y gestión individual del tiempo de trabajo. 5. Competencias de regulación de los tiempos de trabajo. 6. El marco comunitario y su transposición a la legislación nacional. 7. El papel de la negociación colectiva en la regulación de los tiempos de trabajo. Nota bibliográfica

El Libro Verde, puesto en circulación por la Comisión de las Comunidades Europeas en el año 2006 con el objetivo de “*Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*”, da por hecho que el tiempo de trabajo constituye uno de los elementos centrales en el proceso de adaptación de la legislación laboral a los cambios económicos y sociales que se registran en los momentos actuales, pero apenas se detiene en su consideración: ni en los problemas que puede plantear una eventual reordenación de los tiempos de trabajo, ni en las orientaciones que a tal efecto se debieran seguir o aplicar. Tan sólo hace una llamada de atención sobre las “dificultades persistentes” —que tal vez sean sobre todo dificultades económicas y políticas— para encontrar una regulación comunitaria que combine adecuadamente los objetivos de flexibilidad y seguridad, a lo que se añade, al igual que ocurre respecto de otros muchos temas de los que trata dicho documento, un par de preguntas para la reflexión y el debate. La primera es la siguiente: ¿cómo se pueden modificar las obligaciones mínimas relativas a la ordenación del tiempo de trabajo para conseguir mayores dosis de flexibilidad y seguridad? La segunda, por su parte, tiene el siguiente tenor: ¿qué aspectos organizativos del tiempo de trabajo debería abordar prioritariamente la Comunidad?

Estas dos cuestiones, que en el Libro Verde se formulan sin mayores aditamentos, y que tampoco han tenido mayor desarrollo en los

documentos que se han ido elaborando con posterioridad en el seno de la propia Comunidad en relación con estos temas, pueden servir desde luego para orientar nuestro discurso, pero en las páginas que siguen serán acompañadas, en todo caso, de algunas otras consideraciones con las que se pretende abarcar un horizonte un poco más amplio. Queremos hablar, en particular, de las ideas e intereses subyacentes en la regulación del tiempo de trabajo, de las implicaciones sociales de dicha regulación, y de los márgenes que pueden o suelen dejarse para la gestión individualizada de una cuestión tan importante para las personas. También queremos acercarnos al sistema de distribución de competencias reguladoras en esta materia, en la que hoy en día no sólo se ven implicados los poderes públicos nacionales y los agentes sociales, sino también, como hemos podido ver, los propios órganos de gobierno de las Comunidades Europeas. Con ese repaso tal vez tengamos algún elemento de juicio más perfilado para reflexionar y opinar sobre todas y cada una de aquellas cuestiones.

1. IDEAS RECURRENTE Y CONCEPTOS AL USO

Como también ha sucedido con otros muchos aspectos de la prestación de servicios en régimen asalariado, durante muchas décadas la reflexión intelectual y la regulación efectiva del

tiempo de trabajo respondieron a unas pautas bastante simples, con un sentido aparentemente unívoco y lineal. Se partía, desde luego, de una jornada de trabajo excesiva y desproporcionada, y se buscaba antes que otra cosa una protección mínima para el trabajador, siquiera fuese para dejar a salvo su dignidad como persona. A esa situación histórica y a todo ese cuerpo de ideas responde la institución clásica de la jornada máxima de trabajo, en la que a fin de cuentas quedaba compendiada, en esos estadios iniciales de la legislación laboral, toda la problemática relativa al tiempo de trabajo. La fórmula de ocho horas de trabajo al día, con otras ocho horas de descanso y otras tantas para el ocio o las necesidades vitales (ocho por tres), resumía de forma muy gráfica el horizonte de las reivindicaciones obreras, al mismo tiempo que reflejaba, en este terreno particular, el grado de intervención que los poderes públicos consideraban oportuno en un campo de juego en el que la voz cantante seguía estando en manos de las libertades de iniciativa económica.

Hoy en día las cosas han cambiado profundamente. La institución de la jornada máxima de trabajo (el establecimiento de una “condición mínima” de trabajo en este terreno, en definitiva) sigue teniendo sentido y acomodo en el sistema actual, por supuesto. Pero ni la realidad parece tan uniforme como en aquellos otros tiempos ni las preferencias o pareceres son tan unívocos, entre otras cosas, tal vez, porque tanto el contexto económico y social como la escala de valores imperantes, son completamente distintos. La jornada máxima, siendo necesaria, ya no es suficiente. Hasta el punto de que, a diferencia de lo que pudo pensarse hasta hace unos lustros, parece difundirse la idea de que ya no es posible una progresión ilimitada en la reducción del tiempo de trabajo y de que, por el contrario, hay actividades en las que se requiere una dedicación continuada de cierta duración, incluso superior a los moldes habituales. Junto a los tiempos máximos de trabajo, así pues, parece abrirse paso la noción de “tiempos mínimos” o tiempos de necesaria dedicación, sin los que la correspondiente

organización productiva no podría funcionar adecuadamente. La idea, como es natural, tiene su principal arraigo en las actividades de prestación de servicios de interés social o necesidad pública (como la asistencia sanitaria, por poner el ejemplo más evidente), pero da toda la impresión de que puede expandirse a otros campos de la economía y la producción.

En cualquier caso, no es ésta seguramente la pauta de mayor trascendencia en este debate, sin perjuicio de que su impacto social sea de gran envergadura, como es fácil de imaginar. Otra idea ya muy asentada, y quizá menos expuesta a la impugnación o el rechazo, es la de “irregularidad” en el tiempo de trabajo. No estamos ya en el terreno de la duración del tiempo de trabajo, que no tiene por qué variar en términos globales, sino en el terreno de su distribución. Frente a la regularidad de la jornada de trabajo, típica en apariencia de los modos de producción predominantes en la economía que ha dado en llamarse fondista, en los últimos tiempos ha irrumpido con fuerza la idea de distribución irregular de la jornada, que permite en mayor medida ajustar el tiempo de trabajo a las necesidades productivas de cada momento, y que en hipótesis también propicia una mejor acomodación del tiempo de trabajo a las necesidades o decisiones vitales del propio trabajador. La irregularidad en la distribución del tiempo de trabajo aparece ya, por lo tanto, como un factor pleno de flexibilidad, en sentido empresarial pero puede que también en otros sentidos. La irregularidad, por lo demás, no se enfrenta a la idea de jornada máxima, aunque también es verdad que los “picos” de actividad supondrán normalmente la superación formal de los límites ordinarios, sin perjuicio de su oportuna compensación con tiempo de descanso en un momento posterior, dentro de los plazos pertinentes.

Una tercera pauta moderna es, por lo demás, la flexibilidad propiamente dicha. Si en la tradición habitual el tiempo de trabajo se ha acomodado a unos horarios fijos, por no decir rígidos, en las últimas décadas se viene hablando, cada vez con mayor insistencia, de horario móvil, flexible o variable, acomodado en ma-

yor medida a las pautas o necesidades extralaborales de la persona. Nótese que se trata de un campo de juego distinto: ni está en juego la duración del tiempo de trabajo ni se discute aquí acerca de su distribución. La cuestión se ciñe, sencillamente, a las horas de entrada, estancia y salida del trabajo, sobre las que, como es fácil de entender, pueden hacerse en hipótesis muchas combinaciones: entrada fija y salida variable, entrada variable y salida fija, tiempos fijos de presencia combinados con tiempos variables, etc. Tales horarios pueden fijarse a su vez con mayor o menor margen de actuación: a entera discreción del trabajador en su grado máximo, o dentro de unos parámetros horarios más o menos holgados en su grado más liviano y quizá más practicable. La variabilidad o flexibilidad horaria puede tener, por lo demás, carácter estable o carácter coyuntural: para toda la vida del contrato, para trabajos de temporada o para un determinado periodo del año.

Una última idea vale la pena poner de relieve. Hasta no hace mucho tiempo, y todavía en un contexto de aparente avance en la mejora de las condiciones de trabajo, circulaba la expectativa de una reducción progresiva del tiempo de trabajo por la incidencia, no ya de los tradicionales motores de cambio (reivindicaciones obreras, medidas de presión, creciente nivel económico, etc.), sino de otros factores de nueva generación, entre los que ahora conviene destacar dos. El primero de ellos tenía que ver con el progreso tecnológico, y se fundaba en el entendimiento de que la introducción de mayores y mejores medios técnicos en el sistema de producción llevaría consigo, de manera prácticamente automática e inevitable, una reducción considerable del tiempo que la persona debía dedicar al trabajo; en el fondo de todo ello latía la esperanza, algo mítica y legendaria, de la sustitución del hombre por la máquina. El segundo factor conectaba más bien con el orden de valores imperante, y se sustentaba sobre una especie de ánimo altruista que llevaba a pensar que la reducción del tiempo de trabajo podía ser un buen medio para procurar empleo a los que, por las limita-

ciones del propio sistema, no eran capaces de encontrarlo; se trataba, como es fácil de advertir, de la conocida tesis del reparto del trabajo, tan socorrida en aquellas momentos, al menos retóricamente, como abandonada en la actualidad, seguramente por su escaso fundamento científico y por sus evidentes dificultades prácticas. Ninguno de esos factores, en todo caso, pudo empujar con éxito en aquella pretendida dirección; más bien cabe decir, aunque nadie pudiera imaginarlo, que a la altura de nuestros días se ha invertido el discurso tradicional, con la práctica desaparición de aquel lema clásico, poco menos que irrenunciable, de la progresiva reducción del tiempo de trabajo. Una inesperada sorpresa, ciertamente.

2. INTERESES SUBYACENTES EN LA REGULACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

También en el plano de los intereses subyacentes las cosas pueden haber cambiado, aunque quizá no en tanta medida. En la regulación del tiempo de trabajo, como en otros muchos aspectos de las relaciones laborales, confluyen intereses de muy distinto signo. Probablemente el primero de ellos sea el interés de las personas que trabajan, que mediante la fijación legal de jornadas máximas de trabajo han podido sustraerse, salvo casos de trabajo ilegal o clandestino, a las prácticas de sobreexplotación que desgraciadamente parecían habituales en las primeras décadas de la revolución industrial. En realidad, la llamada a la intervención pública en la ordenación del tiempo de trabajo ha sido concebida siempre desde esta perspectiva, como medio para poner fin a un estadio de predominio absoluto de la autonomía de la voluntad que tuvo entre sus consecuencias más perniciosas la subordinación más absoluta del trabajador a la empresa. Bien es verdad que con el paso del tiempo el interés del trabajador ha ido demandando asimismo otro tipo de respuestas legales, más allá de la mera limitación del tiempo de trabajo. Cabe pensar razonablemente, en efecto, que el trabajador también

tiene interés en la flexibilización del tiempo de trabajo, no sólo para dulcificar unas exigencias que generalmente son causa de incomodidad (la hora de entrada al trabajo), sino también para compatibilizar mejor su dedicación al trabajo con otros quehaceres (familiares, por ejemplo), o con sus expectativas personales (formación, ocio, etc.). Así pues, la distribución irregular del tiempo de trabajo, o los horarios flexibles, pueden ser para el trabajador objetivos apetecibles.

Naturalmente, en la ordenación del tiempo de trabajo también está presente el interés de la empresa. Por lo pronto, sin un tiempo mínimo de dedicación al trabajo no hay productividad posible, y eso es de alguna manera lo que trata de preservar la ley, aun de forma implícita o inconfesada: la reducción del tiempo de trabajo nunca podrá llegar al extremo de impedir o perjudicar la producción. En apariencia no se requieren aquí mayores explicaciones, pero téngase en cuenta en todo caso que la determinación del tiempo de trabajo siempre ha venido acompañada, dentro de la legislación laboral, de unos deberes básicos que tratan de garantizar la productividad y el rendimiento; téngase en cuenta, asimismo, que los procesos de reducción progresiva del tiempo de trabajo siempre han estado condicionados desde la parte patronal al mantenimiento o incluso al incremento de la productividad. De cualquier modo, el interés empresarial aflora mejor en otras dimensiones del tiempo de trabajo. La flexibilidad es con toda seguridad el exponente más acabado de ello, hasta el punto de que bien podría decirse que de la flexibilidad ha hecho bandera la empresa en este terreno, sobre todo en su manifestación de distribución irregular de la jornada de trabajo. Las fórmulas para alcanzar ese propósito son muy variadas, pero a la postre siempre se trata de encontrar el ajuste más preciso entre los tiempos de trabajo efectivo y las necesidades de la producción en cada momento.

Cabe hablar, en fin, de un interés general en la ordenación del tiempo de trabajo, que a su vez contiene muy diversas perspectivas. La limitación de la jornada de trabajo ya respon-

de, en sí misma, a dicho interés general, dado que sin esa clase de intervención legal quedan seriamente amenazados bienes tan importantes como la paz, la convivencia o el progreso social; hasta el sistema económico y productivo podría resentirse, cuando menos a largo plazo, con una dejación absoluta de los tiempos de trabajo en manos de la autonomía individual. Pero hay dimensiones del interés general mucho más modernas, y no menos importantes. Una de ellas, muy a la orden del día, es la conciliación de la vida laboral y familiar, que muchas veces actúa como base necesaria para la incorporación al trabajo de un importante sector de la población y que al fin y al cabo conecta con una nueva forma de organización social. Otra es la adaptación de la actividad de producción a su contexto, ya sea para que la empresa funcione adecuadamente, ya sea para que quede preservada la seguridad y salud del trabajador, ya sea, en fin, para que los consumidores y usuarios tengan acceso garantizado al correspondiente mercado de bienes y servicios. Otra puede ser, en fin, la coordinación de los tiempos de trabajo con los tiempos de la actividad social, para una mejor ordenación de la vida ciudadana.

Vemos, pues, que difícilmente puede abordarse el tiempo de trabajo desde una perspectiva unilateral o “de clase”. Tal vez en un primer momento las cosas fueran más simples, o al menos puede que así nos lo cuente la historia. Pero en los momentos actuales no caben argumentos simplistas. Cabe pensar incluso que la idea de trabajar más puede responder a un interés particular de la persona que trabaja. Piénsese, sin ir más lejos, en el tiempo extraordinario de trabajo, que en muchas ocasiones subsiste por su rentabilidad económica para el trabajador (o para su núcleo familiar). Es más: en una sociedad que descansa en mayor medida en la autonomía y capacidad de autoorganización de sus individuos, e incluso en el valor de la dignidad de la persona, puede tener mayor cabida la existencia de márgenes suficientes para una eventual ampliación del tiempo de trabajo. Todo depende de los fines, las formas y los procedimientos. En un pacto

libre de abusos y coacciones no tiene por qué ser problemático el compromiso de prolongar el tiempo de dedicación al trabajo, y menos aún debe parecerlo en un contexto de negociación colectiva fuerte y exigente, en la que los tiempos de prolongación o ampliación tengan contrapartidas de verdadero valor para quienes trabajan. Se está hablando, por supuesto, de márgenes de actuación dentro de un marco legal suficientemente garantista de los intereses en juego, no de la autonomía como única fuente de regulación, ni mucho menos de un contexto libre de toda regla o carente de los principios más elementales de la sana convivencia.

3. LA NOCIÓN DE TIEMPO DE TRABAJO Y SUS IMPLICACIONES SOCIALES

El trabajo es un medio para la satisfacción de necesidades vitales y sociales: desde una perspectiva individual (y si acaso familiar), el trabajo es ante todo un medio de allegar recursos para la propia subsistencia; desde una perspectiva social, es una especie de aportación a la comunidad para atender sus demandas y necesidades. En todo caso, son muchas las formas posibles de trabajo, y también es variable, por ello mismo, la noción de “tiempo de trabajo”. Si bien se mira, la determinación o medida del tiempo de trabajo cobra su más estricto sentido en relación con el trabajo asalariado, es decir, el trabajo que se presta para otro bajo su poder de organización y dirección. En otras formas de trabajo el “tiempo” adquiere una fisonomía bien distinta, básicamente porque, aunque sólo sea en línea de principios, queda en manos de la propia persona que trabaja: es el trabajador el que cuantifica su dedicación temporal al trabajo, el que fija sus horarios y el que, a la postre, se mantiene como “dueño” de su tiempo. En ambos casos podría hablarse de una especie de compulsión o “condena” al trabajo (en cuanto actividad necesaria para vivir), en ambos casos pueden aflorar situaciones de dedicación excesiva o sobrehumana

(por autoexigencia o por imposición externa), y en ambos casos el tiempo de trabajo tendría evidentes implicaciones sociales, pero, aun así, las necesidades de atención y los problemas de regulación son muy distintos en cada uno de esos supuestos.

En el trabajo asalariado el tiempo de trabajo se convierte en problema social precisamente por la nota de subordinación que irremediablemente le acompaña, sin perjuicio de que también pudiera serlo por alguna otra razón más mediata o indirecta. En efecto, si en algún momento se ha hablado de “cuestión social” en relación con el tiempo de trabajo ha sido, desde luego, con referencia al trabajo asalariado, por las condiciones de sobreexplotación que se vivieron históricamente en las industrias y fábricas, afortunadamente superadas, aunque puede que no del todo erradicadas, bien es cierto que, en su caso, bajo nueva faz o con distinta presentación. En ese contexto, el calificativo “social” aludía naturalmente al riesgo que para la convivencia y estabilidad social podía entrañar el mantenimiento de unas condiciones insostenibles para un sector de la población que ya empezaba a tener una importancia creciente en el concierto social; la atención a la cuestión social era ante todo un expediente de carácter preventivo y “sanitario”, para evitar el descontento y un muy probable estallido social.

Pero no es ésta la única implicación social del tiempo de trabajo, ni siquiera la más inmediata. Curiosamente, el impacto más directo y evidente del tiempo de trabajo en la vida social no se sitúa en el trabajo asalariado, sino en el trabajo autónomo o por cuenta propia, por la sencilla razón de que si el tiempo de dedicación al trabajo por parte de quienes componen este otro sector de la sociedad no fuera suficiente se provocaría a no dudarlo un riesgo cierto de insatisfacción de las necesidades sociales. De ahí que para determinadas profesiones haya sido necesaria la exigencia legal de unos mínimos tiempos de actividad o presencia (farmacias, taxis, etc.), y de ahí también que cuando se paralizan actividades por cuenta propia como medida de conflicto o como forma de presión

a los poderes públicos (como sucede de vez en cuando en ciertos sectores), se origine siempre una situación delicada de abastecimiento o atención social. En el fondo de toda esa problemática social hay ciertamente un problema de tiempo de trabajo o tiempo de actividad: un tiempo que la sociedad demanda o necesita, y que quienes aportan los correspondientes bienes o servicios deja de prestarle, aunque sea momentáneamente.

Como ya se ha dicho, este efecto social del tiempo de trabajo es menos perceptible en el trabajo asalariado, aunque ello no quiere decir que no lo tenga. El factor diferencial se encuentra aquí, por decirlo así, en la nota de ajenidad, en la medida en que el trabajador asalariado no aporta directamente su producción al mercado, sino que lo hace a través de una organización ajena, cual es la empresa. Es a la empresa, por ello mismo, a la que de alguna forma la sociedad demanda una dedicación suficiente, que la organización empresarial habrá de traducir en tiempo de trabajo de sus empleados. Obviamente, la empresa suele moverse y organizarse de acuerdo con otros muchos resortes y propósitos (como el beneficio o la rentabilidad económica, señaladamente), pero en el trasfondo de todo ello también cabe advertir esa otra faceta social. Faceta que cabe apreciar de manera mucho más fácil no sólo cuando la empresa reduce o paraliza su actividad por causas a ella imputables, sino también cuando se convocan paros o huelgas por parte de su personal, que, como es suficientemente sabido, incrementan exponencialmente su envergadura y su capacidad de presión cuando sus consecuencias se dejan notar no ya en el ámbito interno de la organización productiva sino más bien en el ámbito de los consumidores o usuarios del correspondiente bien o servicio.

El tiempo de trabajo, en consecuencia, tiene un impacto social innegable; a la postre, y en tanto la persona no pueda ser sustituida del todo por la tecnología, el tiempo de trabajo es y seguirá siendo el motor de la sociedad. Lo es desde el punto de vista de atención y

satisfacción de sus necesidades, pero también desde la perspectiva de la propia organización social. Poca reflexión es necesaria, en efecto, para advertir que del tiempo de prestación o realización del trabajo dependen multitud de variables de la vida social, y que, del mismo modo, muchas facetas de la vida social requieren la oportuna acomodación de los tiempos de trabajo. De ahí que suela hablarse con frecuencia de tiempos de trabajo y “tiempos de la ciudad”, para poner de relieve que el pulso vital y ciudadano tiene mucho que ver con el tiempo de trabajo. Los horarios de trabajo condicionan la hora de muchas otras actividades, y viceversa. Todo ello influye, como es natural, en las posibilidades de ordenación “racional” de los tiempos de trabajo. Dentro de cada empresa u organización productiva caben en hipótesis muchas opciones, pero a la hora de la verdad son muchos y muy variados los condicionantes sociales. En realidad, hay una dependencia mutua entre la realidad productiva y la realidad social a la hora de fijar los tiempos de actividad y los horarios de trabajo.

A fin de cuentas, de todos esos condicionantes (del ritmo ciudadano y de las exigencias de atención de la propia sociedad) dependen en gran medida los márgenes disponibles para una ordenación racional de los tiempos de trabajo, en prácticamente todas sus manifestaciones. Sin despreciar la importancia de otros criterios y valores (el bienestar, la tecnología, la dignidad de la persona, etc.), son esos factores, en efecto, los que van a permitir o no mayores avances en la reducción de los tiempos de trabajo, los que van a influir en su distribución, o los que van a forzar, en su caso, excepciones a las reglas generales. Son esos factores, asimismo, los que van a calibrar las posibilidades reales de conciliación de la vida laboral y familiar, o de adaptación de los tiempos de trabajo a las características o las preferencias personales. Las decisiones concretas tal vez puedan tomarse a escala reducida (la empresa, el sector, hasta la propia persona), pero nunca podrán abstraerse de ese contexto general ni de esas exigencias sociales.

4. ESCALA DE VALORES Y GESTIÓN INDIVIDUAL DEL TIEMPO DE TRABAJO

En una perspectiva meramente individual, el trabajo más parece una necesidad u obligación que una apetencia o deseo, aunque su valoración puede ser muy relativa o variada. En principio el hecho de trabajar no parece que sea un valor en sí mismo, sino más bien una muestra de necesidad, de que no se puede vivir de otra forma. Sin embargo, es innegable también que el trabajo puede proporcionar aprecio y prestigio social, así como autoestima y satisfacciones personales. En toda ocasión de trabajo puede estar presente esa doble cara: la pena o el sufrimiento por un lado, la gratificación por otro. Pues bien, una y otra cara tienen su correspondiente traducción al tiempo de trabajo, de tal forma que cabe pensar, en buena lógica, que si en el trabajo predomina el factor de necesidad o penuria el tiempo de dedicación tenderá a limitarse, mientras que si por el contrario prevalece el factor de satisfacción o prestigio tenderá a extenderse o dilatarse, siempre desde la mera perspectiva individual.

El problema estriba, no obstante, en el tipo de trabajo. En el trabajo asalariado hay en realidad pocas opciones y escasos márgenes para que el trabajador maneje a su criterio el tiempo de trabajo. Son muchas, desde luego, las modalidades posibles de trabajo asalariado, pero en todas ellas rige la consabida subordinación a los poderes de organización y dirección de otra persona, con la consiguiente reducción, o incluso eliminación, del espacio “vital” del trabajador. Prescindiendo ahora de trabajos tan singulares como el de alta dirección, tan sólo en aquellas prestaciones de servicios que, aun manteniendo las notas de ajenidad y dependencia, se realizan en ámbitos externos a la organización material de la empresa (como la representación mercantil, el trabajo a domicilio o el teletrabajo), cabría hablar de cierta disponibilidad respecto de los tiempos de trabajo. En verdad, el contexto del contrato de trabajo ofrece escaso margen para la “gestión”

individualizada del tiempo de trabajo: siempre cabe una reducción particularizada del tiempo de trabajo, pero no es una posibilidad que esté al alcance de todo el mundo; cabe eventualmente un pacto de ampliación del tiempo de trabajo (mediante horas extraordinarias u horas complementarias, principalmente), pero las limitaciones legales al respecto son de gran envergadura, y la resistencia sindical suele ser encarnizada, en todo caso; cabría, en fin, una distribución más “personalizada”, pero no siempre se dan condiciones prácticas adecuadas para ello, aparte de requerirse una voluntad concorde de la empresa.

Hay que insistir, pues, en que las posibilidades de gestión individual del tiempo de trabajo son reducidas, aun cuando tal cuestión se contemple de una manera más general. Ciertamente, la persona que vive de su trabajo tiene en su mano elegir entre trabajo asalariado o trabajo autónomo, a sabiendas de que el grado de “libertad” que cada uno de ellos confiere en este sentido es bien distinto, pero a la hora de la verdad ese tipo de decisiones se ve mediado por otros muchos factores (posibilidades reales de colocación, riesgo económico, rentabilidad, estabilidad, etc.). Dentro del trabajo asalariado, cabe elegir entre trabajo a tiempo completo (la jornada habitual u ordinaria en la actividad de que se trate) o trabajo a tiempo parcial, pero es evidente que esta otra opción también está condicionada por un factor muy importante, cual es la diferencia de compensación económica que suele existir entre una y otra modalidad. Cabe en hipótesis la elección del tipo de jornada (partida o continuada), o el tipo de horario (rígido o flexible), o incluso el régimen horario (a gusto del trabajador), pero no siempre existen posibilidades reales para hacerlo, pues todo ello depende muy directamente de la forma de organización del trabajo implantada por la empresa. Cabe también una opción particular u ocasional por la jornada reducida, pero su respaldo normativo está limitado a ciertos supuestos (cuidado de familiares, sobre todo).

No estamos hablando, así pues, de derechos o facultades del trabajador, sino de me-

ras posibilidades teóricas que brinda el sistema productivo, y que pueden tener más o menos apoyo en el correspondiente orden normativo. Las grandes opciones (tipo de trabajo, tipo de contrato) están condicionadas sobre todo por factores económicos, profesionales o sociales (rentabilidad, seguridad, riesgo, etc.), aunque también personales o familiares (comodidad, convivencia, etc.). Las opciones más particulares (tipo de jornada, redistribución o reducción ocasional de la jornada, etc.) suelen contar a su vez con alguna ayuda normativa, como sucede hoy en día cuando se trata de atender a la familia. En todo caso, la gestión del tiempo de trabajo sigue siendo ante todo una cuestión básicamente “institucional”, en la que tiene mucho que decir la empresa y en la que hay poco espacio para las decisiones o apetencias del trabajador. Desde esta perspectiva, podría hablarse si acaso de una gestión “colectiva” del tiempo de trabajo, encomendada a la representación profesional de los trabajadores y puesta en práctica a través de las técnicas de negociación o participación. El acuerdo colectivo, en efecto, puede jugar un buen papel en este contexto.

5. COMPETENCIAS DE REGULACIÓN DE LOS TIEMPOS DE TRABAJO

Cuestión crucial, por lo tanto, es la relativa a las competencias de regulación del tiempo de trabajo. Es claro, de entrada, que deben reconocerse competencias en este terreno tanto a los poderes públicos como a la autonomía privada, precisamente por esa multitud de intereses que están en la base de dicha regulación. Sin intervención pública difícilmente se preservaría el interés general, y difícilmente se alcanzaría el adecuado equilibrio entre las partes contendientes en el mercado de trabajo, y sin la presencia de la autonomía privada raramente se lograría una regulación acorde con los intereses de esas partes y adaptada a las necesidades de cada sector o ámbito de la producción. Cabe imaginar en hipótesis sistemas

que giren en exclusiva alrededor de la intervención pública o en torno a la autonomía privada (autonomía colectiva, señaladamente), y es posible también identificar experiencias reales en ese sentido. Pero no dejan de ser situaciones anómalas o muy particulares, reconducibles en todo caso a países o momentos históricos con un sesgo político o ideológico muy pronunciado, o a tradiciones muy escoradas hacia el *laissez faire* colectivo. Lo habitual, y tal vez lo deseable en términos generales, es una combinación de ambos procedimientos. Nuestro sistema, desde luego, participa desde hace mucho tiempo de esta idea.

La cuestión estriba entonces en el “reparto de papeles”, esto es, en la determinación del espacio que corresponde a cada uno de esos instrumentos de regulación, aunque sea a grandes rasgos; una determinación que, por otra parte, puede experimentar cambios y adaptaciones con el paso del tiempo, en función de las circunstancias reinantes o de los intereses que predominen. Es aquí, por ejemplo, donde suelen entrar en juego ideas como las de liberalización, desregulación o flexibilidad (por citar algunas de las constantes de los últimos lustros), que tratan de presionar hacia uno de los lados de esa balanza. Los criterios de deslinde entre la intervención pública y la autonomía no son, de cualquier modo, ningún misterio insondable. Puede decirse con tranquilidad que a la intervención pública corresponde la fijación de límites o umbrales capaces de garantizar la convivencia social (los tiempos máximos de trabajo y los tiempos mínimos de descanso, por ejemplo), y que la autonomía privada está mejor dotada para la determinación concreta del tiempo de trabajo en cada sector, profesión o ámbito de actividad y, por supuesto, para la distribución de la jornada y la precisión de los horarios de trabajo. Así pues, regulación general, básica y mínima, como competencia de los poderes públicos, y regulación sectorial, con los márgenes y precisiones que convengan a las partes, como competencia de los propios interesados.

Pero también caben dosis y matices en cada uno de esos grandes apartados. Por lo que se

refiere a la intervención pública ha de tenerse en cuenta antes que nada que las competencias de regulación del trabajo no están ya concentradas en una sola instancia de poder. Aunque nuestro sistema, a diferencia de otros de nuestro entorno, no admite regulación de aspectos laborales por parte de los poderes regionales (autonómicos), sí hay que contar ahora con el poder normativo de la Unión Europea, que tiene reconocidas competencias para establecer disposiciones mínimas relativas al entorno y las condiciones de trabajo, particularmente en lo que se refiere a la seguridad y salud de los trabajadores. De hecho, son ya muy numerosas las directivas aprobadas en el ámbito comunitario para la ordenación del tiempo de trabajo, ya sea con ámbito general, ya sea, como ha sucedido en la mayor parte de las ocasiones, con ámbito sectorial. Algunas de estas directivas, por cierto, han estado precedidas de un acuerdo profesional logrado a través del proceso de diálogo social, también en los términos que precisa el Tratado de la Unión Europea.

Con el diálogo social aflora, a la postre, otro de los matices que han de barajarse a la hora de calibrar el papel de la intervención pública en este terreno del tiempo de trabajo. Hoy en día es muy difícil, en efecto, que los poderes públicos intervengan de manera unilateral y excluyente en la regulación de la jornada y los descansos, aun siendo materias que indiscutiblemente pertenecen a su radio de competencias. La preparación de los textos legales suele ir precedida, como es sabido, de un proceso de consulta o concertación con los agentes sociales, que pueden de esa forma hacer ver sus intereses en la materia y que pueden aportar, llegado el caso, una colaboración muy valiosa con vistas a la plena aceptación y aplicación efectiva de las correspondientes reglas legales. Cierta procedimiento de consulta es además preceptivo (aunque no vinculante), como sucede con la intervención del Consejo Económico y Social. La intervención pública, de esa manera, queda en buena medida mediatizada por la implicación de trabajadores y empresarios, hasta el punto de que bien podría decirse que hoy en día las normas legales no se

conciben en exclusiva desde el interés general, ya que también suelen tener muy presente el interés de las partes directamente afectadas.

Dentro de la autonomía privada también hay sitio para los matices, naturalmente. Por lo pronto hay que separar entre autonomía colectiva y autonomía individual, tanto por sus diferencias de significado y alcance como por su respectiva capacidad de actuación. El papel estelar corresponde desde luego a la autonomía colectiva, que probablemente sea el instrumento mejor pertrechado para ponderar los intereses de trabajadores y empresarios y que ha llegado a convertirse, por ello mismo, en el procedimiento preferente para la determinación de los tiempos de trabajo, en sus diversos aspectos. La autonomía colectiva proporciona, además, un insustituible grado de adaptación a las características de cada sector o ámbito de actividad, sin perder por ello su aptitud para proceder al complemento, la mejora o la especificación de la norma legal de referencia. Todo ello le ha permitido, al menos en nuestro país, erigirse sin discusión en protagonista absoluto de la regulación sectorial, con la consiguiente relegación de las normas reglamentarias que, si otrora fueron material de obligada referencia, en la actualidad han quedado circunscritas a la condición de norma subsidiaria o norma de especificación técnica (a veces, dicho sea de paso, como vía de transposición de directivas comunitarias).

Está por ver, en cambio, el papel de la autonomía privada en su dimensión individual o contractual. En éste como en otros terrenos laborales tiene desde luego la condición de fuente de regulación, superior a los usos y costumbres locales y profesionales (muy residuales ya, cabe suponer) y con capacidad, naturalmente, para prevenir o limitar decisiones de carácter unilateral en el ámbito de la relación laboral (como las que pueden derivar del poder de dirección del empresario). Pero su espacio real es muy impreciso, y al mismo tiempo muy controvertido. Dejando al margen aquellas relaciones de trabajo en las que de modo explícito se le concede un papel más destacado (como la de alta dirección), la autonomía contractual se

suele ver encorsetada, en efecto, por la densidad normativa que generalmente deriva de la conjunción y superposición de reglas legales y convencionales. En rigor, siempre está abierta la posibilidad de mejora a escala individual, pero en contra de la misma suelen actuar dos factores de bastante peso relativo: por un lado, la limitada capacidad de presión que habitualmente tiene el trabajador individualmente considerado, y, por otra, la actitud de recelo o resistencia que suele mostrar el sindicato cuando pretenden establecerse, por vía de pacto individual, reglas horarias o de dedicación al trabajo divergentes (aunque no peores) de las fijadas en convenio colectivo.

6. EL MARCO COMUNITARIO Y SU TRANSPOSICIÓN A LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Como se ha dicho, a los poderes públicos corresponde, según nuestra inveterada tradición, el establecimiento de un marco general y básico para la ordenación del tiempo de trabajo. Hoy en día, en cualquier caso, hay que contar con poderes públicos de distinto nivel y, en concreto, con las instancias con competencia normativa de la Comunidad Europea, que desde las reformas de sus Tratados de finales de los años ochenta y principios de los años noventa ha decidido intervenir en este terreno. Bien es cierto que no existe en el Tratado de la CE —ni siquiera en su versión de Lisboa, ratificada por nuestro país mediante Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio— un título específico de atribución de competencias en materia de tiempo de trabajo, pero tal intervención es posible a través de las referencias que dicho Tratado hace tanto a la “mejora del entorno de trabajo” (con especial atención a la seguridad y salud de los trabajadores) como a las “condiciones de trabajo”. La primera de ellas es, concretamente, la que de forma más directa ha propiciado la aprobación de directivas relativas a los tiempos de trabajo y de descanso, en el sobreentendido de que la protección del trabajador en esta sede contribuye a garantizar sus

condiciones de salud y seguridad en el trabajo. No en vano, las directivas sobre tiempo de trabajo, sobre todo en sus primeras versiones, se han considerado desarrollo de la directiva marco sobre seguridad y salud en el trabajo, aprobada en el año 1989.

La directiva 93/104/CE de 23 de noviembre, sobre determinación de algunos aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, fue la primera manifestación directa de ese nuevo tipo de intervención comunitaria en este campo. Se centraba sobre todo en la duración máxima de la semana de trabajo y en los periodos mínimos de descanso, aunque también contenía reglas sobre trabajo nocturno, trabajo a turnos y “ritmo” de trabajo. Permitía una regulación más favorable por parte de los Estados miembros, alertaba sobre la imposibilidad de aprovechar la ocasión para rebajar el nivel de protección alcanzado por las legislaciones nacionales, y contemplaba diversas excepciones, relativas a determinados trabajos o determinados sectores de actividad, algunos de ellos atendidos específicamente, durante los años siguientes, por directivas de carácter sectorial (gente del mar, aviación civil, actividades de transporte, servicios ferroviarios). En el año 2000 fue reformada para precisar algunas de sus cláusulas, y en el año 2002 fue aprobada una Resolución en el Parlamento Europeo en la que se ponían de relieve diversos de sus problemas de transposición y aplicación de sus reglas, algunos de los cuales habían aflorado, asimismo, en la jurisprudencia comunitaria (especialmente, a propósito de la aplicación de la directiva en los medios sanitarios y en el sector del transporte, casi siempre en relación con el cómputo de los tiempos de guardia, presencia o disponibilidad).

Fruto de toda esa problemática fue la directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre, que procedió a la refundición de los textos de 1993 y 2000 y que trató de ofrecer un marco normativo más flexible y adaptable a la realidad de cada Estado miembro. En concreto, amplió los plazos de transposición de sus reglas a la legislación nacional, permitió la introducción de nuevas excepciones y salvedades a través de

convenios colectivos o acuerdos resultantes del diálogo social entre sindicatos y asociaciones empresariales, admitió una aplicación más relajada de las reglas sobre jornada máxima y vacaciones mínimas, en determinadas condiciones, y contempló la posibilidad, con restricciones, de que mediante el consentimiento del trabajador se sobrepasara la duración máxima de la semana de trabajo establecida con carácter general (aunque siempre dentro de unos topes suplementarios). La directiva del año 2003 fue, en consecuencia, el preludio de los proyectos de reforma posteriores, que se han acelerado durante el año 2008 y que pretenden ampliar en mayor medida aún los márgenes de diversidad, adaptabilidad y flexibilidad desde el punto de vista de la ordenación nacional de los tiempos de trabajo y los tiempos de descanso, con el argumento de que con ello se puede ajustar mejor la regulación a las “nuevas realidades y expectativas” y, al mismo tiempo, se puede facilitar la “conciliación de la vida laboral y familiar” (como dice en su preámbulo la propuesta de modificación resultante del acuerdo político alcanzado en las sesiones del Consejo CE de 9 y 10 de junio de 2008).

Dejando al margen su creciente complejidad técnica y sus nada livianos problemas de comprensión e interpretación, la intervención comunitaria en la ordenación de los tiempos de trabajo y descanso pone de relieve tres grandes dificultades: la primera de ellas es la fijación de un marco general para el sistema productivo, y, en consecuencia, la necesidad constante, y tal vez cada vez más intensa, de establecer excepciones, de hacer continuas salvedades o de introducir matices (como ya se hizo con los médicos en formación, y como ahora se está tratando de hacer con los “periodos inactivos durante el tiempo de atención continuada”); la segunda es el propio establecimiento de una regulación común a todos los Estados miembros de la Comunidad, que tienen tradiciones y pautas de actuación muy diversas y que no quieren renunciar del todo a sus márgenes de intervención (seguramente por su impacto en la economía nacional, y porque, al parecer, el margen de flexibilidad se ha convertido en un

factor diferencial en una economía global cada vez más competitiva); la tercera, en fin, es el papel de la autonomía, que cuando es colectiva parece suscitar menores recelos (lo cual explica que se concedan considerables espacios al convenio o acuerdo colectivo) y cuando es individual suele ser fuente de rechazos y controversias (a pesar de lo cual mantiene un fuerte espaldarazo tanto en el texto vigente como en la propuesta de modificación de la citada directiva). En todo este contexto, la continua apelación de la norma comunitaria a la tutela de la seguridad y salud en el trabajo no deja de sonar un tanto retórica; a veces no es más que la envoltura de reglas en verdad bastante permisivas.

Cabe decir, en resumidas cuentas, que la ordenación comunitaria de los tiempos de trabajo y de descanso se debate con alguna fiereza entre la fijación de condiciones mínimas (finalidad clásica de la norma laboral) y la apertura de márgenes para la autonomía (la autonomía de los Estados, la autonomía colectiva, y hasta la autonomía individual), aunque ello suponga sobrepasar los umbrales aconsejables por aquellas directrices de protección enunciadas en el propio Tratado. Con todo, desde el punto de vista español el impacto de esta regulación comunitaria ha sido bastante tenue. Ya hemos visto que la norma comunitaria admite la regulación nacional más favorable, al mismo tiempo que impide una rebaja de condiciones de trabajo establecidas en ese ámbito por el mero hecho de la entrada en vigor de la correspondiente directiva, lo cual ha sido una buena tabla de salvación para nuestro sistema. Ciertamente, la legislación española sobre tiempos de trabajo y de descanso ha experimentado cambios significativos inspirados en el Derecho comunitario, pero han sido cambios de tono menor y de eminente sentido protector, más influidos por las exigencias relativas a la seguridad y salud en el trabajo (trabajo nocturno y trabajo a turnos, señaladamente), e incluso por las reglas sobre permiso parental y atención a la familia (adaptación personal de la jornada de trabajo, por ejemplo), que por la ordenación estricta del tiempo de trabajo.

También es verdad que nuestra regulación es en la actualidad netamente más flexible que en tiempos anteriores (al admitir la distribución anual e irregular de la jornada, o al dejar a salvo la posibilidad de regular jornadas “especiales”), pero no hasta el punto de permitir una ampliación del tiempo ordinario de trabajo por vía convencional, y mucho menos a través del contrato de trabajo o el pacto individual.

7. EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA REGULACIÓN DE LOS TIEMPOS DE TRABAJO

La ordenación y distribución de los tiempos de trabajo, y consecuentemente también de los tiempos de descanso “ganados” por el trabajador mediante su prestación de servicios, constituyen sin duda alguna una de las materias más típicas de la negociación colectiva, como por otra parte vienen a reconocer las correspondientes normas legales, que deliberadamente abren amplios márgenes para la decisión de los titulares de la autonomía colectiva (trabajadores y empresarios). En este particular terreno la negociación colectiva puede cumplir desde luego sus funciones generales de mejora o suplemento del régimen legal, o de concreción y especificación de las condiciones establecidas con carácter básico por la ley, pero también puede recorrer con bastante libertad muchos aspectos relativos al tiempo de trabajo y de descanso, por delegación legal expresa o por simple abandono de la ley. Cabe advertir, en efecto, una cierta tendencia a la desregulación legal de esta materia en beneficio de la negociación colectiva, que ha visto sin duda ensanchados sus contornos, lo cual no quiere decir que haya desaparecido o que deba desaparecer por completo el marco legal de referencia, evidentemente.

Dentro de la negociación colectiva conviene hacer además alguna precisión. Son varios, como se sabe, los tipos de convenio o acuerdo colectivo, y cada uno de ellos puede jugar un

papel relativamente distinto en relación con los tiempos de trabajo y descanso. A los acuerdos interprofesionales corresponde dar directrices u orientaciones generales con vistas a la negociación de ámbito inferior, directrices u orientaciones que, como da a entender su propia denominación, carecen de valor normativo directo, y que en los últimos años, por cierto, se han mostrado favorables a la introducción de “sistemas flexibles de jornada”, que confieran mayores posibilidades de adaptación a las empresas y que proporcionen mayores facilidades a los trabajadores para atender sus necesidades de conciliación de la vida laboral y familiar, e incluso sus necesidades de movilidad o desplazamiento. A los convenios colectivos de sector corresponde, por su parte, el establecimiento efectivo de reglas sobre tiempo de trabajo y descansos, aun con cierto carácter general o básico, y se entiende que dentro de aquellas directrices preliminares. Y a los convenios y acuerdos de empresa cumple precisar, en fin, las condiciones de ordenación, distribución y adaptación de la jornada, en función de las necesidades de la empresa y de las expectativas de los trabajadores.

Un repaso a la negociación colectiva de los últimos años proporciona algunos datos de interés en este terreno, aunque la regulación sigue siendo muy dispersa y diferenciada, y escasamente innovadora en términos generales. Tomando como referencia básica, por su modernidad, aquella directriz de flexibilización del tiempo de trabajo, cabe decir en primer término que es una regla bastante generalizada hoy en día la que atribuye al empresario, dentro de sus facultades de organización del trabajo, la posibilidad de distribuir la jornada a lo largo del año de modo irregular, en función de las necesidades empresariales y sin perjuicio de los pertinentes mínimos y máximos. Por supuesto, las fórmulas para tal distribución irregular varían mucho de unos convenios a otros: mientras que algunos convenios colectivos acotan la “irregularidad” en una parte de los tiempos disponibles de trabajo (asegurando así una mínima regularidad para la parte restante), otros utilizan la irregularidad en un

sentido más amplio y flexible. En algún caso los cambios en el horario de trabajo se reservan para determinadas tareas, conforme a la “programación” prevista en el propio convenio.

También es posible encontrar en los convenios colectivos previsiones para la implantación del régimen de horario variable por necesidades de la empresa o la situación del mercado, o para la introducción de bandas de flexibilidad horaria; a veces se contempla la posibilidad de establecer una “pluralidad” de horarios dentro de una determinada banda, o la previsión de adaptaciones horarias en cada centro de trabajo por necesidades del servicio. Esta técnica, en definitiva, parece conferir un mayor papel a la dirección de la empresa, a la que se faculta para ir amoldando el tiempo de trabajo a las necesidades de cada momento, aunque sea por periodos relativamente amplios. En algún convenio colectivo se concede a la empresa, además, la facultad de optar entre jornada partida o jornada continuada, o incluso la facultad de imponer turnos por necesidades del servicio, y en bastantes ocasiones se reconocen a la empresa facultades para prolongar, concentrar o modalizar la jornada a la vista de circunstancias más concretas, imprevistas o extraordinarias. Una opción más específica que también goza de cierta aceptación en los convenios colectivos es la distribución o reacomodación de los períodos de vacaciones en función de las exigencias de la producción o la operatividad de la empresa.

La introducción de criterios de flexibilidad en la determinación y distribución de los tiempos de trabajo por parte de los convenios colectivos también atiende en ocasiones el interés de los trabajadores. Como dice algún convenio colectivo, la pluralidad o apertura de horarios permite al trabajador el uso de opciones individuales y, en su caso, le confiere la posibilidad de ir compensando tiempos de trabajo con tiempo disponible. Una finalidad similar parece perseguir otra de las técnicas que habitualmente se utilizan en los convenios colectivos para proporcionar flexibilidad en la gestión del régimen de trabajo, consistente en la confección de una bolsa de horas disponibles,

que puede tener carácter individual o carácter colectivo, y que permite ir computando las horas realizadas en relación con las horas exigibles, con el fin de determinar si el trabajador tiene o no créditos de descanso futuro o, por el contrario, débitos de trabajo. Una fórmula próxima a esa bolsa de horas es, por otra parte, la así denominada “cuenta colectiva de horas”, que permite a la dirección de la empresa fijar horas de actividad dentro de un promedio en función de sus necesidades, pero con un cómputo individualizado del tiempo real de trabajo (y con el correspondiente saldo de deudas o créditos), y con alguna exigencia de preaviso mínimo o antelación mínima en la pertinente comunicación.

Por lo demás, son relativamente numerosos los convenios colectivos que explícitamente contienen reglas dirigidas a facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar, con el consiguiente impacto en el régimen del tiempo de trabajo. Es cierto que, como regla general, los convenios no son particularmente novedosos en este terreno, pues con bastante frecuencia se limitan a mantener las reglas tradicionales sobre maternidad o lactancia, o a compendiar y sistematizar todas aquellas reglas que pueden tener como punto en común el reconocimiento de derechos a favor de los trabajadores o trabajadoras para atender el cuidado de hijos o familiares: lactancia, reducción de jornada o suspensión del contrato por maternidad o paternidad. Pero también es verdad que suele mostrarse un compromiso firme a favor de ese objetivo, y que se registran ya medidas particulares muy variadas y heterogéneas, algunas en el apartado estricto de ordenación del tiempo de trabajo, y otras con una ubicación más particular o diferenciada. Al primer grupo pueden adscribirse previsiones como la acumulación de la reducción de jornada por cuidado de hijos menores y de familiares, el paso a jornada flexible o incluso a trabajo a tiempo parcial, la flexibilidad de horario o la posibilidad de adaptación de la jornada de trabajo, el cambio de turno por razón de embarazo, el aumento del descanso semanal por razón de cuidado de hijos, el cambio de fecha de vacaciones por ra-

zones familiares o la elección de turno de vacaciones por ese mismo motivo. Al segundo grupo habría que adscribir los variados “permisos especiales” (muchas veces no retribuidos) que se conceden para situaciones también muy particulares (consulta médica, acompañamiento de hijo o familiar en las visitas médicas, etc.), la posibilidad de solicitar suspensión temporal del contrato para atender enfermedad grave de

familiar o de utilizar la excedencia voluntaria con fines de conciliación, el derecho al cambio de centro de trabajo por razones de cuidado de familiares, el derecho a movilidad geográfica por reagrupamiento de la familia, la prohibición de desplazamiento durante las situaciones de maternidad o de lactancia, o la prioridad de permanencia en el puesto de trabajo para quienes acrediten responsabilidades familiares.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

Alarcón Caracuel, M.R., *La ordenación del tiempo de trabajo*, Tecnos, Madrid, 1988; Alfonso Mellado, C., y García Ortega, J., *Jornada y ordenación del tiempo de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994; Cabrera Bazán, J., “Trabajo y tiempo”, *Revista de Política Social*, núm.121 (1979); García Ninet, J.I., *Jornada de trabajo, horario y horas extraordinarias*, Edersa, Madrid, 1977; López Ahumada, J.E., *Descansos laborales y tiempo de trabajo*, CES, Madrid, 2004, y *Evolución normativa de los descansos laborales*, MTAS, Madrid, 2004; Monreal Bringsvaerd, E., *La jornada de trabajo: ley y convenio colectivo*, CES, Madrid, 2005; Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., “Flexibilización de la jornada de trabajo. Normas legales y normas convenidas”, *Documentación Laboral*, núm.22 (1987).

Fecha de recepción de originales: 30 de septiembre de 2008

Fecha de aceptación de originales: 5 de noviembre de 2008

RESUMEN

Este artículo considera que el Libro Verde *Modernizar el Derecho laboral* propone la reducción de la segmentación del mercado de trabajo a través de la flexiguridad. El concepto y la trayectoria de la flexiguridad han sido muy bien desarrollados por la Comisión de Comunicación en los “Principios comunes de flexiguridad”. Por último, el texto discute la cuestión 12 del Libro Verde sobre protección en frontera y trabajadores desplazados y la necesidad de una definición comunitaria de “trabajador”, tomando en consideración también las Recomendaciones de la OIT sobre la relación de trabajo.

PALABRAS CLAVE

LIBRO VERDE. FLEXIGURIDAD. DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES. DEFINICIÓN DE “TRABAJADOR”. RELACIÓN DE TRABAJO

ABSTRACT

This article considers that Green Paper “Modernising Labour Law” proposes to reduce labour market segmentation through flexicurity. Concept and pathways of flexicurity are better developed by Comisión’s Communication on “Common principles of flexicurity”. Finally, question 12 of Green Paper —on protection of frontier and posted workers and on the need of a community definition of “employee”— is discussed, considering also ILO Recommendation on Employment Relationship.

KEY WORDS

GREEN PAPER. FLEXICURITY. POSTING OF WORKERS. DEFINITION OF “EMPLOYEE”. EMPLOYMENT RELATIONSHIP.

LIBRO VERDE, FLEXIGURIDAD Y PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES EN SITUACIONES TRANSNACIONALES

J. M. Ramírez Martínez

Catedrático de Derecho del Trabajo
Universitat de València

Sumario: 1. El contenido del Libro Verde. 2. Las críticas al Libro Verde. 3. Los planteamientos de la Comunicación "Hacia los principios comunes de la flexiguridad". 4. La confusa pregunta 12 del LV: Cómo garantizar los derechos laborales en prestaciones transnacionales y si es necesario definir comunitariamente el concepto de trabajador a efectos de las Directivas comunitarias. A) Trabajadores fronterizos. B) Trabajadores desplazados. C) La definición del concepto de trabajador en las Directivas comunitarias. Nota bibliográfica. Anexo

1. EL CONTENIDO DEL LIBRO VERDE

El llamado Libro Verde "*Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*" (en adelante, Libro Verde, sin más) es, como tal, una propuesta abierta de reflexión que se concreta en una serie de cuestiones.

El objeto de dicha reflexión no es otro que la "flexiguridad", es decir, en ese contexto de modernización, una reforma o reformas que supongan, al mismo tiempo, mayor flexibilidad (alguien, como Tiziano Treu², prefiere —y seguramente acierta— el concepto de adaptabilidad al de flexibilidad) y mayor seguridad.

En principio, mayor flexibilidad para las empresas y mayor seguridad para los trabajadores. Es decir, medidas que supongan mayor flexibilidad para las empresas, acompañadas de

otras medidas que supongan, por su parte, mayor seguridad para los trabajadores.

Aunque no necesariamente así, puesto que el ideal que realmente se propone es el de reformas que, al mismo tiempo, en sí mismas, supongan flexibilidad tanto para las empresas como para los trabajadores y, al mismo tiempo, redunden en una mayor seguridad igualmente tanto para las unas como para los otros.

El ejemplo de una medida que combinara, al mismo tiempo y para ambas partes, flexibilidad y seguridad sería la realizada en Austria mediante la reforma de la indemnización en caso de extinción del contrato (*Abfertigungsrecht*) en supuestos que vendrían a equivaler a lo que en España denominaríamos despido por causas económicas o, en general, empresariales (pero no solamente: también en ciertos supuestos de extinción por voluntad del tra-

bajador por ciertas causas justificadas, como motivos de índole familiar).

Dicha reforma, objeto de un acuerdo entre los agentes sociales, se llevó a cabo en el año 2002, por Ley de 12 de junio de ese año, y ha supuesto, resumidamente, lo siguiente: la indemnización por despido, que se calcula en función del tiempo de servicios, se abonará con cargo a un fondo financiado por las empresas y, si bien supone una cuantía algo inferior a la prevista anteriormente y que se abonaba por la empresa correspondiente, se genera desde el primer momento y, transcurridos tres años, permite que el trabajador no la cobre al abandonar un empleo determinado sino que vaya acumulando los servicios prestados en sucesivas empresas hasta el momento en que decida hacerla efectiva con ocasión de una extinción contractual concreta.

El propio Libro Verde³ expresa muy bien las ventajas que la reforma ha supuesto, en términos de flexibilidad y seguridad para ambas partes: “Estas nuevas normas permiten a los trabajadores abandonar un empleo cuando encuentran otro, en vez de quedarse en el primero por temor a perder las indemnizaciones a que tienen derecho. La reforma ha permitido descartar de una vez la amenaza que podía suponer para la existencia de una empresa la obligación repentina de sufragar de una vez el coste de los despidos, mientras que la contribución de un empleador al fondo de ayuda a los trabajadores puede extenderse a lo largo del tiempo. Desde el punto de vista del trabajador, este nuevo sistema reduce el coste de la movilidad profesional en la medida en que los trabajadores ya no pierden la totalidad de sus derechos de indemnización por despido al aceptar un nuevo empleo”.

En todo caso, que el objeto de la reflexión propuesta lo sea la “flexiguridad” es algo que queda totalmente claro en otro documento que es el primer resultado del Libro Verde. Me refiero a la Comunicación de la Comisión al Parlamento, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, titulado “Hacia los principios comunes de la flexiguridad: más y mejor empleo mediante la

flexibilidad y la seguridad”⁴ (en adelante, Principios).

De todos modos, a propósito de los ejemplos concretos de flexiguridad que tanto el Libro Verde como Principios proponen, conviene hacer una advertencia. Los términos en que se exponen dichos ejemplos, dada la necesaria concisión que se pretende en este tipo de comunicaciones oficiales, aunque ciertos y adecuados, no reflejan en ocasiones con total exactitud todos los aspectos de la reforma que se analiza.

Así sucede, por ser un supuesto que podemos conocer bien, con el ejemplo de flexiguridad que se propone con respecto a España. Se trata del intercambio (*trade off*) entre flexibilidad (abaratamiento de los costes empresariales del despido, reduciendo la indemnización por despido por causas objetivas declarado improcedente) y seguridad (contrato indefinido para fomento del empleo, ya sea mediante contratación de determinados colectivos de trabajadores, ya sea mediante transformación de contrato de duración determinada en ese de duración indeterminada).

Como es sabido, este contrato de fomento de la contratación indefinida procede de la reforma laboral, pactada, del año 1997 y se ha mantenido hasta la actualidad, tras la reforma igualmente pactada del año 2006. Se puede celebrar igualmente, hoy en día, por la contratación de esos colectivos de trabajadores, y por la transformación de contratos temporales celebrados antes de 31 de diciembre de 2007.

Pues bien, tanto en el Libro Verde como en Principios, la experiencia española, aunque en efecto adecuada para considerarla como un supuesto de flexiguridad, no se refleja del todo correctamente.

De un lado, en el Libro Verde se señala que la reforma española de 2006 “permite la conversión de contratos de duración determinada en contratos de duración indeterminada con indemnizaciones por despido reducidas”. Lo que, siendo cierto, refleja una experiencia que se mantiene en 2006, pero que se remonta al año 1997 y que, en todo caso, responde a un

nuevo tipo de contrato de duración indeterminada que asimismo se puede celebrar con ciertos colectivos de trabajadores con dificultades para el acceso al empleo (jóvenes, mayores, discapacitados, desempleados de larga duración, mujeres en profesiones con menor índice de empleo femenino); es más, este tipo de contratación es siempre posible con personas pertenecientes a estos colectivos, mientras que la conversión de temporales en fijos solamente lo es con contratos de duración determinada celebrados hasta el 31 de diciembre de 2007. Y además, la indemnización por despido reducida que conlleva este tipo contractual solamente se refiere a un supuesto muy específico: no la indemnización por despido disciplinario improcedente (que siempre es de 45 días por año de servicio), ni siquiera la indemnización por despido por causas económicas autorizado —si es colectivo— o procedente —si no es colectivo (que siempre es de 20 días por año de servicio), sino la indemnización por despido por causas objetivas declarado improcedente (que, en efecto, desde 1997 ya no es de 45 días por año, sino de 33 días por año).

En Principios, de modo similar, no se refleja del todo adecuadamente el contenido de la reforma de 2006. En efecto, se señala un aspecto, el principal, de esa reforma y que el Libro Verde no señalaba (la conversión automática en contrato indefinido de una cadena de contratos temporales con un mismo trabajador para un mismo puesto de trabajo que haya durado más de 24 meses dentro de un período de 30 meses), y que sí constituía una novedad en esa reforma; pero se afirma que en tal supuesto para ese contrato indefinido corresponderá esa indemnización menor de 33 días, lo que supone mezclar dos supuestos distintos: el ya mencionado del contrato de duración indefinida en fomento de empleo (que no es novedoso, sino que se remonta a 1997, y que sí que supone esa menor indemnización) y la transformación automática por mandato legal de contratos temporales encadenados en uno indefinido (que es la gran novedad prevista en la reforma de 2006 y que no conlleva la previsión de una menor indemnización, ya

que, en caso de extinguirse luego improcedentemente por causa objetiva, daría siempre lugar a la indemnización normal de 45 días por año de servicio).

Se debe señalar, no obstante, que en la documentación que sirvió de base para Principios⁵ sí que se recogía correctamente la experiencia española. Si bien no se resaltaba que dos de los aspectos que mencionaba —la aplicación de bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social (“subsidy scheme”) y la transformación de contratos de duración determinada en indeterminada con una menor indemnización por despido— provenían realmente del año 1997, sí que se contemplaba como algo distinto lo que realmente constituía la novedad de la reforma de 2006, la ya señalada transformación automática de la contratación contractual temporal encadenada en un contrato de duración indefinida⁶.

En todo caso, las anteriores matizaciones tanto a Libro Verde como a Principios no obstentan a que, en efecto, se pueda afirmar que la experiencia de reformas españolas entre 1997 y 2006 constituye un supuesto que, *grosso modo*, se puede considerar como de flexibilidad: moderada reducción de la protección para la relación laboral normal, tradicional o típica y bonificaciones en la cotización de Seguridad social (el contrato de trabajo de duración indeterminada o “fijo”) para reducir la contratación de duración determinada, que supone una segmentación negativa del mercado de trabajo.

2. LAS CRÍTICAS AL LIBRO VERDE

Sirve también el ejemplo español para confirmar una de las críticas que se han movido al Libro Verde: la de que éste “hace tabla rasa de la historia más reciente... jalonada por una ininterrumpida sucesión de reformas legislativas que, en líneas generales, ha tenido el efecto de instalar... (el modelo tradicional de derecho del trabajo o el contrato de trabajo

clásico)... en estadio próximo a la arqueología jurídico-laboral” (VALDÉS DAL-RE, pag. 1).

En todo caso, la finalidad que el LV propone a la modernización del Derecho del Trabajo es precisamente esa de la “flexiguridad”. Más allá de los ejemplos concretos, ¿qué hay que entender por tal, en qué consiste la flexiguridad que se pretende como resultado de la modernización del Derecho del Trabajo?

El LV resulta algo confuso y de algunos de sus contenidos pudiera extraerse la conclusión de que promueve la existencia de formas contractuales atípicas distintas del modelo tradicional, que él mismo como caracterizado por los siguientes supuestos: a) empleo permanente a tiempo completo; b) relaciones regidas por el Derecho laboral; y c) existencia de un empleador único responsable.

En efecto, el LV, a continuación de ese retrato del modelo tradicional, se refiere a distintos cambios (avances tecnológicos, competencia derivada de la mundialización, evolución de la demanda y crecimiento del sector servicios) y constata que los mismos han suscitado la demanda de “mayor diversidad contractual”, añadiendo que ese modelo tradicional “puede no ser el adecuado” y que “otros modelos” pueden reforzar la competitividad de las empresas, considerando que las reformas laborales nacionales se han centrado en “aumentar la diversidad contractual”, instaurando “formas de empleo más flexibles acompañadas de menor protección contra el despido”.

Pero esa “proliferación” de contratos atípicos (de duración determinada, a tiempo parcial, puntuales, “cero horas”, de puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, incluso el trabajo por cuenta propia), con una finalidad de mantener la competitividad empresarial evitando costes laborales, el Libro Verde más bien se limita a constatarla pero no a proponer su mantenimiento, antes bien concluyendo que “puede tener efectos perniciosos”, de modo que una parte de la mano de obra “puede verse atrapada en una sucesión de empleos de corta duración y de baja calidad con una protección social insuficiente”.

Esa “desregulación en los márgenes”, manteniendo intacta la protección estricta del contrato clásico, estima el Libro Verde que favorece la segmentación de los mercados de trabajo e incide negativamente en la productividad, amén de agravar las perspectivas para mujeres, jóvenes y trabajadores de edad avanzada.

En suma, el Libro Verde, considera negativamente la segmentación de los mercados de trabajo y, si bien no se plantea radicalmente una reducción de las formas contractuales atípicas (sino más bien su protección de modo que se reduzca su diferenciación frente al modelo tradicional y se haga menor la segmentación del mercado laboral), y en realidad propone una flexibilización del “modelo tradicional de relación laboral”, estimando que unas “cláusulas y condiciones laborales demasiado protectoras” no solamente desaniman la contratación sino que desincentivan la adaptación de los propios trabajadores a los cambios.

En conclusión, se trataría más bien de flexibilizar el núcleo del modelo tradicional —es decir, el contrato típico de duración indeterminada— y no de dejarlo intacto y conseguir una flexibilidad en los márgenes —es decir, creando o manteniendo otros modelos, contratos o relaciones atípicas—.

A la falta de precisión y claridad del Libro Verde seguramente se deben buena parte de las críticas que ha recibido. Con independencia de que no todos han visto lo mismo en el Libro Verde (sobre todo: unos han visto y critican una supuesta defensa de la segmentación vía contratos o relaciones atípicas, mientras que otros ven que se pretende más bien, o conjuntamente, una flexibilización del contrato o relación indefinida típica), la valoración del documento podría tratar de sintetizarse del siguiente modo.

En el haber del Libro Verde se sitúa la misma propuesta de modernización y, más concretamente, el hecho de poner el Derecho del Trabajo en el orden del día de la Unión Europea, al tiempo que se vincula la flexibilidad a la seguridad (así lo estiman BARBERA y otros laboristas italianos, pag. 2).

Modernizar, pues, sí; frente a posicionamientos meramente defensivos, como plantea TREU (pag. 5): la resistencia a la demanda de flexibilidad acrecería la segmentación del mercado de trabajo (aunque cierta desregulación, facilitando la contratación atípica, llevaría al mismo resultado).

Incluso se acepta la flexibilidad, que se ve como necesaria aunque no suficiente (de nuevo, TREU, pag. 4). Pero siempre que no implique pérdida de seguridad (RODRÍGUEZ-PINERO, pag. 2). Compartible si no se reduce a mayores facilidades para contratar y despedir, si no consiste en una mera flexibilidad en los márgenes para la celebración de contratos atípicos que llevan a la segmentación y la desprotección.

Pero sobre todo han predominado las críticas al Libro Verde. Estas, aparte lo ya indicado sobre una supuesta proposición de establecer o mantener formas atípicas de empleo (que, tal y como se ha indicado, en realidad el Libro Verde no contiene) las críticas podrían sintetizarse del siguiente modo.

Primero, la modernización del Derecho del Trabajo que el Libro Verde contempla se centra en su función de regulación de la política de empleo, olvidando la de jurificación del conflicto social y de nivelación del poder de trabajadores y empresarios (en suma, su función igualadora), así como la inscripción del Derecho del Trabajo en un orden constitucional (Constituciones nacionales, Carta Social Europea, Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales) que contempla una serie de derechos fundamentales (MEDEL, págs. 7-12).

Segundo, partir de la aceptación de una afirmación no probada, antes bien negada en diversos trabajos, culpabilizando de ese modo al Derecho del Trabajo: la afirmación de que la legislación de protección del empleo (en adelante, LPE), sobre todo la regulación del despido, influye negativamente en los resultados del mercado de trabajo. Afirmación que, en efecto, viene desmentida en informes de la OCDE: así, el Informe Perspectivas del Em-

pleo de 1999⁷ (y también el de 2004) constata que el rigor de la LPE no influye en el nivel global de empleo, aunque sí dificulta el acceso al empleo de ciertos colectivos (jóvenes, mujeres, discapacitados), no es determinante para el nivel neto de empleo aunque sí en su composición.

Tercero, que el Libro Verde olvida los aspectos colectivos, menospreciando el importante papel que el diálogo social y la negociación colectiva pueden cumplir precisamente en una perspectiva flexibilizadora.

Seguramente, estas críticas (al igual que la crítica ya comentada respecto de que el Libro Verde pretendiera una flexibilidad mediante formas de empleo atípicas) no son del todo justas, más allá de la poca claridad del documento comentado.

Baste señalar que el Libro Verde reconoce (apartado 2.a) expresamente que "(l)a finalidad inicial del Derecho laboral era paliar las desigualdades económicas y sociales inherentes a la relación laboral". Del mismo modo (igualmente en el apartado 2.a), tras señalar el papel del "diálogo social", tendente a introducir nuevas formas de flexibilidad interna..., el Libro Verde pone de relieve, en relación a nuevas problemáticas y a nuevas categorías de trabajadores, que los convenios colectivos "no quedan relegados a la función auxiliar de complemento de las disposiciones legales...", sino que son "instrumentos importantes que sirven para ajustar los principios legales a situaciones económicas específicas y a las circunstancias particulares de determinados sectores".

3. LOS PLANTEAMIENTOS DE LA COMUNICACIÓN "HACIA LOS PRINCIPIOS COMUNES DE LA FLEXIGURIDAD"

Buena parte de las críticas movidas al Libro Verde deberían quedar en todo caso atenuadas por lo que respecta al expresamente buscado resultado del mismo, que es la Comunicación

de la Comisión “Hacia los principios comunes de la flexiguridad: Más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad” (al que ya nos venimos refiriendo como Principios).

En primer lugar, si bien el propio Libro Verde puede resultar algo confuso al respecto, lo que haya que entender por flexiguridad se expone con mayor claridad en Principios.

En este documento claramente se parte de la afirmación, de un lado, de que se “(d)ebe reducir la segmentación de los mercados laborales y el número de empleos precarios”; y, de otro, de que la seguridad que se necesita “es la seguridad del empleo, y no la del puesto de trabajo”. A partir de ahí, se mantiene la exigencia de actuaciones que aborden “simultáneamente” la flexibilidad y la seguridad: “crear un contexto en que seguridad y flexibilidad puedan reforzarse mutuamente”.

Principios sí que define expresamente el concepto de flexiguridad: “una estrategia integrada para potenciar, a un tiempo, la flexibilidad y la seguridad en el mercado laboral”. Ambos elementos, flexibilidad y seguridad, se abordan muy matizadamente, superando un concepto reducido de los mismos.

Respecto de la flexibilidad, se señala “que no se limita a la libertad de las empresas para contratar o despedir y no implica que los contratos de trabajo por tiempo indefinido hayan quedado obsoletos”. Respecto de la seguridad, se dice que “no sólo alude a la seguridad de conservar el propio puesto de trabajo”.

Más expresiva, a mi juicio, resulta la caracterización de la flexiguridad por la OCDE, que Principios resume del siguiente modo: “una legislación de protección del empleo moderada; una alta participación en el aprendizaje permanente; un gasto elevado en políticas del mercado laboral tanto pasivas como activas; unos regímenes de prestaciones de desempleo generosos, que equilibran derechos y deberes; unos sistemas de seguridad social que ofrecen una amplia cobertura; y una importante presencia sindical”.

En función de esa concepción no limitada de los componentes de la flexiguridad, los “cua-

tro ejes de actuación”, los cuatro componentes de la flexiguridad que se proponen, son: disposiciones contractuales flexibles y fiables, estrategias globales de aprendizaje permanente, políticas activas del mercado laboral eficaces y sistemas de seguridad modernos.

Estos cuatro ejes o componentes de la flexiguridad constituyen, por lo demás, el primero de los principios comunes de la misma. Los otros principios comunes serían: equilibrio entre derechos y responsabilidades; flexiguridad adaptable a las circunstancias específicas de cada Estado (no existe un único modelo de flexiguridad); reducir la brecha entre los que están dentro y los que están fuera; promoción de la flexiguridad interna (en la empresa) y de la externa (de una empresa a otra); apoyar la igualdad de las mujeres respecto de los hombres y dar oportunidades a emigrantes, jóvenes, discapacitados y mayores; necesidad de un clima de confianza y diálogo; distribución justa de costes y beneficios entre empresas, particulares y presupuestos públicos, con atención a las especificidades de las pymes.

A partir de esos principios comunes, el documento de la Comisión propone cuatro “itinerarios” distintos hacia la flexiguridad, en función de las circunstancias de cada Estado. Se trata de cuatro series de combinaciones y secuencias “tipo” de los componentes estratégicos o ejes de la flexiguridad, sobre los que se advierte que no reflejan la situación concreta de ningún país.

En todo caso, se ha señalado⁸ que la situación española se reflejaría más adecuadamente en el primer itinerario, por ser un modelo interesante para los países en que el principal desafío es la segmentación del mercado de trabajo.

Los cuatro itinerarios, y los desafíos a que responden, sucintamente expuestos serían los siguientes: Primer itinerario: abordar la segmentación contractual; segundo, desarrollar la flexiguridad en el seno de las empresas y ofrecer seguridad durante los períodos de transición; tercero, abordar las diferencias entre la mano de obra en cuanto a capacidades y oportunidades; y cuarto, mejorar las oportunidades

de los beneficiarios de prestaciones y de los trabajadores no declarados.

Considerando con mayor detenimiento el primer itinerario (el cual, como queda dicho, puede considerarse más adecuado para España, dada la fuerte segmentación de nuestro mercado laboral, al menos medida en términos de importancia porcentual de la contratación temporal), éste, en efecto, se propone para países en que “han proliferado los contratos de duración determinada, los contratos de interinidad, la cesión de trabajadores por parte de empresas de trabajo temporal, etc.”; países en que “la seguridad tiende a descansar en la protección del puesto de trabajo y no en las prestaciones sociales”. Advirtiendo de que este tipo de flexibilidad, estos contratos atípicos, “se conviertan en trampas para los trabajadores, en lugar de puntos de apoyo”.

Partiendo, entonces, de los ejes o elementos de la flexiguridad (disposiciones contractuales flexibles y fiables, estrategias globales de aprendizaje permanente, políticas activas del mercado de trabajo eficaces, sistemas de seguridad social modernos) este itinerario tendría por objeto:

- En lo que se refiere a las *disposiciones contractuales*, el mejorar la situación de los trabajadores temporales, cedidos por empresas de trabajo temporal, etc., mediante la igualdad de remuneración y la garantía de un mínimo de horas de trabajo, mediante la aplicación de “las condiciones de empleo secundarias (cobertura fondos de pensiones, acceso a la formación), y mediante la limitación del recurso consecutivo a contratos atípicos.

Al mismo tiempo se reformularían los términos del contrato de duración indefinida, que sería la forma de inicio de la relación laboral, de modo que la protección en el puesto de trabajo fuera aumentando progresivamente.

En fin, las normas sobre despidos por causas económicas evitarían una excesiva burocratización y duración de los procedimientos, aumentando la transparencia de los resultados y la fiabilidad del procedimiento.

No cabe sino constatar que, al respecto de este objetivo de disposiciones contractuales flexibles y fiables, las reformas laborales producidas en España desde 1994 han ido en ese sentido: limitación de la contratación temporal (1994-1997), progresos en cuanto a la igualdad de remuneración (para los trabajadores cedidos, en 1999; para los trabajadores temporales, en 2006), fomento del contrato de duración indefinida (desde 1997, aunque no de manera generalizada), aumento progresivo del nivel de protección (que ya desde 1980 se vincula a los años de servicio, si bien nunca llega a ser pleno, salvo en los supuestos de nulidad del despido), flexibilización de los despidos por causas económicas (limitación de la autorización administrativa al despido colectivo desde 1994; progresivos intentos de definir más adecuadamente la justificación del despido, tanto colectivo como no, por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción).

- Por lo que se refiere a las *políticas activas de mercado de trabajo*, se propone para este itinerario reforzar los servicios públicos de empleo y su colaboración “con otros socios del mercado, como las empresas de trabajo temporal”.

Al respecto, y sin descender a detalles, respecto de las reformas españolas en los últimos años baste señalar la legalización de las empresas de trabajo temporal (1994-95), la admisión de las agencias de colocación sin fines lucrativos (1994-95) así como la aprobación de la vigente Ley de Empleo (2003), todo ello en el marco de la ratificación del nuevo Convenio de la OIT sobre agencias de empleo. Si bien, con desarrollos pendientes (de la misma Ley de Empleo) y situaciones confusas (como la admisión de agencias privadas con fines lucrativos pero gratuitas para los trabajadores, que el Convenio OIT admite claramente y la Ley de Empleo no niega, al mismo tiempo que el art. 16.2 Estatuto de los Trabajadores continúa limitando la actividad de colocación a las agencias sin ánimo de lucro, pero no necesariamente gratuitas para los trabajadores). Al tiempo que se ha completado las transferencia de los servicios públicos de empleo a las

Comunidades Autónomas y se ha regulado su coordinación con el Servicio estatal).

- Por lo que atañe, en tercer lugar, a la previsión de *sistemas de seguridad modernos*, se propone en concreto en este itinerario tres tipos de actuaciones: garantizar a los trabajadores la posibilidad de acumular derechos y transferir los adquiridos entre empresas y sectores, aumentar las prestaciones durante períodos de desempleos más breves e introducir un sistema de asistencia social que fomente la movilidad y disminuya la dependencia del apoyo familiar.

4. LA CONFUSA PREGUNTA 12 DEL LV: CÓMO GARANTIZAR LOS DERECHOS LABORALES EN PRESTACIONES TRANSNACIONALES Y SI ES NECESARIO DEFINIR COMUNITARIAMENTE EL CONCEPTO DE TRABAJADOR A EFECTOS DE LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS

La pregunta se formula literalmente del siguiente modo: *¿Cómo pueden garantizarse en toda la Comunidad los derechos laborales de los trabajadores que efectúan prestaciones en un contexto transnacional, especialmente los trabajadores fronterizos? ¿Piensa que es necesario mejorar la coherencia de las definiciones de "trabajador" que figuran en las directivas europeas para garantizar que estos trabajadores puedan gozar de sus derechos laborales con independencia del Estado miembro en que se encuentren trabajando? ¿O estima que los Estados miembros deberían mantener su autoridad en este ámbito?*

Desde luego, la pregunta resulta confusa. ¿Por qué esa mención específica de los trabajadores fronterizos, sin ofrecer ninguna pista sobre su supuesta problemática? ¿Las prestaciones en un contexto transnacional a que se refiere la pregunta, se limitan o no al desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios, es decir, al supuesto —a

los tres supuestos, en realidad— contemplado por la Directiva 96/71/CE, de 16 de diciembre de 1996? ¿Por qué limitar el interrogante acerca de la definición del concepto de trabajador solamente al ámbito de las directivas y no del ámbito de las legislaciones nacionales en general?

De hecho, las respuestas de muchos Estados (Alemania, Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Irlanda, Reino Unido) han hecho referencia a la Directiva 96/71 /CE. Y, en principio, para considerar que los derechos de los trabajadores desplazados se encuentran claramente regulados en dicha Directiva, cuyo art. 3 fija un mínimo de protección o, mejor dicho, el núcleo de normas nacionales del país de acogida que debe aplicarse a los trabajadores desplazados.

La misma respuesta, en el sentido de considerar que la protección de los trabajadores fronterizos queda en principio garantizada por la aplicación de la ley del lugar de prestación habitual de los servicios (conforme al Convenio de Roma y, hoy en día, por el muy reciente Reglamento nº 593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, denominado "Roma I"). Únicamente cabe hacer algunas matizaciones.

Así, Alemania parece tener una visión excesivamente amplia de la garantía establecida por la Directiva, en cuanto que considera que en el supuesto de desplazamiento se aplica la normativa del lugar de trabajo, lo que solamente es cierto respecto de las materias contempladas por su art. 3 (períodos máximos de trabajo y períodos mínimos de descanso; duración mínima de las vacaciones anuales; las cuantías del salario mínimo; las condiciones de suministro de mano de obra por las empresas de trabajo temporal⁹; la salud, la seguridad y la higiene en el trabajo; la protección de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, así como de los niños y los jóvenes; la igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación).

Bélgica, por su parte, advierte de una aplicación no uniforme de la Directiva. Dinamarca

—al igual que Irlanda— apunta la importancia de la cooperación bilateral en esta materia. España, la trascendencia de los mecanismos de control y coordinación de las autoridades de los distintos Estados; lo mismo que hace Francia.

A) TRABAJADORES FRONTERIZOS

Por lo que se refiere a los trabajadores fronterizos, nadie parece constatar una problemática especial. Si por trabajador fronterizo entendemos aquel trabajador que, residiendo en un Estado, trabaja en otro regresando diaria o al menos semanalmente al Estado de residencia, en principio la normativa aplicable al mismo será la del Estado en que habitualmente presta sus servicios, cuyas normas se le aplicarán en igualdad de condiciones que a los nacionales de ese Estado. Incluso aunque ese trabajador y su empleador hubieran convenido la aplicación de otra normativa, en todo caso la elección de la ley aplicable “no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le proporcionen las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables” (art. 8.1 Reglamento nº 593/2008, Roma I) y que serían “la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente” o, si no puede determinarse de ese modo, “la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador” (art. 8.2). En suma, normalmente será aplicable la ley del Estado donde trabaja el trabajador fronterizo.

La situación, por lo demás, vendría a ser la misma en el supuesto de trabajadores no fronterizos, sino que se hubieren desplazado y residieran en el territorio de otro Estado miembro con el objeto de ejercer en él un empleo, en virtud de los derechos que integran la libertad de circulación de trabajadores, conforme al art. 39 del Tratado de la Comunidad Europea y conforme al Reglamento (CEE) 1612/68, de 15 de octubre, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad.

Reglamento cuyo art. Art. 7 les garantiza la igualdad de trato respecto de los trabajadores nacionales: “En el territorio de otros Estados miembros y por razón de la nacionalidad, el trabajador nacional de un Estado miembro no podrá ser tratado de forma diferente que los trabajadores nacionales, en cuanto se refiere a las condiciones de empleo y de trabajo...” (apartado 1).

B) TRABAJADORES DESPLAZADOS

Por lo que se refiere al supuesto específico de los trabajadores desplazados temporalmente en el marco de una prestación de servicios, su situación viene regulada por lo dispuesto en la Directiva 96/71/CE y por las correspondientes normativas nacionales de aplicación de la Directiva. El art. 3 de la Directiva, como es sabido, establece que los Estados miembros velarán por que las empresas que desplacen a sus trabajadores garanticen a esos trabajadores desplazados en su territorio las condiciones de trabajo y empleo que estén establecidas en el Estado miembro donde se efectúe el trabajo por las disposiciones y/o los convenios colectivos o laudos arbitrales de aplicación general que dicho artículo contempla y en relación a una serie de materias. Ciertamente no se trata sino de un mínimo de protección conforme al derecho del Estado de acogida, pero claro es que a dichos trabajadores desplazados se les deberá aplicar, en otras materias, las disposiciones imperativas de la normativa laboral del país desde el que son desplazados, en principio, por ser este el Estado en que habitualmente ejecutarán su trabajo o, más probablemente, el país en que se encuentra el establecimiento que los ha contratado para después desplazarlos.

Por todo ello, en las respuestas nacionales a esta pregunta 12, todo lo más que se pone de relieve es la posible existencia de problemas de aplicación de la Directiva 96/71/CE y, en concreto, la necesidad de actuar sus mecanismos de control, a través de la participación de los representantes de los trabajadores en las empresas y la coordinación entre autoridades

nacionales, especialmente las inspecciones de trabajo.

En cualquier caso, conviene tener presente reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia aplicando en estrictos términos las disposiciones de la Directiva en relación a la posibilidad de que los Estados miembros extiendan la aplicación de la normativa nacional a los trabajadores desplazados en otras materias además de las contempladas en su art. 3.1.

En efecto, el apartado 10 de dicho artículo añade, ante todo, que “(l)a presente Directiva no impedirá que los Estados miembros, de conformidad con las disposiciones del Tratado, imponga a las empresas nacionales y a las empresas de otros Estados, por igual:

- condiciones de trabajo y empleo referidas a materias distintas de las enumeradas en el párrafo primero del apartado 1, en la medida en que se trate de disposiciones de orden público...”.

Pues bien, sobre este punto incide la STJCE de 19 de junio de 2008 (Asunto C-319/2006, que tiene por objeto un recurso por incumplimiento impuesto por la Comisión contra el Gran Ducado de Luxemburgo). El recurso se plantea con ocasión de la Ley de 20 de diciembre de 2002, por la que se efectúa la transposición de la Directiva al Gran Ducado.

Según el art. 1 de la citada Ley, “(c)onstituyen disposiciones de orden público nacional... y, como tales, son aplicables a todos los trabajadores que desarrollen una actividad en el territorio del Gran Ducado de Luxemburgo, incluidos los que son objeto de un desplazamiento temporal, cualquiera que sea su duración o su naturaleza, todas las disposiciones... relativas:

1. al contrato de trabajo escrito o al documento elaborado en virtud de la Directiva 91/533/CEE, de 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral;

2. al salario social mínimo y a la adaptación automática de las retribuciones a la variación del coste de la vida;

...

8. a la regulación del trabajo a tiempo parcial y por tiempo determinado;

...

11. a los convenios colectivos de trabajo;...”.

La STJCE, en lo que aquí interesa, declara que el Gran Ducado de Luxemburgo ha incumplido las obligaciones que le incumben al haber declarado que esos puntos 1, 2, 8 y 11 constituyen disposiciones de orden público nacional.

El Gran Ducado alegó que el concepto de disposiciones de orden público abarca todas las disposiciones que, a juicio del Estado de acogida, respondan a exigencias imperativas de interés público (ver apartado 22 de la STJCE). Por el contrario, adoptando una interpretación mucho más restrictiva del concepto y recordando jurisprudencia propia anterior (STJCE 23 noviembre 1999, *Arblade* y otros, C-369/96 y C-376/96, Rec. P. I-8453, apartado 30), el Tribunal considera “que la calificación de disposiciones nacionales de leyes de policía y de seguridad por un Estado miembro se refiere a las disposiciones nacionales cuya observancia se ha considerado crucial para la salvaguardia de la organización política, social o económica del Estado miembro de que se trate...” (apartado 29), estimando, pues, que “la reserva de orden público constituye una excepción al principio fundamental de la libre prestación de servicios, que debe ser interpretada de forma restrictiva y cuyo alcance no puede ser determinado por los Estados miembros unilateralmente” (apartado 30).

Sin entrar en ulterior detalle sobre los argumentos en relación a cada uno de los puntos en litigio, sí que cabe una breve consideración en relación a la Ley 45/1999, de 29 noviembre, que realiza la aplicación en España de la Directiva 96/71. Hay dos aspectos de la normativa española que podrían entrar en contradicción

con lo dispuesto en la Directiva y en la aplicación de la misma efectuada por la STJCE que estamos comentando.

En primer lugar, la obligación de que los empresarios que desplacen a España sus trabajadores les garanticen (art. 3.1) “las condiciones de trabajo previstas por la legislación española relativas a: ...b) La cuantía del salario, en los términos a que se refiere el artículo 4 de esta Ley”. Téngase en cuenta, entonces, que, de un lado, “condiciones de trabajo previstas en la legislación laboral española” serán las contenidas “en las disposiciones legales o reglamentarias del Estado y en los convenios colectivos y laudos arbitrales aplicables en el lugar y en el sector o rama de actividad de que se trate” (art. 3.4); y, de otro lado, que la “cuantía mínima del salario” garantizable será la prevista en las disposiciones o convenios a que se refiere el art. 3.4 “para el grupo profesional o la categoría profesional correspondiente a la prestación del trabajador desplazado”.

En resumen, conforme a la Ley española las empresas que desplacen trabajadores a España debe garantizarles no el salario mínimo interprofesional, sino el salario convencional previsto en el convenio (o laudo) aplicable para el grupo o categoría profesional correspondiente.

Ciertamente, el art. 3.1.c) de la Directiva no se refiere al salario mínimo interprofesional sino a “las cuantías de salario mínimo” y, en ese sentido, podría defenderse que tan salario mínimo lo es el interprofesional (respecto de la autonomía colectiva o convencional) cuanto el salario profesional o convencional (respecto de la autonomía individual o contractual). Cabe señalar que el art. 3.1.c) no se expresa en singular (salario mínimo) sino en plural (las cuantías de salario mínimo), lo que podría apoyar la interpretación de que no se trate solamente del salario mínimo interprofesional sino de los salarios mínimos profesionales o convencionales.

Con todo, podría considerarse que la STJCE anuncia más bien una interpretación restrictiva al respecto. Partiendo de que la ley

luxemburguesa garantizaba el “salario social mínimo” y “la adaptación automática de las retribuciones a la variación del coste de vida”, lo que el Tribunal viene a aceptar es la oposición de la Comisión a este artículo en cuanto que se refiere a variaciones en “todas las retribuciones, incluidos los salarios que no corresponden a la categoría de salarios mínimos” (apartado 45). Insiste por lo demás la sentencia en que “el orden público sólo puede invocarse en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad” (apartado 50).

De todos modos, el apartado deja sin pre-juzgar el concepto “categoría de salarios mínimos”. Y, sobre todo, realmente el problema interpretativo no se refiere de entrada al concepto de “orden público”, sino al concepto de “las cuantías de salario mínimo”, concepto, como antes dicho, quizás interpretable tanto en referencia al mínimo interprofesional como a los mínimos convencionales (que, por naturaleza, no son únicos para todo el ámbito del convenio, sino distintos por grupos, categorías o niveles retributivos). Es decir, que el problema a este efecto de “las cuantías del salario mínimo” es de interpretación del art. 3.1.c de la Directiva, no de interpretación de la vía de ampliación de ese apartado 1 en virtud de lo previsto en el apartado 8, primer guión, de la misma.

En último término, cabe añadir, la extensión de la garantía de las cuantías del salario mínimo a los salarios profesionales o convencionales podría darse igualmente en virtud de lo dispuesto en el art. 3, apartado 8, segundo guión. En efecto, conforme al mismo, la Directiva “no impedirá que los Estados miembros, de conformidad con las disposiciones del Tratado, impongan a las empresas nacionales y a las empresas de otros Estados, por igual...: - condiciones de trabajo y empleo fijadas en convenios colectivos o laudos arbitrales de acuerdo con el apartado 8 que se refieran a actividades distintas de las contempladas en el Anexo”. Es decir, en convenios o laudos de eficacia general en actividades aunque no sean en el ámbito de la construcción.

De este modo, si cualesquiera condiciones de trabajo y empleo en ese tipo de convenios o laudos pueden ser impuestas a las empresas nacionales y de otros Estados, entre ellas quedarían incluidos claramente los salarios convencionales o profesionales, que desde luego constituyen un mínimo a respetar por el contrato de trabajo (art. 3.1.c Estatuto de los Trabajadores).

A esta cuestión que acabamos de exponer se refiere asimismo la STJCE que venimos comentando. En la medida en que la ley luxemburguesa objeto de recurso se refería, en su punto 11, a las disposiciones relativas “a los convenios colectivos de trabajo”, el TJCE interpreta en primer lugar que las mismas serían “las que regulan su elaboración y aplicación”, para concluir en que las mismas no pueden subsumirse “*per se* y sin más precisión, en el concepto de orden público” (apartado 65).

Pero, hipotizando que las disposiciones aludidas lo sean asimismo “las propias disposiciones de tales convenios”, concluye igualmente que “tampoco pueden subsumirse en dicho concepto, en su totalidad y por el mero motivo de que emanan de ese tipo de actos” (apartado 66). Pero, a continuación, debatiendo la tesis del Gran Ducado de que aquel punto 11 vendría a concretar la autorización concedida en virtud del art. 3, apartado 10, segundo guión de la Directiva, no niega que este pudiera justificar la imposición a las empresas de las condiciones establecidas en convenios o laudos, aunque sí que rechaza que esa argumentación justifique el punto 11 debatido, ya que éste no se refería solamente a los convenios de aplicación general, sino simplemente a los convenios colectivos de trabajo, por lo tanto incluso a los de eficacia limitada.

Ciertamente, hay que concluir que en el mismo exceso incurre la Ley española 45/1999, la cual, en su art. 3.4 se refiere indistintamente a “los convenios y laudos arbitrales aplicables en el lugar y en el sector o rama de actividad de que se trate”, sin diferenciar, como debiera, entre los convenios o laudos de aplicación general y los de aplicación limitada.

El otro aspecto de la Ley 45/1992 que puede suscitar asimismo alguna duda de adecuación a la Directiva es su art. 3.1.f), el cual se refiere a la “no discriminación de los trabajadores temporales y a tiempo parcial”. Desde luego, puede verse alguna similitud con el punto 8 de la ley luxemburguesa (disposiciones relativas “a la regulación del trabajo a tiempo parcial y por tiempo determinado”).

Pero la diferencia es clara, puesto que la ley luxemburguesa, considerada en este punto contraria a la Directiva, se refería a toda la regulación en esas materias (trabajos a tiempo parcial y por tiempo determinado”, mientras que la española exige exclusivamente la garantía de las condiciones de trabajo previstas por la legislación española relativas a “(l) a no discriminación” de tales trabajadores.

Y tal garantía sí que puede fundamentarse en el art. 3.1.g) de la Directiva, que incluye entre las materias a garantizar “la igualdad de trato entre hombres y mujeres y *otras disposiciones en materia de no discriminación*”. Referencia amplia que podría incluir esa exigencia respeto de la no discriminación respecto de trabajadores a tiempo parcial y temporales.

Lo sorprendente, si acaso, es que a la altura del año 1999 no existía en nuestro ordenamiento ninguna disposición en la legislación laboral española que exigiera la no discriminación de tales trabajadores. Incluso hoy en día, tanto en el art. 14 Constitución como en los arts. 4.2.c) y 17.1 ET no se menciona al trabajo a tiempo parcial o temporal como factores inadmisibles de discriminación. Ha sido con posterioridad, en el año 2006, cuando el art. 15.6 ET, aplicando la Directiva 99/70/CE (por lo que se refiere al trabajo de duración determinada), ha venido a establecer que “(l)os trabajadores con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida”, sin perjuicio de las particularidades en materia de extinción y conforme al principio *pro rata temporis* (más adecuado éste, sin duda, para el trabajo a tiempo parcial). Por lo que hace referencia a esta otra modalidad, el art. 12.4.e) ET ya tenía establecido que “(l)os trabajadores

a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo”, de conformidad con el citado principio: “...en función del tiempo trabajado”.

Queda, desde luego, la duda de si se trata de una exigencia de igualdad de trato para esos trabajadores (lo que vincularía exclusivamente a la ley y a los convenios colectivos de eficacia general) o, más ampliamente, de no discriminación (lo que vincularía asimismo a los convenios de eficacia limitada y a la autonomía individual). Pero, en el contexto de la Directiva 96/71 y la Ley 45/1999, que en todo caso limitan su aplicación a las disposiciones legales, reglamentaria o administrativas y a los convenios y laudos arbitrales de aplicación general, esa duda carece de relevancia.

C) LA DEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE TRABAJADOR EN LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS

La última cuestión al hilo de la pregunta 12 del LV que cabe plantear es el de si las Directivas comunitarias deberían establecer o no un concepto de trabajador —de ámbito comunitario, pues—, o si, por el contrario, la definición debe dejarse en manos de los Estados miembros —hay que entender que al aplicar las correspondientes Directivas, no al definir el ámbito aplicativo de su normativa laboral en general—.

Realmente, desde el punto de vista de la protección de los trabajadores (que se desplacen a otros Estados miembros para residir y trabajar en ellos, sean o no fronterizos) la definición del concepto de trabajador es trascendental, pues delimita el ámbito de aplicación de la normativa tuitiva laboral. Pero ello es algo que comparten con el resto de los trabajadores del país a que se hayan desplazado; y, además, seguramente no cabe apreciar grandes diferencias entre unos y otros países comunitarios.

En todo caso, la pregunta del LV se plantea en realidad estrictamente en relación a las Directivas comunitarias y, en ese sentido, para conseguir una mayor uniformidad en su apli-

cación. Claro es que si una Directiva se aplica en los distintos Estados de manera uniforme en cuanto a su contenido (uniformidad que, con frecuencia, se debe a la precisión y concreción de la propia Directiva), pero no hay uniformidad en cuanto al ámbito personal de aplicación de ese contenido, el resultado según los distintos Estados puede ser muy dispar.

Alguna Directiva recoge una definición del concepto de trabajador, pero de manera tan genérica que resulta inoperante para alcanzar una mínima uniformidad. Así, la Directiva 89/391/CEE, art. 3.a): “cualquier persona empleada por un empresario” (donde lo que resulta operante es lo que sigue: “incluidos los trabajadores en prácticas y los aprendices, con exclusión de los trabajadores al servicio del hogar familiar”).

Lo normal, al contrario, es que la Directiva haga una remisión al concepto de trabajador acogido por las normativas nacionales. Así, la propia Directiva sobre desplazamiento, art. 2.2: “el concepto de trabajador es el que sea aplicable conforme al Derecho del Estado miembro en cuyo territorio el trabajador esté desplazado”. También la Directiva 2001/23/CE, art. 2.1.d): “cualquier persona que esté protegida como tal en la legislación laboral del Estado miembro de que se trate”. O la Directiva 91/533/CEE, art. 1.1: “todo trabajador por cuenta ajena que tenga un contrato de trabajo o mantenga una relación laboral definidos por el derecho vigente en un Estado miembro”. O la Directiva 2002/14/CE, art. 2.d): “cualquier persona que esté protegida como tal en la legislación laboral nacional y con arreglo a las prácticas nacionales del Estado de que se trate”. Otras, en fin, no contienen definición alguna.

¿Sería, pues, conveniente un concepto comunitario de trabajador para facilitar una aplicación uniforme de las Directivas?

Desde luego, ello sería posible en función de las competencias normativas recogidas, fundamentalmente, en el Tratado de la Comunidad Europea, siquiera sea de forma implícita. Es decir, que si el Consejo puede adoptar, me-

dian­te directivas, disposiciones mínimas (art. 137.2.b) en materias tales como la salud y la seguridad de los trabajadores, las condiciones de trabajo, etc. (art. 137.1), parece claro que puede definir el ámbito de aplicación de las mismas y, por tanto, el concepto de trabajador o de contrato de trabajo.

Seguramente, no tiene competencias la CE para determinar el ámbito de aplicación general de las normativas laborales nacionales, pues ello excedería de las competencias en materias específicas del art. 137. Pero ello no sería obstáculo para una definición del concepto vinculante para todas las Directivas en las materias contempladas o, más probablemente, un concepto en cada una de las Directivas de que se trate (y más adecuadamente, dada la variedad de objeto de las Directivas, lo que puede dar lugar a conceptos no del todo coincidentes de trabajador o contrato de trabajo).

El problema, realmente, sería hasta dónde se podría avanzar en esa política de definición del concepto de trabajador en cada Directiva, considerando, entre otras cosas, la obligación de tener en cuenta “la diversidad de las prácticas nacionales, en particular en el ámbito de las relaciones contractuales”. En todo caso, las respuestas nacionales a esta pregunta del Libro Verde han mostrado, por lo general, su escepticismo al respecto, incluso estimando que no sería necesario ni práctico (Reino Unido) o la creencia de que las definiciones de trabajador no varían tanto de un país a otro.

Todo lo más, se ha indicado la conveniencia de delimitar los conceptos de trabajo asalariado y trabajo autónomo (Alemania, Bélgica), para lo que parecería necesario entrar en una mínima definición de uno y otro, o la de establecer precisiones conceptuales en algún caso (Francia).

En cualquier caso, alguna actuación a ese respecto sí sería posible y conveniente, en la línea del contenido de la Recomendación nº 198 OIT, del año 2006, sobre la relación de trabajo, a la que el propio LV hace referencia (ver su nota 32), aunque más bien al hilo de las preguntas 7 y 8 y más bien con ese objetivo

limitado de delimitación entre trabajo subordinado y trabajo autónomo. Aunque cabe insistir en lo dicho. Difícilmente se podrán delimitar si no se definen de algún modo.

En ese sentido, la Recomendación nº 198 contiene aspectos interesantes, tales como la recomendación de “examinar a intervalos apropiados y, de ser necesario, ... clarificar y ... adaptar el ámbito de aplicación de la legislación pertinente” (apartado I.1); o la asunción del principio de realidad y la no consideración del *nomen iuris* dado por las partes contratantes, de modo que “la existencia de una relación laboral debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario” (apartado II.9); o la consagración de “una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios” (apartado II.11.b); definición de “indicios específicos”, entre los que la Recomendación sugiere varios (apartado II.13), tanto en orden a la subordinación como a la ajenidad.

Alguna de estas recomendaciones (aparte otras interesantes que se formulan) tienen acogida en el ordenamiento español al menos jurisprudencialmente (el principio de realidad), mientras que otras se recogen muy deficientemente (la presunción contenida en el art. 8.1 ET, que en realidad es más una reformulación de la definición del art. 1 que una presunción propiamente dicha a efectos de calificación de la relación), y otras, en fin, merecerían una acogida puntual en nuestro ordenamiento (el examen y revisión periódicos de la cuestión del ámbito aplicativo).

Pero cabe repetir, para finalizar, que seguramente no es posible una acción general en ese sentido (es decir, de definición del ámbito de aplicación de las normativas laborales nacionales), por falta de competencia comunitaria al respecto, y solamente posible una acción limitada al campo de aplicación de las distintas Directivas en las materias en las que la CE sí que está habilitada.

Podría comenzarse por abandonar la práctica relativamente habitual, como hemos visto, en muchas Directivas de remitir expresamente el concepto de trabajador a lo dispuesto en cada legislación nacional. Sería preferible limitarse a señalar al trabajador o al trabajo (en su caso, asalariado) como ámbito de aplicación de las Directivas, sin mayor precisión, que esa remisión a las normas nacionales.

En efecto, la falta de definición no impediría que el Tribunal de Justicia, en su labor de control de aplicación de las Directivas (ya sea por recurso de incumplimiento, ya sea a través de cuestiones prejudiciales) configurara en cada caso un concepto comunitario de trabajador, como lo ha hecho en materia de libertad de circulación; aunque se tratara de un concepto no unívoco, sino que variara en función de la materia de que se tratara¹⁰.

NOTAS

1. COM (2006) 708 final, de 22 de noviembre de 2006.
2. Tiziano TREU: "Labour Law, flexibility and economic growth". El trabajo del prof. TREU se puede consultar en el Observatorio de Derecho Social Europeo, del que es responsable el prof. Jesús Cruz Villalón, en www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/observatorio/paginaEstatica/1stContenidos.asp?obs=34&menu=35&submenu=, junto con otros comentarios al Libro Verde de: Alleva, Baylos Grau-Pérez Rey, Business Europe, Cerfeda, Comité Económico y Social Europeo, Confederación Europea de Sindicatos, Debrulle, Durán López, Gottardi, Jueces para la Democracia, López Bulla, Martín, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Valdés Dal-Re y un grupo de laboristas italianos. De otro lado, en http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/green_paper_responses.htm se pueden encontrar las respuestas al cuestionario planteado por el propio Libro Verde. Ver, asimismo, el artículo de FALGUERA I BARÓ, "El Libro Verde para la modernización del Derecho del Trabajo de la Unión: una preocupante iniciativa", en la revista electrónica sobre derecho del trabajo de la Universitat Pompeu Fabra: www.upf.edu/iuslabor/022007/portada022007.htm.
3. Libro Verde, apartado 4.a, pag. 11.
4. COM 2007 359 final, de 27 de junio de 2007. Esta Comunicación viene a recoger completamente el informe del Grupo Europeo de Expertos sobre Flexiguridad: "Flexicurity Pathways: Turning hurdles into stepping stones", de junio de 2007. El informe puede verse en http://ec.europa.eu/employment_social/employment_strategy/pdf/flexi_pathways_en.pdf.
5. Se trata del documento sobre "Flexicurity Practices", compilación hecha por el prof. Ton Wilthagen, de la Universidad de Tilburg, en los Países Bajos. Esa compilación, de mayo 2007, sin duda sirvió para el Informe del Grupo de Expertos sobre Flexiguridad, informe titulado "Flexicurity Pathways", ya señalado en la nota anterior. Dicha compilación puede verse en http://ec.europa.eu/employment_social/employment_strategy/pdf/flexi_practices_en.pdf.
6. En todo caso, como ya se ha señalado en el texto, la menor indemnización en caso de despido solamente se refiere al supuesto de despido por causas objetivos declarado improcedente o injustificado; por el contrario, en caso de que tal despido se considere procedente o justificado, la indemnización es la normal de 20 días por año de servicio (indemnización que es seguramente la que corresponde al término inglés de "severance pay", equivalente a "redundancy pay", indemnización por reducción de personal, aunque, como vimos para Austria, puede referirse también más ampliamente a otros supuestos de extinción por el empleador, incluso por el trabajador). Cabe consultar, a estos efectos, los diccionarios sobre relaciones industriales que aparecen en el sitio de la Fundación Europea de Condiciones de Vida y de Trabajo de Dublín, más concretamente en EIRO (European Industrial Relations Observatory) (www.eurofound.europa.eu/areas/industrialrelations/dictionary).
7. Vid. Informe OCDE: *Perspectivas del empleo 1999*, MTAS: "...el rigor de la legislación sobre protección del empleo influye poco o nada en el nivel total de paro...la legislación sobre protección del empleo eleva el empleo de los varones en edades centrales, pero reduce el de los jóvenes y las mujeres en edades centrales, por lo que el efecto total es una reducción neta. Sin embargo, estas correlaciones son muy débiles y estadísticamente poco significativas..." (págs. 180-181).
8. Así, MONTROYA, pag. 89, aunque señala oportunamente que algunas de las recomendaciones de ese itinerario ya se están aplicando en nuestro país.

9. Dicho sea de paso, la versión española habla, incorrectamente, de “agencias de trabajo interino”: más bien habría que hablar de trabajo “intermediado”. La Ley 45/1999, de 9 de noviembre, utilizando debidamente la terminología española, se refiere a las empresas de trabajo temporal (ver art. 3.2).

10. Al respecto, vid. BIURRUN-MELÉNDEZ-PÉREZ: *Cuestiones laborales de Derecho Social Comunitario*, Aranzadi, 2002, pags. 78-84, recogiendo útilmente abundante jurisprudencia comunitaria.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

ARUFE VARELA, A.: “«Flexiguridad» laboral danesa y «rigiseguridad» laboral alemana”, en *Aranzadi Social*, num. 7-8/2008 (también en Aranzadi-Westlaw: BIB 2008/1459).

BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: “Presentación al Libro Verde”, en *Cuadernos de la Fundación*, 5/2006, Fundación Sindical de Estudios

BESSON, É.: *Flexicurity en Europe. Éléments d'analyse*, 2008 (puede consultarse en línea en www.ladocumentationfrancaise.fr: Inicio > Rapports publics).

BIURRUN ABAD, MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE y PÉREZ CAMPOS (con prólogo de SEMPERE NAVARRRO): *Cuestiones laborales de Derecho Social Comunitario*, Aranzadi, 2002

EUROPEAN EXPERT GROUP ON FLEXICURITY: *Flexicurity Pathways. Turning burdles into stepping stones*, junio 2007.

GARCÍA MURCIA, J.: “El Libro Verde europeo sobre el derecho laboral”, en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 126 (2007), núm. 1-2, pags. 121 ss.

FALGUERA I BARÓ, M.: “El Libro Verde para la modernización del Derecho del Trabajo de la Unión: una preocupante iniciativa”, en *IUSLabor*, 2/2007.

LUJÁN ALCARAZ, J.: “Flexiguridad”, en *Aranzadi Social*, núm. 16/2007 (también en Aranzadi-Westlaw: BIB 2007/2259).

MEDEL (Magistrats Européens pour la Démocratie et les Libertés): “El Libro Verde y el Derecho del Trabajo: no es eso”, en http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/green_paper_responses_htm.

MONTOYA MELGAR, A.: “Sobre globalización, flexiguridad y estabilidad en el empleo”, en *Aranzadi Social*, nº 6/2008, págs. 75-93.

OBSERVATORIO DE DERECHO SOCIAL EUROPEO (Responsable CRUZ VILLALÓN, J.), en la página web del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, el cual recoge comentarios al Libro Verde de:

- ALLEVA, P.: “Il «Libro Verde» della Commissione UE e l'esperienza italiana della «Flessicurezza».
- BAYLOS GRAU-PÉREZ REY: “Presentación al Libro Verde”, Cuadernos de la Fundación Sindical de Estudios, num. 5/2006.
- BUSINESS EUROPE: “Position Paper”, 6 march 2007.
- CERFEDA, W.: “Entrevista”, traducida por López Bulla, en la Revista Euronote, de CGIL-Cisl-Uil Lombardía: www.euronote.it.
- CONFEDERACIÓN EUROPEA DE SINDICATOS (CES, ETUC): “ETUC Position”, 20-21 march 2007.
- DEBRULLE, A.: Intervention en el Seminaire européen de droit social et de la securité sociale, Seville 23 et 24 mars 2007.
- DURÁN LÓPEZ, F.: “La modernización del Derecho Laboral”.
- GOTTARDI, D.: “Diritto del lavoro europeo e mercato interno”.
- JUECES PARA LA DEMOCRACIA: “El Libro Verde y el derecho del trabajo: no es eso”.
- LABORALISTAS ITALIANOS: “I giuslavoristi e il Libro verde”.
- LÓPEZ BULLA, J.L.: “Sobre el Libro Verde del derecho del trabajo europeo”.
- MARTIN, P.: “Flexibilidad y seguridad. Nuevas configuraciones en el derecho social francés”.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “El Libro Verde de la Comisión Europea «Modernizar el derecho laboral»”.
- TREU, T.: “Labour law, flexibility and economic growth”.
- VALDÉS DAL-RE, F.: “El Libro Verde de la comisión Europea”.

WILTHAGEN, T.: *Flexicurity Practices*, mayo 2007 (en http://ec.europa.eu/employment_social/employment_strategy/pdf/flexi_pra-ctices_en.pdf)

Fecha de recepción de originales: 17 de octubre de 2008

Fecha de aceptación de originales: 5 de noviembre de 2008

ANEXO

MODERNIZAR EL DERECHO LABORAL PARA AFRONTAR LOS RETOS DEL SIGLO XXI

Sumario: 1. Introducción - finalidad del presente Libro Verde. 2. Derecho laboral en la Unión Europea - situación actual. A) Evolución en los Estados miembros. B) Acción a escala de la UE. 3. Principal reto político - Un mercado de trabajo flexible e inclusivo. 4. Modernización del derecho laboral - preguntas para el debate. A). Transiciones profesionales. B) Inseguridad jurídica. C) Relaciones de trabajo triangulares. D) Ordenación del tiempo de trabajo. E) Movilidad de los trabajadores. F) Aspectos del control de la aplicación de la legislación y trabajo no declarado

1. INTRODUCCIÓN - FINALIDAD DEL PRESENTE LIBRO VERDE

La finalidad del presente Libro Verde es plantear un debate público en la UE sobre cómo modernizar el Derecho laboral para sostener el objetivo de la Estrategia de Lisboa de crecer de manera sostenible, con más y mejores empleos. La modernización del Derecho laboral constituye un elemento clave para el éxito de la adaptabilidad de los trabajadores y de las empresas. Este objetivo debe buscarse a la luz de los objetivos de la Comunidad de pleno empleo, productividad laboral y cohesión social. Se ajusta a la demanda del Consejo Europeo para movilizar todos los recursos nacionales y comunitarios adecuados para promover una mano de obra preparada, formada y adaptable y unos mercados de trabajo que respondan a los retos derivados del doble impacto de la mundialización y del envejecimiento de las sociedades europeas. Como destaca el Informe Anual sobre el Crecimiento y el Empleo 2006 de la Comisión Europea: *“El aumento de la capacidad de respuesta de los mercados de trabajo europeos es crucial para el impulso de la actividad económica y la consecución de una mayor productividad”*¹.

Los mercados de trabajo europeos deben afrontar el reto de conciliar una mayor flexibilidad con la necesidad de maximizar la seguridad para todos². La búsqueda de la flexibilidad en el mercado de trabajo ha conducido a un incremento de las distintas formas de contratos de empleo,

que pueden diferir en gran medida del modelo clásico de contrato³, desde el punto de vista tanto de la seguridad de empleo y de ingresos como de la estabilidad relativa de las condiciones de trabajo y de vida inherentes.

En 2003, en su informe al Consejo Europeo, el Grupo Europeo de Empleo, presidido por Wim Kok, observó que podría surgir un mercado de trabajo de dos velocidades entre los trabajadores «integrados» (*insiders*), con un empleo permanente y los «excluidos» (*outsiders*)⁴, especialmente los desempleados, las personas desligadas del mercado de trabajo y las que cuentan con situaciones laborales precarias e informales. Éstos últimos ocupan una «zona gris» con derechos fundamentales de los trabajadores o de protección social que pueden ser muy escasos, y que genera una situación de inseguridad en lo relativo a las perspectivas futuras de empleo, e incide en decisiones fundamentales en su vida privada (disponer de una vivienda, fundar una familia, etc.). Podría acentuarse el recurso a formas alternativas de empleo por la falta de medidas para adaptar el contrato de trabajo clásico a fin de ofrecer mayor flexibilidad tanto a los trabajadores como a las empresas. En consecuencia, el Grupo instó a los Estados miembros a que evalúen y, si procede, revisen el grado de flexibilidad previsto en los contratos clásicos en lo relativo a los plazos de preaviso, los costes y procedimientos de despido individual o colectivo, o la definición de despido improcedente⁵.

Las Directrices integradas para el crecimiento y el empleo⁶ destacan la necesidad de adaptar la legislación laboral para promover la flexibilidad y la seguridad del em-

pleo y reducir la segmentación del mercado de trabajo. El diálogo social también desempeña un papel fundamental en la búsqueda de soluciones colectivas o a nivel de empresas, para permitir a los trabajadores «integrados» y a los «periféricos» efectuar con éxito las transiciones entre las distintas situaciones laborales y ayudar a las empresas a responder de forma más flexible a las necesidades de la economía basada en la innovación y a los cambios en materia de competitividad por las reconversiones.

Otras políticas que forman parte del enfoque de la «flexiguridad» son el aprendizaje permanente, que permite a los individuos mantenerse al día con respecto a las nuevas competencias solicitadas; unas políticas activas de mercado de trabajo que brinden a los desempleados y a los inactivos una nueva oportunidad en dicho mercado; y normas más flexibles en el ámbito de la seguridad social para responder a las necesidades de las personas que cambian de empleo o abandonan temporalmente el mercado de trabajo.

El presente Libro Verde aborda la función que podría desempeñar el Derecho laboral para promover una «flexiguridad» que propicie un mercado de trabajo más equitativo, más reactivo y más inclusivo, y conduzca a una Europa más competitiva⁷. Busca lo siguiente:

Identificar los principales retos pendientes de respuestas satisfactorias y que muestran un desfase evidente entre los marcos jurídico y contractual existentes, por un lado, y las realidades del mundo laboral, por otro. Se hace especial hincapié en la dimensión personal del Derecho laboral y no en cuestiones de Derecho laboral colectivo.

Reunir a los Gobiernos de los Estados miembros, los interlocutores sociales y las demás partes interesadas en torno a un debate abierto para examinar cómo puede contribuir el Derecho laboral a fomentar la flexibilidad asociada a la seguridad del empleo, con independencia de la forma de contrato, y, en última instancia, a aumentar el empleo y reducir el desempleo.

Estimular el debate sobre la manera en que los distintos tipos de relaciones contractuales, así como los derechos laborales aplicables a todos los trabajadores, podrían favorecer la creación de empleo y ayudar a los trabajadores y a las empresas, facilitando las transiciones en el mercado de trabajo, fomentando el aprendizaje permanente y desarrollando la creatividad del conjunto de la mano de obra.

Contribuir al programa de mejora de la legislación, fomentando la modernización del Derecho laboral, sin olvidar sus beneficios y costes globales, para permitir a los trabajadores y a las empresas comprender mejor sus derechos y obligaciones. También procede tener en cuenta los problemas que afrontan en particular las PYME para sufragar los costes administrativos derivados de la legislación comunitaria y nacional.

Se abrirá una consulta pública sobre las cuestiones planteadas por el presente Libro Verde durante un período de cuatro meses⁸. Una vez finalizada esta consulta pública, las principales cuestiones y opciones políticas identificadas en las respuestas de los Estados miembros, los interlocutores sociales y las demás partes interesadas se examina-

rán en el marco de una comunicación de seguimiento de la Comisión en 2007, que ha de entenderse en el contexto de la serie de iniciativas adoptadas por la Comisión, en colaboración con los Estados miembros, sobre la cuestión más amplia de la flexiguridad. En especial, se presentará una Comunicación de la Comisión sobre la flexiguridad en junio de 2007: este texto buscará definir los argumentos en favor de la «flexiguridad», así como una serie de principios comunes de aquí a finales de 2007 para ayudar a los Estados miembros a incrementar los esfuerzos en materia de reformas.

2. DERECHO LABORAL EN LA UNIÓN EUROPEA - SITUACIÓN ACTUAL

A) EVOLUCIÓN EN LOS ESTADOS MIEMBROS

La finalidad inicial del Derecho laboral era paliar las desigualdades económicas y sociales inherentes a la relación laboral. Desde un principio, el Derecho laboral ha buscado definir la situación del empleo como principal factor generador de distintos derechos. Este modelo tradicional se basa en varios supuestos clave. En concreto: i) un empleo permanente a tiempo completo; ii) unas relaciones laborales regidas por el Derecho laboral, en torno al contrato de trabajo; y iii) la existencia de un empleador único y responsable del respeto de las obligaciones correspondientes a los empleadores. Cabe recordar que las tradiciones nacionales son muy dispares al formular y aplicar el Derecho laboral y las políticas al respecto.

La rapidez de los avances tecnológicos, la intensificación de la competencia derivada de la mundialización, la evolución de la demanda de los consumidores y el notable crecimiento del sector de los servicios destacan la necesidad de incrementar la flexibilidad. La aparición de la gestión «puntual», la reducción del horizonte inversor de las empresas, la difusión de tecnologías de la información y de la comunicación, así como una demanda cada vez más cambiante, han empujado a las empresas a organizarse de manera más flexible. Esto se traduce en diversas modalidades por lo que hace a la evolución de la organización del trabajo, el horario laboral, los salarios y el tamaño de la mano de obra en los distintos niveles del ciclo de producción. Estos cambios han suscitado la demanda de una mayor diversidad contractual, esté o no cubierta explícitamente por la legislación europea y nacional.

El modelo tradicional de relación laboral puede no ser el adecuado para todos los trabajadores con contratos estables de duración indeterminada que han de afrontar el reto de adaptar los cambios y aprovechar las oportunidades que ofrece la mundialización. Unas cláusulas y condiciones demasiado protectoras pueden desanimar a los empleadores a contratar durante los períodos de bonanza económica. Otros modelos de relación contractual pueden reforzar la capacidad de las empresas para desarrollar la

creatividad de su personal en su conjunto y aumentar su ventaja competitiva.

Las reformas de las legislaciones nacionales sobre protección del empleo iniciadas desde comienzos de los años noventa se centran fundamentalmente en la relajación de las normas vigentes para aumentar la diversidad contractual⁹. El objetivo de estas reformas era aumentar la flexibilidad «en los márgenes», es decir, instaurar formas de empleo más flexibles acompañadas de una menor protección contra el despido, para facilitar el acceso de los solicitantes de un primer empleo y de los solicitantes de empleo desfavorecidos al mercado de trabajo y permitir, a los que lo desearan, disponer de un mayor número de opciones de empleo. Como consecuencia, los mercados de trabajo experimentaron una creciente segmentación¹⁰.

La evolución del diálogo social a nivel nacional, sectorial y empresarial, tendente a introducir nuevas formas de flexibilidad interna, también muestra que las normas aplicables al lugar de trabajo pueden adaptarse a las variaciones de las realidades económicas. La aplicación de los convenios colectivos a nuevas problemáticas (por ejemplo, reconversiones, competitividad o acceso a la formación) y a nuevas categorías de trabajadores (como los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal) muestra la evolución de la relación entre la legislación y estos convenios, que ya no quedan relegados a la función auxiliar de complemento de las disposiciones legales sobre las condiciones de empleo. En la actualidad, son instrumentos importantes que sirven para ajustar los principios legales a situaciones económicas específicas y a las circunstancias particulares de determinados sectores.

B) ACCIÓN A ESCALA DE LA UE

A escala de la UE, se han iniciado una serie de medidas legislativas y políticas, así como varios estudios analíticos, para determinar la manera de asociar nuevas formas de trabajo más flexibles con unos derechos sociales mínimos para todos los trabajadores.

La mejora de las condiciones de vida y de trabajo para los contratos de duración determinada, el trabajo a tiempo parcial, el trabajo temporal y el trabajo estacional quedó subrayada por primera vez en la Carta Social de 1989 y en el posterior Programa de acción para la aplicación de la Carta¹¹. Tras un período de animados debates sobre la oportunidad de adoptar iniciativas a escala comunitaria con respecto a estas relaciones laborales, se adoptaron directivas sobre el trabajo a tiempo parcial¹² y el trabajo de duración determinada¹³, que han dotado de carácter vinculante los acuerdos marco de los interlocutores sociales europeos por los cuales se establece el principio de igualdad de trato entre los trabajadores a tiempo parcial y de duración determinada y los trabajadores a tiempo completo.

En 2000, la Comisión puso en marcha una primera fase de consultas con los interlocutores sociales sobre la modernización de las relaciones laborales, que condujo a la adopción de un acuerdo marco sobre el teletrabajo en 2002¹⁴. Ese año, la Comisión adoptó una Propuesta de directiva relativa a las condiciones de trabajo de los traba-

jadores cedidos por empresas de trabajo temporal¹⁵, con respecto a la cual, por el momento, el Consejo no ha logrado una posición común.

Se han publicado estudios detallados sobre la evolución del Derecho laboral en la EU-15 durante el período 1992-2003¹⁶. Los resultados de estos estudios se presentaron en la conferencia sobre el Derecho laboral en Europa: pasos hacia 2010, organizada por la Presidencia neerlandesa en 2004, con el apoyo de la Comisión¹⁷. En la actualidad se han iniciado otros estudios de países, para cubrir la evolución del Derecho laboral en la EU-25, así como en Bulgaria y Rumanía.

La protección de las condiciones laborales y la mejora de la calidad del trabajo en los Estados miembros depende fundamentalmente de las legislaciones nacionales y de la eficacia de las medidas de aplicación y control a escala nacional. A escala de la UE, el acervo social sostiene y complementa las acciones de los Estados miembros en este ámbito.

Mediante su apoyo a una serie de instrumentos políticos como el diálogo social de la UE y medidas financieras como el Fondo Social Europeo, Progress y la propuesta de Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización, la Comisión Europea también permite catalizar el apoyo a la acción de los Estados miembros y de los interlocutores sociales con vistas a reforzar los objetivos de Lisboa en materia de crecimiento y empleo. La coordinación de las políticas de empleo con la asociación para el crecimiento y el empleo y el método abierto de coordinación en el ámbito de las políticas de inclusión social permiten, además, garantizar la plena movilidad de los trabajadores en Europa en el contexto de los Tratados. Estos métodos combinan objetivos concretos y objetivos políticos establecidos a nivel de la UE —que se traducen en planes nacionales—, el uso de referencias y de indicadores para determinar los avances realizados, el intercambio de experiencias y la evaluación por pares para sacar las enseñanzas de las buenas prácticas.

3. PRINCIPAL RETO POLÍTICO - UN MERCADO DE TRABAJO FLEXIBLE E INCLUSIVO

La proliferación de distintos tipos de contratos se ha producido en ausencia de una adaptación más completa del Derecho laboral y de los convenios colectivos a la rápida evolución de la organización del trabajo y de la sociedad. Al utilizar estos contratos atípicos, las empresas buscan mantener su competitividad en una economía mundializada, evitando, entre otras cosas, el coste que acarrea el respeto de las normas relativas a la protección del empleo, los plazos de preaviso y el pago de las correspondientes cotizaciones sociales. Las obligaciones administrativas derivadas del empleo de trabajadores permanentes también han incidido considerablemente en la creación de empleo, especialmente en las pequeñas empresas¹⁸. Los contratos atípicos y los contratos clásicos flexibles permi-

ten que las empresas puedan adaptarse rápidamente a la evolución de las preferencias de los consumidores y de las tecnologías y a nuevas oportunidades para atraer y retener una mano de obra más diversificada, merced a una mejor adecuación de la oferta y demanda de mano de obra. Los trabajadores también pueden elegir entre un mayor número de opciones en lo relativo al horario laboral, unas mayores oportunidades de carrera, un mayor equilibrio entre vida familiar, trabajo y educación, así como una mayor responsabilidad individual.

Los contratos de duración determinada, los contratos a tiempo parcial, los contratos puntuales, los contratos «cero horas», los contratos para trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, los contratos para trabajadores por cuenta propia, etc., son en la actualidad elementos característicos de los mercados de trabajo europeos. La parte de empleo total representada por los trabajadores con contratos distintos del modelo contractual clásico y los que trabajan por cuenta propia ha pasado de más del 36 % de los trabajadores en 2001 a cerca del 40 % de los trabajadores de la EU-25 en 2005¹⁹. El trabajo a tiempo parcial ha pasado del 13 % al 18 % del empleo total en los últimos quince años. Desde 2000, contribuye en mayor medida (en torno al 60 %) a la creación de empleo que el trabajo a tiempo completo clásico. El trabajo a tiempo parcial sigue siendo característico del trabajo femenino, puesto que lo ocupan cerca de un tercio de las mujeres con empleo, frente al escaso 7 % de los hombres. El trabajo de duración determinada ha pasado del 12 % del empleo total en 1998 a más del 14 % en la EU-25 en 2005. Contrariamente al trabajo a tiempo parcial, el empleo de duración determinada no muestra grandes diferencias de género²⁰. Habida cuenta de la participación creciente en estas formas de contratos, cabría examinar el grado de flexibilidad previsto por los contratos clásicos para facilitar en mayor medida la contratación, el mantenimiento y la progresión en el mercado de trabajo.

El trabajo por cuenta propia constituye igualmente una manera de afrontar la reconversión, reducir los costes directos o indirectos de la mano de obra y gestionar los recursos de manera más flexible en circunstancias económicas imprevistas. También revela un modelo comercial de empresas orientadas al suministro de servicios que realizan proyectos completos para sus clientes. En muchos casos puede resultar de una decisión, tomada libremente, de trabajar de forma independiente a pesar de un nivel de protección social menor a cambio de un control más directo de las condiciones de empleo y de remuneración. Los trabajadores por cuenta propia superaban los 31 millones en la EU-25 en 2005, un 15 % de la mano de obra total²¹, y los que no cuentan con la ayuda de trabajadores por cuenta ajena, representan el 10 % del total de los trabajadores de la EU-25. Si bien la agricultura y el comercio al por menor siguen contando con el mayor número de personas pertenecientes a esta categoría, esta forma de trabajo suele estar cada vez más presente en los sectores de la construcción y de los servicios personales asociados

a la externalización, a la subcontratación y al trabajo en el marco de proyectos.

No obstante, la diversificación de los tipos de contratos puede tener efectos perniciosos²². Una parte de la mano de obra puede verse atrapada en una sucesión de empleos de corta duración y de baja calidad con una protección social insuficiente, quedando en situación vulnerable. No obstante, estos empleos pueden constituir un trampolín para que algunas personas, a menudo las que tienen especiales dificultades, puedan integrarse en el mundo laboral.

Las cifras correspondientes a EU-15 muestran que un 60 % de las personas con contratos atípicos en 1997 disponían de contratos clásicos en 2003. Sin embargo, el 16 % de estas personas seguía en la misma situación y el 20 % había abandonado el mercado de trabajo²³. El riesgo de quedar en posición de debilidad en el mercado de trabajo también entraña un componente muy fuerte de género e intergeneracional, dado que las mujeres, las personas de edad avanzada y también los jóvenes contratados con contratos atípicos tienen menos posibilidades de mejorar su situación en este mercado²⁴. No obstante, hay que tener en cuenta que los Estados miembros cuentan con niveles de transición muy distintos.

El reciente informe sobre el empleo en Europa de 2006²⁵ constata que la existencia de una legislación rígida sobre protección del empleo tiende a reducir el dinamismo del mercado de trabajo, agravando las perspectivas para las mujeres, los jóvenes y los trabajadores de edad avanzada. Este informe destaca que una desregulación «en los márgenes» que mantenga prácticamente intactas las normas estrictas aplicables a los contratos clásicos tiende a favorecer la segmentación de los mercados de trabajo e incide negativamente en la productividad. También subraya que los trabajadores se sienten más protegidos por un sistema de ayuda al desempleo que por la legislación sobre protección del empleo. Unos sistemas de subsidios de desempleo bien diseñados, junto con políticas activas del mercado de trabajo, parecen constituir la mayor garantía frente a los riesgos que presenta el mercado de trabajo.

En el contexto de la mundialización, del proceso de reconversión y de la progresión hacia una economía basada en el conocimiento, los mercados de trabajo europeos deben ser a la vez más inclusivos y reactivos ante la innovación y los cambios. Los trabajadores potencialmente vulnerables deben disponer de oportunidades sucesivas que les permitan avanzar socialmente para mejorar su movilidad y lograr que sus transiciones en el mercado de trabajo sean un éxito. Los marcos jurídicos que sustentan la relación laboral tradicional pueden no ofrecer un alcance o incentivos suficientes a los trabajadores con contratos de duración indeterminada clásicos para explorar oportunidades de una mayor flexibilidad del trabajo. La buena gestión de la innovación y del cambio implica que los mercados de trabajo tengan en cuenta tres aspectos principales: flexibilidad, seguridad de empleo y segmentación. El presente Libro Verde tiene como objetivo estimular el debate sobre la necesidad de un marco reglamentario más reactivo para reforzar la capacidad de los trabajadores de anticipar y

gestionar los cambios, con independencia de su tipo de contrato (duración indeterminada o duración determinada atípica).

Preguntas

- 1 En su opinión, ¿cuáles serían las reformas prioritarias del Derecho laboral?
- 2 ¿Puede contribuir la adaptación del Derecho laboral y de los convenios colectivos a la mejora de la flexibilidad, a la seguridad de empleo y a la reducción de la segmentación del mercado de trabajo? En caso afirmativo, ¿de qué manera?
- 3 ¿La reglamentación existente (en forma de leyes o de convenios colectivos) frena o estimula a las empresas y a los trabajadores en sus esfuerzos por aprovechar las oportunidades de incrementar la productividad y adaptarse a las nuevas tecnologías y a los cambios derivados de la competencia internacional? ¿Cómo se puede mejorar la calidad de la reglamentación aplicable a las PYME, preservando a la vez sus objetivos?
- 4 ¿Cómo se puede facilitar la contratación mediante contratos de duración indeterminada y determinada, bien por medios legislativos o convenios colectivos, para incrementar la flexibilidad de estos contratos y garantizar a la vez un nivel suficiente de seguridad de empleo y de protección social?

4. MODERNIZACIÓN DEL DERECHO LABORAL - PREGUNTAS PARA EL DEBATE

A) TRANSICIONES PROFESIONALES

En la mayoría de los Estados miembros, las legislaciones laborales y de seguridad social se han diseñado para garantizar la protección de los trabajadores por cuenta ajena en empleos particulares. Quizás no basten para ayudar a los trabajadores en su transición de una situación a otra, bien en el marco de interrupciones de trabajo involuntarias (por ejemplo, despido y desempleo) o voluntarias (por ejemplo, permisos de formación, responsabilidades familiares, excedencias y permisos parentales). También deben resolverse los problemas de las mujeres, representadas de manera desproporcionada en estas nuevas formas de trabajo y que todavía afrontan obstáculos para acceder plenamente a los derechos y prestaciones sociales.

Las posibilidades de acceder al mercado de trabajo, quedarse y progresar en el mismo varían considerablemente, dado que la legislación sobre protección del empleo y la reglamentación de los contratos a escala nacional inciden fuertemente en las transiciones entre las situaciones laborales, especialmente en lo relativo a la situación de los desempleados de larga duración y de los «periféricos». Entre las medidas de Derecho laboral que facilitan las transiciones en el mercado de trabajo, fruto del diálogo social a escala nacional, figuran la Ley neerlandesa sobre flexibilidad y seguridad de 1999, la Ley austriaca sobre las indemnizaciones por despido (*Abfertigungsrecht*) de

2002²⁶, y el Decreto español de junio de 2006 que permite la conversión de los contratos de duración determinada en contratos de duración indeterminada con indemnizaciones por despido reducidas²⁷. La reforma austriaca constituye un ejemplo interesante de la evolución radical de un sistema basado en la relación de trabajo tradicional entre un trabajador y una empresa a su sistema más global basado en un fondo de ayuda a los trabajadores a nivel nacional. Queda suprimida la relación entre despido por un empleador y pago de una indemnización única de despido. Estas nuevas normas permiten a los trabajadores abandonar un empleo cuando encuentran otro, en vez de quedarse en el primero por temor a perder las indemnizaciones a que tienen derecho. La reforma ha permitido descartar de una vez la amenaza que podía suponer para la existencia de una empresa la obligación repentina de sufragar de una vez el coste de los despidos, mientras que la contribución de un empleador al fondo de ayuda a los trabajadores puede extenderse a lo largo del tiempo. Desde el punto de vista del trabajador, este nuevo sistema reduce el coste de la movilidad profesional en la medida en que los trabajadores ya no pierden la totalidad de sus derechos de indemnización por despido al aceptar un nuevo empleo.

La adopción de un enfoque del trabajo basado en el ciclo de vida puede suponer que se preste menor importancia a la protección de los empleos particulares y se otorgue mayor importancia a un marco de apoyo que garantice la seguridad del empleo, incluida una ayuda social y medidas activas de apoyo a los trabajadores durante los periodos de transición. Esto es lo que ha hecho Dinamarca al combinar una legislación de protección del empleo «más ligera» con una intensificación de las medidas activas del mercado de trabajo, una inversión considerable en la formación y unos subsidios de desempleo generosos supeditada a condiciones estrictas.

Preguntas

- 1 ¿Merecería la pena contemplar una combinación entre una relajación de la legislación de protección del empleo y una asistencia adecuada a los desempleados, en forma de compensaciones por pérdida de ingresos (políticas pasivas del mercado de trabajo) y también mediante políticas activas del mercado de trabajo?
- 2 ¿Cuál puede ser la función de la Ley o de los convenios colectivos negociados entre los interlocutores sociales en el fomento del acceso a la formación y las transiciones entre las distintas formas de contratos para sostener la movilidad vertical a lo largo de una vida profesional plenamente activa?

B) INSEGURIDAD JURÍDICA

La aparición de distintas formas de trabajo atípicas difumina las fronteras entre el Derecho laboral y el Derecho mercantil. La distinción binaria tradicional entre trabajador por cuenta «ajena» y trabajador por cuenta propia ya no refleja fielmente la realidad económica y social del trabajo. Pueden surgir diferencias sobre la condición jurídica de

una relación laboral cuando está oculta o si surgen verdaderas dificultades de ajuste entre unas nuevas modalidades de trabajo dinámicas y la relación laboral tradicional.

Existe trabajo oculto cuando una persona trabajadora por cuenta ajena no está considerada como tal, para disimular su verdadera situación jurídica y evitar determinados costes como los impuestos y las cotizaciones de seguridad social. Esta práctica ilegal puede proceder de un uso indebido de las disposiciones del Derecho civil o mercantil.

Las medidas adoptadas a nivel nacional para combatir el fenómeno del trabajo oculto, a menudo elaboradas en colaboración con los interlocutores sociales, van desde la introducción de normas de presunción legal obligatoria²⁸, hasta un mayor control de la aplicación de la legislación, y también incluyen campañas específicamente dirigidas e iniciativas especiales de información y sensibilización²⁹. Debido a una definición legal confusa del estatuto de trabajador por cuenta propia en los marcos jurídicos y administrativos nacionales, determinados individuos, que piensan ser «trabajadores por cuenta propia», pueden ser clasificados a menudo como trabajadores por cuenta ajena por las administraciones fiscales o de seguridad social, lo que puede obligar al trabajador por cuenta propia/ajena y a su cliente/empleador principal a pagar cotizaciones sociales adicionales³⁰. La Comisión ha destacado que los Estados miembros³¹ son los principales responsables de resolver el problema de las personas que se hacen pasar por trabajadores por cuenta propia con el propósito de eludir la legislación nacional³².

La noción de «*trabajo económicamente dependiente*» abarca situaciones que se hallan entre las nociones claramente definidas de trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia. Esta categoría de trabajadores carece de contrato de trabajo. No depende de la legislación laboral, dado que ocupa una «zona gris» entre el Derecho laboral y el Derecho mercantil. Aunque son oficialmente «trabajadores por cuenta propia», estos trabajadores dependen económicamente de un solo empresario o cliente/empleador para la obtención de sus ingresos³³. Este fenómeno debería diferenciarse claramente de la falsa utilización, de forma deliberada, de la calificación de trabajo por cuenta propia. Algunos Estados miembros ya han adoptado medidas legislativas para proteger la situación jurídica de los trabajadores por cuenta propia económicamente dependientes y vulnerables³⁴.

Si bien es cierto que estos enfoques han sido en cierta medida preliminares y parciales, reflejan no obstante los esfuerzos realizados por los legisladores, los tribunales y los interlocutores sociales para resolver los problemas que se plantean en este ámbito complejo. El «enfoque orientado» del Reino Unido, que introduce en la legislación laboral distintos derechos y obligaciones para los *employees* («empleados») y los *workers* («trabajadores») es un ejemplo de la manera en que determinadas categorías de trabajadores vulnerables con relaciones laborales complejas reciben derechos mínimos sin beneficiarse de la totalidad de los Derechos laborales que confieren los contratos de trabajo clásicos³⁵. Los derechos relacionados con

la protección frente a la discriminación, la protección de la salud y la seguridad, las garantías de salario mínimo, así como la protección de los derechos de negociación colectiva, se han ampliado selectivamente a los trabajadores económicamente dependientes en varios Estados miembros. Otros derechos, en especial los relativos al preaviso y al despido, tienden a concederse únicamente a los trabajadores por cuenta ajena permanentes que hayan cumplido un determinado período de trabajo ininterrumpido.

A escala comunitaria, la reglamentación de las condiciones de trabajo de los agentes comerciales autónomos muestra que las normas del mercado interior pueden acercarse a determinados aspectos del Derecho laboral. Para garantizar la protección mínima de los agentes comerciales independientes en sus relaciones con sus poderdantes, la Directiva 86/653/CEE³⁶ contiene disposiciones relativas, entre otras cosas, al pago de su remuneración; las condiciones de transformación de los contratos de duración determinada en contratos de duración indeterminada; y la indemnización por el perjuicio causado por la terminación de un contrato.

Se ha defendido la introducción de determinadas obligaciones mínimas en todos los contratos de trabajo individuales de servicios efectuados por trabajadores por cuenta propia económicamente dependientes³⁷. Aunque aumenten la seguridad y la transparencia y garanticen un nivel de protección mínimo para los trabajadores por cuenta propia, estas obligaciones podrían limitar el alcance de estas disposiciones contractuales.

Preguntas

- 1 ¿Deben aclararse las definiciones jurídicas nacionales del trabajo por cuenta ajena y del trabajo por cuenta propia para facilitar las transiciones de buena fe entre el estatuto de trabajador por cuenta ajena y el de trabajador por cuenta propia y viceversa?
- 2 ¿Es necesario un «conjunto de derechos mínimos» sobre las condiciones de trabajo de todos los trabajadores, con independencia de su contrato de trabajo? En su opinión, ¿cómo incidirían estas obligaciones mínimas en la creación de empleo y en la protección de los trabajadores?

C) RELACIONES DE TRABAJO TRIANGULARES

El desarrollo del trabajo mediante empresas de trabajo temporal ha conducido a la modificación de las legislaciones laborales de determinados Estados miembros para definir las responsabilidades respectivas del cesionario y de la empresa usuaria, con objeto de proteger los derechos de los trabajadores. La «relación de trabajo triangular» entre una empresa usuaria, un trabajador por cuenta ajena y una empresa de trabajo temporal corresponde por lo general a la situación en la que esta última contrata a un trabajador y después lo cede a una empresa usuaria para efectuar prestaciones en virtud de un contrato mercantil. La «dua-

lidad de empleadores» resultante aumenta la complejidad de la relación laboral³⁸.

En la mayoría de los Estados miembros, el trabajo mediante empresas de trabajo temporal se rige por un conjunto de leyes, convenios colectivos y autorregulaciones³⁹. La propuesta de la Comisión relativa a las condiciones de trabajo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal busca establecer un principio de no discriminación que garantice a estos trabajadores un trato no menos favorable que los trabajadores «permanentes» de una «empresa usuaria»⁴⁰.

Pueden plantearse problemas similares cuando los trabajadores se ven inmersos en largas cadenas de subcontratación. Varios Estados miembros han intentado solventar estos problemas mediante un sistema de responsabilidad conjunta y solidaria de los contratistas principales con respecto a las obligaciones de sus subcontratistas. Este sistema insta a los contratistas principales a vigilar el cumplimiento de la legislación laboral por parte de sus socios comerciales. No obstante, se ha alegado que estas normas podrían reducir la subcontratación por parte de empresas extranjeras y, por consiguiente, afectar a la libre prestación de servicios en el mercado interior. La jurisprudencia reciente relativa al desplazamiento de trabajadores ha establecido que este sistema constituía una modalidad de procedimiento aceptable que permite salvaguardar el derecho al salario mínimo, a condición de que esta forma de protección de los trabajadores sea necesaria y proporcionada, y se ajuste al interés general⁴¹.

Preguntas

- 1 ¿Piensa que deberían precisarse las responsabilidades de las distintas partes en las relaciones laborales múltiples para determinar quién es responsable del cumplimiento de los derechos de los trabajadores? ¿Sería factible y eficaz recurrir a la responsabilidad subsidiaria para determinar esta responsabilidad en el caso de los subcontratistas? En caso negativo, ¿cree que existen otros medios que permitan garantizar una protección suficiente de los trabajadores participantes en «relaciones de trabajo triangulares»?
- 2 ¿Es necesario clarificar el estatuto de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal?

D) ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

La falta de acuerdo durante el Consejo extraordinario EPSCO de 7 de noviembre de 2006 muestra las especiales dificultades persistentes, en determinados sectores como la salud, con respecto a las disposiciones de la Directiva 2003/88/CE y la jurisprudencia pertinente del TJCE⁴².

La Comisión está reexaminando actualmente la situación a la vista del bloqueo en el Consejo.

Pregunta

- 11 ¿Cómo se podrían modificar las obligaciones mínimas en materia de ordenación del tiempo de trabajo para ofrecer mayor flexibilidad a los empleadores

y a los trabajadores, garantizando al mismo tiempo un nivel elevado de protección de la salud y de la seguridad de los trabajadores? ¿Qué aspectos organizativos del ordenamiento del tiempo de trabajo debe abordar prioritariamente la Comunidad?

E) MOVILIDAD DE LOS TRABAJADORES

La aplicación coherente del Derecho laboral de la UE puede verse amenazada, especialmente en el contexto de las actividades de las empresas y del suministro de servicios transnacionales, debido a la variedad de definiciones de trabajador que ofrecen las distintas directivas. Esto afecta especialmente a la situación de los trabajadores fronterizos⁴³.

Con excepción del ámbito particular de la libre circulación de los trabajadores, la mayoría de los textos legislativos de la UE sobre Derecho laboral dejan a los Estados miembros la tarea de definir el concepto de «trabajador». Según algunas opiniones, los Estados miembros deberían mantener su autoridad para decidir la extensión de la definición de «trabajador» que figura en las distintas directivas. No obstante, esta referencia constante al Derecho nacional en detrimento del Derecho comunitario podría debilitar la protección del trabajador, especialmente si se tiene en cuenta la libre circulación. Las distintas definiciones de trabajador han planteado dificultades, especialmente en el marco de la aplicación de las directivas sobre el desplazamiento de los trabajadores y las transferencias de empresas. En tales circunstancias, los distintos alcances de las definiciones de «trabajador» difícilmente pueden conciliarse con los objetivos de política social de la Comunidad para lograr un equilibrio entre la flexibilidad y la seguridad para los trabajadores.

Pregunta

- 12 ¿Cómo pueden garantizarse en toda la Comunidad los derechos laborales de los trabajadores que efectúan prestaciones en un contexto transnacional, especialmente los trabajadores fronterizos? ¿Piensa que es necesario mejorar la coherencia de las definiciones de «trabajador» que figuran en las directivas europeas para garantizar que estos trabajadores puedan gozar de sus derechos laborales con independencia del Estado miembro en que se encuentren trabajando? ¿O estima que los Estados miembros deberían mantener su autoridad en este ámbito?

F) ASPECTOS DEL CONTROL DE LA APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN Y TRABAJO NO DECLARADO

Los mecanismos de control de la aplicación de la legislación deberían bastar para garantizar el buen funcionamiento y la adaptabilidad de los mercados de trabajo, evitar las violaciones de Derecho laboral a escala nacional y proteger los derechos de los trabajadores en el naciente

mercado del trabajo europeo⁴⁴. En este contexto, el trabajo no declarado constituye un aspecto especialmente preocupante y persistente en nuestros mercados de trabajo actuales, relacionado a menudo con movimientos transfronterizos de mano de obra. Principal factor de dumping social, no sólo es responsable de la explotación de los trabajadores, sino también de distorsiones de competencia. En octubre de 2003, el Consejo adoptó una Resolución en la que instaba a los Estados miembros a resolver este problema⁴⁵. Entre las medidas propuestas figuran medidas preventivas y sanciones, y también colaboraciones entre los interlocutores sociales y las autoridades públicas a escala nacional para luchar contra el trabajo no declarado. En la actualidad, estas medidas consisten en una mezcla de medidas de fomento de la transformación del trabajo no declarado en empleo regular; sanciones y multas; vínculos reforzados con el sistema fiscal y las prestaciones sociales; y una simplificación administrativa o fiscal.

Para la UNICE/UEAPME, el CEEP y la CES, este problema forma parte, en el marco del equilibrio que debe encontrarse entre flexibilidad y seguridad, de las cuestiones que deben ser objeto de un análisis común en el programa de trabajo de los interlocutores sociales europeos para 2006-2008⁴⁶.

Los ministerios de trabajo y sus servicios desempeñan una labor fundamental para controlar la aplicación de la Ley, recabar datos fidedignos sobre las tendencias del mercado de trabajo y la evolución de las formas de trabajo y de empleo, y adoptar sanciones efectivas y disuasorias para combatir el trabajo no declarado y las relaciones laborales ocultas. En el caso de los trabajadores móviles del transporte por carretera y marítimo, el carácter transnacional

y extraterritorial de estos sectores dificulta particularmente el control de la aplicación de la Ley⁴⁷.

Es necesaria una cooperación más eficaz entre los distintos órganos gubernamentales de control de la aplicación de la Ley, en especial, la inspección de trabajo, la administración de la seguridad social y la administración fiscal. El fortalecimiento de los recursos y la mejora de las prácticas de estas autoridades de control y su colaboración con determinados interlocutores pueden contribuir a reducir las causas del trabajo no declarado.

Una cooperación administrativa reforzada a escala de la UE también puede ayudar a los Estados miembros a detectar y combatir los abusos e infracciones de las normas de Derecho laboral, garantizando de este modo el respeto del Derecho comunitario. El artículo 10 CE establece una norma general que impone a los Estados miembros y a las instituciones de la Comunidad obligaciones recíprocas de cooperación y asistencia efectivas y exige que adopten las medidas adecuadas para facilitar a la Comunidad el cumplimiento de su misión. Las prácticas ilegales de carácter internacional no hacen sino destacar la necesidad de una mayor cooperación a escala de la UE para mejorar las estrategias y los medios de inspección utilizados para analizar las prácticas y las condiciones de trabajo.

Pregunta

- 1 ¿Piensa que es necesario reforzar la cooperación administrativa entre las autoridades competentes para que puedan controlar más eficazmente el respeto del Derecho laboral comunitario? ¿Piensa que los interlocutores sociales pueden desempeñar un papel en esta cooperación?

- 2 ¿Opina que son necesarias otras iniciativas a escala de la UE para sostener la acción de los Estados miembros en la lucha contra el trabajo no declarado?

NOTAS

1. «Ha llegado la hora de acelerar». Informe Anual sobre el Crecimiento y el Empleo 2006 de la Comisión Europea, p. 6 e Informe conjunto del Consejo y de la Comisión sobre el empleo 2005/2006, pp. 6 y 12

2. *Ibid.*

3. El estudio de investigación titulado «The Employment Status of Individuals in Non-Standard by Employment», de B. Burchill, S. Deakin, S. Honey, UK Department of Trade and Industry (1999), califica las formas atípicas de empleo como distintas del modelo de relación laboral «permanente» o de duración indeterminada construida en torno a la semana de trabajo a tiempo completo.

4. Jobs: Creating more employment in Europe. Informe del Grupo Europeo de Empleo, noviembre de 2003, p. 9.

5. *Ibid.*, capítulo 2, p. 30.

6. Directrices integradas para el crecimiento y el empleo (2005-2008) (adoptadas el 12.7.2005), [DO L 205 de 6 de agosto de 2005, p. 21].

7. El Derecho laboral no es el único factor pertinente en este contexto. Las Directrices integradas para el crecimiento y el empleo reconocen que también puede ser necesaria una revisión de la presión fiscal para facilitar la creación de empleo, especialmente para los empleos con bajos salarios. En este sentido, un desplazamiento de la presión fiscal sobre el trabajo hacia el consumo o la contaminación también puede ayudar notablemente. El presente Libro Verde no aborda la inmigración económica, tema que trata la política común de inmigración.

8. Se invita a presentar contribuciones mediante el formulario electrónico que puede encontrarse en la siguiente dirección del sitio de la Comisión Europea: http://europa.eu.int/yourvoice/consultations/index_es.htm.
9. Perspectivas de Empleo de la OCDE para 2004, capítulo 2, Normativa sobre protección del empleo y resultados del mercado de trabajo.
10. Informe conjunto sobre el empleo 2005-2006.
11. Comisión Europea, Programa de acción para la aplicación de la Carta, noviembre de 1989.
12. Directiva 97/81/CE relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES.
13. Directiva 99/70/CE relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.
14. A petición de los interlocutores sociales, la Comisión encargó un estudio a Adalberto Perulli: «Economically dependent / quasi-subordinate (parasubordinate) employment: legal, social and economic aspects» (2002).
15. COM(2002) 149 de 20 de marzo de 2002, que se presentó tras un intento frustrado de los interlocutores sociales por alcanzar un acuerdo, y modificada posteriormente por COM(2002) 701, de 28 de noviembre de 2002.
16. The Evolution of Labour Law (1992-2003), vols. I y II. Se elaboró un informe general con un panorama global de la evolución del Derecho laboral en la EU-15.
17. Véanse también las conclusiones finales de la conferencia de la Presidencia neerlandesa, Leiden, 2004: http://internationalezaken.szw.nl/index.cfm?fuseaction=dsp_document&link_id=44922#3738600
18. Observatorio europeo de las PYME nº 7, Recruitment of employees: Administrative burdens on SMEs in Europe, 2002, p. 11.
19. Directrices para el empleo (2005-08): indicador del número total de trabajadores por cuenta ajena con contratos a tiempo parcial o de duración determinada y del número total de trabajadores por cuenta propia en porcentaje del número de personas con empleo, en base a la Encuesta de población activa de la Unión Europea, 2005, ESTAT.
20. El empleo en Europa, 2006, anexo estadístico. Los contratos de trabajo a tiempo parcial pueden ser de duración indeterminada y de terminada. Los últimos datos sobre la percepción de los trabajadores de sus condiciones de trabajo que figuran en el cuarto sondeo sobre las condiciones de trabajo de la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo muestran que el 68 % de los trabajadores a tiempo parcial están satisfechos con su tiempo de trabajo, frente al 23 % que desearía trabajar más horas y el 9 % que desearía trabajar menos horas.
21. *Ibid*, también Relaciones laborales en Europa, 2004. El trabajo por cuenta propia es especialmente importante en Polonia, Hungría, Lituania, Letonia y Estonia en lo que se refiere a los nuevos Estados miembros de la UE, así como en el Reino Unido, Irlanda, Portugal y los Países Bajos.
22. Precarious Employment in Europe: A comparative study of labour market related risks in flexible economies. Informe final ESOPE, Dirección General de Investigación, 2004.
23. El empleo en Europa, 2004, p.15 y capítulo 4. Huelga decir que no todos los contratos atípicos pueden considerarse precarios.
24. El empleo en Europa, 2004, capítulo 4, p. 181.
25. El empleo en Europa, 2006, p. 181 y siguientes.
26. Véanse los comentarios sobre estos ejemplos citados en el Informe del Grupo Europeo de Empleo, pp. 33 y 35; y también las Perspectivas de Empleo de la OCDE para 2004, capítulo 2.
27. Véase el informe en línea del Observatorio europeo de relaciones industriales de agosto de 2006, <http://www.eiro.eurofound.eu.int/2006/05/articles/es0605019i.html>.
28. La Ley neerlandesa de flexibilidad y seguridad de 1999 introdujo una presunción legal obligatoria según la cual existe contrato de trabajo cuando se efectúa un trabajo para otra persona a cambio de una remuneración semanal o durante al menos veinte horas al mes durante tres meses consecutivos.
29. Tras la reciente celebración de acuerdos entre los interlocutores sociales en Irlanda y España, los Gobiernos de estos países han decidido aumentar el número de inspectores de trabajo.

30. Segunda carrera: salvar los obstáculos que encuentran los trabajadores asalariados que desean establecerse como autónomos o crear su propia empresa. Dirección General de Empresa, Comisión Europea (2004), pp. 8, 29-31.
31. Las organizaciones de interlocutores sociales han observado que el falso trabajo por cuenta propia, la oferta ficticia de servicios y el desarrollo de cadenas de subcontratación se utilizan para soslayar las restricciones transitorias para el acceso a determinados mercados de trabajo nacionales establecidas tras la ampliación. Véase el Informe sobre el funcionamiento de las disposiciones transitorias contempladas en el Tratado de Adhesión de 2003, COM(2006) 48 de 8.2.2006.
32. Por consiguiente, la Comisión se felicita por la adopción en junio de 2006 de una recomendación sobre la relación laboral con motivo de la 95ª sesión de la Conferencia internacional del trabajo, que insta a los Estados miembros, en consulta con los interlocutores sociales, a formular y adoptar políticas nacionales que permitan revisar periódicamente el ámbito de aplicación de su legislación y, si procede, clarificarla y adaptarla para garantizar una protección efectiva de los trabajadores con una relación laboral. Este instrumento no vinculante adopta un enfoque estratégico que permite a los Estados definir en su legislación y en su práctica la naturaleza y la extensión de la protección conferida a los trabajadores en una relación laboral.
33. Esto no implica que tales trabajadores se encuentren en una situación precaria.
34. Por ejemplo, Italia y Alemania han identificado el concepto de «trabajadores asimilables a los trabajadores por cuenta ajena» correspondiente a la noción de «parasubordinación» en Derecho civil. En Alemania, las modificaciones del Código social introducidas en 1999 para regular la situación de los trabajadores económicamente dependientes desde el punto de vista de la seguridad social se revisaron ampliamente en 2002 (véase *The Evolution of Labour Law*, Vol. 2 pp 151-153). Por su parte, España contempla la adopción de un Estatuto de los trabajadores por cuenta propia, incluidos los trabajadores económicamente dependientes, tras el acuerdo celebrado el 26 de septiembre de 2006 entre el Gobierno español y los principales representantes de los trabajadores por cuenta propia.
35. Documento de reflexión del Ministerio británico de comercio y de industria, julio del 2002; Véase también *Success at Work: Protecting Vulnerable Workers, Supporting Good Employers*, Ministerio británico de comercio y de industria, marzo de 2006.
36. Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes.
37. Véase en especial Perulli, *op. cit.*, capítulo 3.
38. *Temporary Agency work in an enlarged European Union*, Fundación Europea, 2006, p. 1.
39. *Ibid.*
40. Propuesta modificada de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las condiciones de trabajo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal. COM(2002) 701.
41. A condición de que el sistema sea necesario y proporcionado, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictaminó que el artículo 5 de la Directiva 96/71/CE, interpretado a la luz del artículo 49 CE, no se opone al uso de este sistema como una medida adecuada en caso de incumplimiento de la Directiva. Véase la sentencia del TJCE de 12 de octubre de 2004 en el asunto C60/03 Wolff y Müller [2004] REC I-9553.
42. En particular las sentencias del TJCE de 3 de octubre de 2000 en el asunto C-303/98 (SIMAP) REC I7963; de 9 de octubre de 2003 en el asunto C-151/02 (Jäger) REC I-8389; y de 1 de diciembre de 2005 en el asunto C-14/04 (Dellas) REC I-10253.
43. Véase también la Resolución del Parlamento Europeo A5-0338/2000, DO C de 18.9.2001, 262, p. 148.
44. Véase el Informe de la OIT V(1) *La relación del trabajo* (2005), apartado 65. Véanse también las dificultades identificadas en el Informe sobre el funcionamiento de las disposiciones transitorias contempladas en el Tratado de Adhesión de 2003 y la Comunicación de la Comisión titulada «Orientaciones en relación con el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios», COM(2006) 159.
45. Resolución del Consejo relativa a la transformación del trabajo no declarado en empleo regular [DO C 260 de 29.10.2003].
46. Programa de trabajo de los interlocutores sociales europeos, 2006-2008, 23 de marzo de 2006.
47. Directiva sobre el tiempo de trabajo en el transporte por carretera. Disposiciones sobre los trabajadores por cuenta propia y el período nocturno, próximo informe de investigación para la DG TREN.

ESTUDIOS

El recurso de apelación y la doble instancia penal

Victor Moreno Catena

Sobre la distinción de Guenther Jakobs entre “derecho penal del ciudadano” y “derecho penal del enemigo”

Manuel Jiménez Redondo

La evolución de la política criminal de drogas en España

Juan Muñoz Sánchez

Tipos de discurso judicial en la *guerra contra el terrorismo*. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso

Boumediene contra Bush

Miguel Revenga Sánchez

RESUMEN

En este artículo se aborda el problema de la urgente regulación de la impugnación de las sentencias en el proceso penal español, exigida por la norma del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. A pesar de que la LO 19/2003 se ha pronunciado por instituir una doble instancia para todos los procesos penales, con independencia del sentido absolutorio o condenatorio del fallo de primera instancia, en el artículo se hace un análisis crítico del posible contenido de las impugnaciones y de los efectos no siempre deseables que derivarían de una doble instancia generalizada, defendiendo la implantación de un recurso de apelación limitado.”

PALABRAS CLAVE

PROCESO PENAL, DERECHO A LOS RECURSOS, APELACIÓN PENAL, DOBLE INSTANCIA PENAL, GARANTÍAS PROCESALES EN LOS RECURSOS, CONTENIDO DE LAS IMPUGNACIONES, LA PRUEBA EN APELACIÓN

ABSTRACT

This paper tackles the matter of the urgent regulation on appealing judgments in the Spanish criminal process, due to the rule established in the art.14.5 of the International Covenant on Civil and Political Rights. Although the LO 19/2003 had stipulated a double instance to all the criminal processes, regardless the absolving or condemning sense of first instance decision, in this article, there is a critical examination on the likely content of the appealments and their non-desirable effects, which would derive from a generalized double instance. It also defends the introduction of a limited process of appealing.

KEY WORDS

CRIMINAL PROCESS, RIGHT TO APPEAL, CRIMINAL APPEAL, DOUBLE CRIMINAL INSTANCE, PROCEDURAL GUARANTEES IN APPEALING, CONTENT OF APPEALS, PROOF IN APPEALING

EL RECURSO DE APELACIÓN Y LA DOBLE INSTANCIA PENAL

Víctor Moreno Catena

Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Carlos III de Madrid

Sumario: 1. Introducción. 2. Apelación y segunda instancia. 3. El principio de la instancia única en el proceso penal. 4. El derecho a los recursos y la impugnación de la sentencia condenatoria. 5. Las exigencias constitucionales de la impugnación de las sentencias penales: A) Los procesos penales de instancia única. B) La apelación contra sentencias absolutorias. La condena en apelación o en casación. C) La apelación contra sentencias dictadas en primera instancia por el Tribunal Supremo. 6. La respuesta de nuestro sistema de recursos a las exigencias del PIDCP. 7. La reforma de la LOPJ por la LO 19/2003. 8. La generalización de la segunda instancia penal. Más problemas que soluciones: A) La pretendida igualdad de las partes en la impugnación. B) El sentido y finalidad de los recursos en el proceso penal. Los límites del tribunal *ad quem*. 9. Los motivos de impugnación de las sentencias penales: A) El control de los defectos en el procedimiento y en las garantías procesales. B) El control de la interpretación y aplicación de la ley penal. C) El control de la motivación de la sentencia. D) El control sobre los errores de hecho. E) Los errores en la valoración de la prueba. 10. Un recurso de apelación limitado en el orden penal. La valoración de la prueba de instancia. 11. Nueva prueba en apelación. 12. El recurso de apelación limitado y el respeto de las garantías constitucionales. 13. El encaje del recurso de apelación penal en la organización judicial española.

1. INTRODUCCIÓN

En nuestro ordenamiento jurídico hay ciertas impugnaciones que deben decidirse por el propio tribunal que ha dictado una resolución; impugnaciones que algunos autores han denominado “remedios”, y que pretenderían una reconsideración de lo decidido, introduciendo argumentos o poniendo énfasis en aspectos que no hubieran sido tenidos en cuenta por el juzgador; son la reposición, la reforma o la súplica, los denominados recursos no devolutivos, por cuanto, de acuerdo con la antigua concepción de la jurisdicción, es el propio tribunal quien debe decidir sobre la solicitud impugnatoria de una parte procesal, conservando así la jurisdicción, evitando remitirla a los tribunales superiores.

Comúnmente la decisión sobre la impugnación de las resoluciones judiciales que se dictan en un proceso se residencia en un órgano superior y, por lo general, con mayor experiencia del tribunal de donde procede; esa impugnación puede alcanzar tanto la revisión del procedimiento seguido como del juicio expresado, permitiendo la confirmación de la decisión o su modificación, anulación o sustitución por otra.

Deben hacerse inicialmente algunas precisiones sobre las impugnaciones: en primer lugar, parece claro que la decisión del órgano que resuelve el recurso no evita absolutamente el acierto o error de la resolución que en definitiva prevalezca, aunque desde luego mediante el doble examen, o el examen de los defectos

denunciados por el recurrente, se puede lograr un mayor acierto en la decisión.

En segundo término, el sistema de recursos permite un control interno de las resoluciones dentro del propio aparato judicial, pues la instancia superior podrá revisar la motivación de la resolución recurrida, que es un elemento capital de la legitimación de la potestad jurisdiccional en el Estado de Derecho, además de formar parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE, en relación con el art. 120.3); derecho fundamental que comprende el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, prohibiendo las actividades de deducción y de decisión internas o secretas, de modo que lo resuelto debe aparecer expresado y fundado en toda su extensión, dando a conocer que la actuación del juzgador no ha sido arbitraria, irracional, o absurda.

En tercer lugar, al propio tiempo, la instauración de los recursos contra las decisiones judiciales incorpora al sistema de justicia un factor relevante de pacificación social en la solución de los conflictos jurídicos que representa una de las finalidades de la jurisdicción; con la interposición de un recurso, la parte que no ha visto reconocidos o satisfechos sus derechos del modo en que los había planteado en el proceso, aquel a quien la resolución le produce un gravamen, tiene la oportunidad de acudir a otro tribunal para obtener exactamente sus pretensiones.

2. APELACIÓN Y SEGUNDA INSTANCIA

La apelación ha sido concebido tradicionalmente como el recurso ordinario por antonomasia, porque, en general, puede interponerse contra todas las resoluciones definitivas dictadas por el tribunal de la primera instancia y porque no responde a unos concretos motivos en los que deba sustentar la apelación el recurrente, sino que se abre a examinar cualquier infracción cometida por el órgano inferior.

La apelación es una impugnación que se plantea contra una resolución perjudicial para el apelante y que se solventa por un órgano superior que resuelve de nuevo, en una segunda decisión que puede declarar la nulidad o la invalidez de la primera, por apreciar un vicio procesal, o bien puede modificar el juicio del órgano inferior por considerarlo erróneo, aun cuando la decisión se haya adoptado válidamente; es decir, la apelación sirve tanto para denunciar los defectos de la actividad procesal (medio de impugnación) como para evidenciar y corregir los errores o desviaciones en el juicio lógico (medio de gravamen).

Por lo tanto, su carácter ordinario y devolutivo (devuelve la jurisdicción al superior en aquello que se ha impugnado —*tantum appellatum quantum devolutum*—), implica que el órgano de la apelación tiene la misma competencia que el de la primera instancia para conocer del litigio en los términos en que el recurso se ha planteado; su decisión tiene como presupuesto el gravamen de quien recurre y como límites los términos en que el apelante formula su impugnación.

El recurso de apelación abre también la segunda instancia, es decir, la posibilidad de que el tribunal de apelación se pronuncie sobre la totalidad de las cuestiones que fueron objeto de debate en la primera instancia ante el tribunal inferior. Esto supone que, sin motivos tasados, se puedan revisar tanto el cumplimiento de las normas procesales en las actuaciones de la instancia como la totalidad de la sentencia, comprendiendo no sólo la aplicación del Derecho sino también las cuestiones de hecho, con la posibilidad de practicar nuevas pruebas.

Para eso debe haberse impugnado una resolución definitiva, que decida y cierre la primera instancia; por tanto, no hay segunda instancia cuando se impugnan, aunque sea a través del recurso de apelación, resoluciones interlocutorias o incidentales que no pongan término al proceso, porque entonces la competencia del órgano de apelación no podrá alcanzar el pleno conocimiento del asunto.

En algunos ordenamientos jurídicos se ha concebido la segunda instancia como un

nuevo juicio, la llamada apelación plena, en la que el tribunal superior recibe *ex novo* todos los materiales de hecho de la primera; se permitiría aportar ante él cualquier material nuevo, completar las pretensiones planteadas en la primera instancia e incluso ejercitar nuevas pretensiones, de modo que ocupa la misma posición frente al asunto que el de la primera instancia.

En el derecho español la apelación y la segunda instancia se han diseñado tradicionalmente como una apelación limitada, es decir, una *revisio prioris instantiae*, de modo que sólo cabe la denuncia de la resolución impugnada a partir de los mismos materiales de la primera instancia, aunque se permite con carácter excepcional la aportación de nuevos elementos de prueba.

Así pues, el tribunal superior se halla consuetudinario al examen y crítica de la actividad desarrollada por el órgano de la primera instancia, de modo que se revisan los hechos, las pruebas y la motivación de una manera mediata o indirecta.

Ahora bien, la posibilidad de que el apelante pretenda en el recurso un pronunciamiento del órgano superior sobre cualquiera de los defectos en que se hubiera incurrido en el procedimiento o en la resolución recurrida, no obsta para que se pueda exigir que el recurso sea fundado, es decir, que el apelante dé a conocer desde el primer momento cuáles son los puntos por los que pretende que la decisión de primera instancia sea revocada, aunque la ley no establezca motivos tasados para referir solamente a ellos la impugnación, puesto que se trata de un recurso ordinario.

3. EL PRINCIPIO DE LA INSTANCIA ÚNICA EN EL PROCESO PENAL

La instauración en la Francia revolucionaria del enjuiciamiento penal por jurados a finales del siglo XVIII (1791), tomado del derecho inglés, provocó una auténtica convulsión en el modo de concebirse y desarrollarse el proce-

so penal, pues decidiendo de acuerdo con lo sucedido en el juicio, además de introducir la publicidad, la oralidad, la inmediación en la práctica de las pruebas y la libre valoración de las mismas, rompió con el viejo sistema de las sucesivas instancias en todos los procedimientos.

Como consecuencia de la instauración del jurado se consagró el principio de la instancia única, como principio rector del proceso penal, en el *Code d'instruction criminelle* (1808) y luego en todos los Códigos procesales penales del siglo XIX. Se entendía que una segunda instancia, en la que se pudiese revisar o controlar la decisión de los jurados, no era admisible, pues de una parte resultaba inviable la fiscalización de una decisión que era inmotivada por su propia naturaleza y por el modo de adoptarse, debido a que las pruebas se debieron haber apreciado en conciencia; de otra parte, no era posible la revisión de la decisión de fondo porque la segunda instancia produciría entonces una suerte de fraude a la participación popular en la justicia, ya que no se respetaría la soberanía popular, manifestada en el veredicto de los jurados, si se permitiera que un tribunal superior pudiera revocar la decisión soberana de éstos, y a este propósito resultaba indiferente que el tribunal superior estuviera formado por magistrados profesionales, cuyo criterio hubiera de prevalecer sobre el de los ciudadanos, o por otros ciudadanos jurados, que no tendrían mayor legitimación que los primeros.

En el juicio por jurados se estableció la posibilidad de la “devolución del veredicto” por error grave o manifiesto, por incongruencia o por oscuridad; asimismo se introdujo el recurso de revista, una especie de recurso de nulidad del veredicto, cuando éste fuera manifiestamente injusto en la declaración de culpabilidad o inocencia, en opinión unánime del tribunal de derecho, en cuyo caso había que volver a constituir un nuevo jurado.

Con carácter general, incluso después de desaparecer la forma inglesa de jurado en Francia, se mantuvo el principio de la instancia única en el proceso penal, como uno de los logros del nuevo sistema de enjuiciamiento

to (así lo pondera de modo entusiasta la exposición de motivos de nuestra LECRIM de 1882); con lo cual, ante la falta de un recurso ordinario contra las sentencias dictadas en instancia única, se ampliaron los motivos de un recurso extraordinario como el de casación.

4. EL DERECHO A LOS RECURSOS Y LA IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA CONDENATORIA

La jurisprudencia constitucional española ha elevado el derecho a los recursos, es decir, el derecho a la impugnación de las resoluciones judiciales gravosas para un litigante, al rango de derecho fundamental, formando parte del derecho a la tutela judicial efectiva. Se trata, como sostiene el Tribunal Constitucional, de un derecho de configuración legal, que no exige establecer impugnaciones en todos los casos, sino que impone el acceso a los recursos solamente cuando la ley procesal los hubiera previsto para un proceso en concreto, dejando al criterio del legislador ordinario la fijación del fijar el ámbito de las resoluciones recurribles, los presupuestos de interposición del recurso, el órgano competente para resolver, o el procedimiento que deba seguirse.

Como expresaba a este propósito la STC 214/03, de 1 de diciembre (FJ 3)

Desde la STC 37/1995, de 7 de febrero, este Tribunal viene manteniendo de modo constante en el tiempo que, así como el acceso a la jurisdicción es un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 CE, el sistema de recursos frente a las diferentes resoluciones judiciales ha de incorporarse al mencionado derecho fundamental proclamado en el citado art. 24.1 CE en la concreta configuración que reciba en cada una de las leyes de enjuiciamiento que regulan los distintos órdenes jurisdiccionales, con la excepción del orden jurisdiccional penal, en razón de la existencia en él de un derecho del condenado al doble grado de jurisdicción. De esa circunstancia extrajimos a partir de la STC 119/1998, dictada por el Pleno de este Tribunal el 4 de junio de dicho año, las siguientes conclusiones:

“Mientras que el derecho a una respuesta judicial sobre las pretensiones esgrimidas goza de naturaleza constitucional, en tanto que deriva directamente del art. 24.1 CE, el derecho a la revisión de una determinada respuesta judicial tiene carácter legal. El sistema de recursos, en efecto, se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le otorga cada una de las leyes reguladoras de los diversos órdenes jurisdiccionales, sin que, como hemos precisado en el fundamento jurídico 5 de la STC 37/1995, ‘ni siquiera exista un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no existan, salvo en lo penal (SSTC 140/1985, 37/1988 y 106/1988)’. En fin, ‘no puede encontrarse en la Constitución —hemos dicho en el mismo lugar— ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos, siendo posible en abstracto su inexistencia o condicionar su admisibilidad al cumplimiento de ciertos requisitos. El establecimiento y regulación, en esta materia, pertenece al ámbito de libertad del legislador (STC 3/1983)’ (STC 37/1995, FJ 5).

Ahora bien, esta libertad para el legislador ordinario no es omnimoda, pues el derecho a los recursos se debe entender vulnerado cuando en un determinado orden jurisdiccional no se estableciera recurso alguno contra la totalidad de las resoluciones dictadas; cuando la admisibilidad de un recurso se hiciera depender de presupuestos meramente formalistas, o cuando los órganos judiciales interpretaran las normas impidiendo de hecho la utilización del recurso (entre otras, SSTC 59/84, 5/88, 20/91 y 161/92). Sin embargo, no se vulnera ese derecho cuando la ley no los hubiera establecido frente a una determinada resolución.

Estas consideraciones, que tienen sentido y alcance general, han de ser matizadas respecto del proceso penal, pues entonces hay que tener en cuenta que el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de Nueva York de 16 de diciembre de 1966 (PIDCP), reconoce que “toda persona declarada culpable de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal

superior conforme a lo prescrito en la ley”. Y que, en el artículo 2.1 del Protocolo Adicional nº 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), de 22 de noviembre de 1984, aun cuando todavía no ha sido suscrito por España, se dispone que “toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tiene derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sean examinadas por un tribunal superior”.

Por lo tanto, aunque con carácter general la Constitución española no reconoce un derecho al recurso, dejando libertad al legislador para diseñar el sistema de impugnación que considere oportuno, parece que en el proceso penal el derecho a recurrir debe entenderse incluido en el artículo 24 de la CE, pues interpretado desde la perspectiva del PIDCP, en aplicación del artículo 10 de la propia CE, el derecho a la tutela judicial efectiva exige ese reconocimiento.

Eso significa que existe una sustancial diferencia entre el orden penal y el resto de órdenes jurisdiccionales, pues debe entenderse que el derecho al recurso en el proceso penal —al menos el derecho a la impugnación de las sentencias condenatorias— forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 (STC 116/88) o, como en alguna ocasión ha sostenido el propio Tribunal Constitucional, del conjunto de garantías y derechos procesales del artículo 24.2 (STC 42/82), existiendo en cualquier caso un auténtico deber constitucional de prever un recurso (SSTC 42/82, 76/82, 3/83, o 230/93).

Así pues, es preciso abordar el encaje en nuestro ordenamiento de los mandatos de los textos internacionales citados, aunque durante más de un siglo ha regido en España pacíficamente el sistema de instancia única en el proceso penal.

A pesar de eso, el principio de la instancia única no ha operado en nuestro país de forma absoluta, pues en la actualidad tanto las sentencias dictadas en los juicios de faltas como en los procedimientos abreviados que se siguen ante los Juzgados de lo Penal, que representan

con gran diferencia el mayor número de resoluciones de la justicia penal, así como las sentencias dictadas por el magistrado-presidente del Tribunal del Jurado, pueden ser recurridas en apelación; por lo tanto, se mantiene la instancia única para las sentencias dictadas en los procesos por delitos más graves, que sólo pueden recurrirse en casación.

La situación no puede ser más paradójica, pues el condenado por delito más grave ve reducidas sus posibilidades de impugnación, pues sólo se abre para él al recurso de casación, limitándose la amplitud de la revisión del órgano *ad quem*.

5. LAS EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES DE LA IMPUGNACIÓN DE LAS SENTENCIAS PENALES

Desde luego que no resultan pacíficas las exigencias de nuestro ordenamiento jurídico acerca de la amplitud con que hayan de concebirse las disposiciones de los textos internacionales sobre derechos humanos que rigen en España y, por lo que aquí interesa, el recurso al que se refiere el PIDCP, tanto en lo referente a los hechos, como a la actividad probatoria o a la valoración de los resultados de la misma. No cabe duda de que esas disposiciones integran las propias garantías constitucionales españolas “por imperativo del artículo 10 de la CE”, y son aplicables actualmente en nuestro sistema procesal. Por consiguiente, deberá esclarecerse si la norma del Pacto impone una doble instancia penal generalizada, o se deja en manos del legislador nacional la configuración del recurso procedente.

El Dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU de 20 de julio de 2000 (CCPR/C/69/D/701/1996, caso Cesáreo Gómez Vázquez), por el que se estimaba una reclamación contra el Estado español, parece sostener que el artículo 14.5 del PIDCP exige una segunda instancia generalizada, una “revisión íntegra del fallo y la condena” (apartado

11.1), expresión que utiliza para describir el significado del “sometimiento a un tribunal superior” que establece el referido artículo 14.5. El Comité sigue diciendo que “la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación citada en el punto 3.2, limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14, del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, en violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto” (en el mismo sentido, se pronuncia el Comité en la comunicación CCPR/C/78/D/986/2001, caso de Joseph Se-mey, Dictamen de 30 de julio de 2003).

A) LOS PROCESOS PENALES DE INSTANCIA ÚNICA

El sistema español de recursos en el orden penal parte del principio de única instancia, estableciendo en el enjuiciamiento de los delitos más graves el recurso de casación como única vía de impugnación de las sentencias dictadas en estos procesos, mientras que se abre la apelación en los procesos por delitos menos graves, en los juicios de faltas y en los procesos de jurado.

Eso significa que en España existe un tratamiento diferente del derecho al recurso penal, porque en unos casos se permite una nueva cognición más o menos amplia (como la apelación) y en otros, precisamente cuando se trata de delitos más graves, sólo puede interponerse un recurso extraordinario (como la casación), por lo que la garantía procesal es inversamente proporcional a la gravedad de la pena. Debe hacerse notar que, a diferencia de lo que han hecho otros países, que han excepcionado la aplicación del artículo 14.5 del PIDCP a ciertas infracciones, España ratificó el Pacto de

Nueva York sin reserva ni declaración alguna, por lo que deberá atenerse a sus previsiones.

Pues bien, el órgano de interpretación del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, ha entendido que las exigencias del texto internacional no autorizan el sistema de recursos que el derecho español establece en el orden penal, y ha sostenido en el Dictamen de 7 de agosto de 2003 emitido en la comunicación CCPR/C/78/D/1007/2001 (apartado 7) que, como el Tribunal Supremo indicó explícitamente que no forma parte de sus funciones la realización de una nueva valoración del material probatorio en el que se basó el juzgador en primera instancia para dictar su fallo de condena, y no pudo revisar nuevamente las pruebas presentadas en primera instancia, ello equivalió a una violación del artículo 14, párrafo 5, al habersele denegado al autor la revisión íntegra de la sentencia y del fallo condenatorio (caso Manuel Sineiro Fernández; en el mismo sentido, Dictamen de 1 de noviembre de 2004, CCPR/C/82/D/1101/2002, caso José María Alba Cabriada).

Argumentaba el Dictamen del caso Gómez Vázquez que resulta incontestable la posibilidad de preguntarse si el sometimiento a un tribunal superior implica revisión íntegra del fallo y la pena, o se habilita a los legisladores para optar por un tipo de recurso más o menos amplio en cuanto al conocimiento del tribunal, ya que el propio precepto reconoce que ese sometimiento se hará “conforme a lo prescrito por la ley”, concluyendo que la obediencia al mandato del Pacto sólo se produce con una revisabilidad íntegra del fallo y de la pena.

Pues bien, en todo caso parece claro que el aludido precepto del texto internacional parte de un modelo procesal en el que habría de reconocerse al condenado el derecho a un recurso, con independencia de lo que se prevea para las partes acusadoras, que podrían resultar excluidas de la posibilidad de impugnación en caso de sentencia absolutoria o condenatoria sólo parcialmente. Claro es que la referencia exclusiva al condenado y a la sentencia de condena (“la revisión del fallo y de la pena impuesta”) evidentemente no limita en el orden

interno de los Estados signatarios ni el derecho al recurso para el resto de partes procesales, ni la posibilidad de recurrir la sentencia absolutoria.

B) LA APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS ABSOLUTORIAS. LA CONDENA EN APELACIÓN O EN CASACIÓN

Precisamente la posibilidad de articular un recurso contra sentencias absolutorias por parte de las acusaciones, con el resultado de una condena por el tribunal superior, ha llevado a algunos a sostener que una interpretación literal del artículo 14.5 del PIDCP obligaría a arbitrar un nuevo recurso para quien resultara condenado por vez primera en segunda instancia o en casación, lo que resultaría, según ellos, un absurdo irresoluble.

Sin embargo, el Comité de Derechos Humanos de la ONU parte de esa necesidad, considerando que la condena dictada por el tribunal de segundo grado supone una violación del PIDCP, si no se articula una nueva impugnación contra esa decisión. Así en el Dictamen de 22 de julio de 2005 (CCPR/C/84/D/1095/2002, caso Bernardino Gomariz Valera), se sostenía que “la circunstancia que una persona absuelta en primera instancia sea condenada en apelación por el tribunal de segunda instancia, en ausencia de una reserva por el Estado Parte, no puede por sí sola menoscabar su derecho a la revisión de su sentencia y condena por un tribunal superior” (apartado 7.1).

Esta doctrina se reitera en la Decisión de 31 de octubre de 2006 (CCPR/C/88/D/1325/2004, caso Mario Conde Conde), en la que se observó que “el Tribunal Supremo condenó al autor por un delito de falsedad en documento mercantil, cargo del que había sido absuelto en primera instancia, y que recalificó el delito de apropiación indebida como delito continuado, por lo que se consideró que no procedía la prescripción del mismo. Con base a estas consideraciones, dicho tribunal revocó parcialmente la sentencia de primera instancia y aumentó la pena impuesta, sin posibilidad

de que el fallo condenatorio y la pena fueran revisados por un tribunal superior conforme a la ley. El Comité considera que los hechos que tiene ante sí constituyen una violación del párrafo 5 del artículo 14”.

Con toda claridad lo afirma también el Comité en el Dictamen de 31 de octubre de 2006 (CCPR/C/88/D/1332/2004, caso Juan García Sánchez y Bienvenida González Clares), cuando sostiene que el artículo 14.5 “no sólo garantiza que la sentencia sea sometida a un tribunal superior como ocurrió en el caso de los autores, sino que la condena sea también sometida a una segunda instancia de revisión, lo que no ocurrió en el caso de los autores. El hecho de que una persona absuelta en primera instancia sea condenada en apelación por el tribunal de segunda instancia, no puede por sí sola menoscabar su derecho a la revisión de su sentencia y condena por un tribunal superior” (apartado 7.2).

Esta doctrina, y las consecuencias que derivan para los sistemas jurídicos del *civil law*, obliga a integrar lógicamente el artículo 14.5 del PIDCP en los ordenamientos nacionales de la Europa continental, en los que el sistema de recursos, garantizando la igualdad de las partes en el proceso, autorizan la impugnación de la sentencia por todas las partes, lo que implica no sólo que el condenado pueda recurrir, sino que el acusador pueda impugnar también la sentencia absolutoria.

A este respecto sostenía la STC 120/99 que “contra la previa absolución en primera instancia, ninguna vulneración comporta *per se* la declaración de un pronunciamiento condenatorio en segunda instancia, sin que por ello resulte constitucionalmente necesaria la previsión de una nueva instancia de revisión de condena que podría no tener fin”.

Es verdad que la STC 50/92 expresaba que la exclusión de recurso a quien fue condenado por vez primera en la apelación “absuelto antes en la instancia” no entraña vulneración de la presunción de inocencia, pero esa doctrina no resulta amparada por el órgano encargado de la interpretación del PIDCP. Esta doctrina fue

modificada por Sentencia 167/02 del Pleno del Tribunal Constitucional, y que ha sido reflejada posteriormente en otras sentencias del mismo Tribunal, como la 28/04, de 4 de marzo, en la que se prevé que “en efecto, la Sentencia 167/2002, que invocan los demandantes, revisó en sus fundamentos jurídicos 9, 10 y 11 la doctrina de este Tribunal relativa a la proyección de los principios de inmediación y contradicción sobre la segunda instancia en el proceso penal, en aquellos casos en que la Sentencia absolutoria dictada en la instancia es revocada en la apelación y sustituida por una Sentencia condenatoria. Tras examinar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al artículo 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (SSTEDH de 26 de mayo de 1988 —caso *Ekbatani contra Suecia*, §§ 24 y 27—; 29 de octubre de 1991 —caso *Helmers contra Suecia*, §§ 31 y 32—; 8 de febrero de 2000 —caso *Cooke contra Austria* y caso *Stefanelli contra San Marino*—; 27 de junio de 2000 [PROV 2000\178341] —caso *Constantinescu contra Rumanía*, § 53—; y 25 de julio de 2000 —caso *Tierce y otros contra San Marino*—) el Pleno del Tribunal Constitucional llegaba a la conclusión de que «si bien no cabe afirmar que como consecuencia de que un Tribunal de apelación esté investido de plenitud de jurisdicción, tal circunstancia ha de implicar siempre... el derecho a una audiencia pública en segunda instancia... sin embargo, cuando el Tribunal de apelación ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de Derecho, y en especial cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que la apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo examen por el Tribunal de apelación de la declaración de culpabilidad del acusado exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas».

En este contexto, para salvar sus propios sistemas nacionales, algunos Estados europeos, como Alemania, Austria, Bélgica, Luxemburgo y Noruega, han planteado en sus respectivas ratificaciones al PIDCP unas Declaraciones y Reservas, que se refieren a la innecesariedad de que en todos los casos pueda interponerse un recurso por el hecho de que el acusado, habiendo sido absuelto por el tribunal inferior, sea condenado por primera vez por el tribunal de apelación.

Pero, como el propio Comité razona, España, al constituirse en parte del Pacto en el Protocolo Facultativo, ha reconocido la competencia del Comité para decidir si se ha violado el PIDCP y, de conformidad con el artículo 2 del mismo, se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio o estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el mismo. La ratificación española no contuvo reserva ni declaración alguna, como se cuidaron de hacer los cinco países europeos antes referidos y, por lo tanto, España asumió en su integridad el Pacto y aceptó la jurisdicción y la competencia del Comité de Derechos Humanos para decidir sobre el cumplimiento en nuestro país de los preceptos de la disposición internacional, incluyendo lo dispuesto en el artículo 14, debiendo ahora estarse a ello.

C) LA APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS DICTADAS EN PRIMERA INSTANCIA POR EL TRIBUNAL SUPREMO

Similares problemas plantea la compatibilidad del artículo 14.5 con el sistema de aforamientos, por la imposibilidad orgánica de acudir a un tribunal superior en estos casos, justificada por la garantía que supone el aforamiento (STC 51/85).

España, como se ha dicho, no planteó reserva ni hizo declaración alguna en el momento de la ratificación del PIDCP, a pesar del rango constitucional de algunos de los aforamientos (diputados y senadores y miembros del Gobierno), lo que habría justificado sobrada-

mente una reserva, tal y como hicieron a este respecto algunos países de nuestro entorno con las oportunas Declaraciones y Reservas al Pacto, como ha sucedido con Bélgica, Italia, Luxemburgo, Países Bajos y Suiza, que excepcionan la aplicación del precepto a los casos en los que el acusado sea sometido directamente a un Tribunal superior en un solo grado.

Pues bien, a este respecto también ha tenido ocasión de pronunciarse el Comité respecto de la situación española, concluyendo que con la vigente regulación se produce una vulneración del Pacto. Así lo ha decidido en la comunicación CCPR/C/82/D/1073/2002, en la que recayó el Dictamen de 5 de noviembre de 2004 (caso Jesús Terrón), rechazando los argumentos del Estado español según los cuales “en situaciones como la del autor, si una persona es juzgada por el más alto tribunal ordinario en materia penal, no es aplicable la garantía establecida en el artículo 14, párrafo 5 del Pacto”, y “que la circunstancia de no tener derecho a una revisión por un tribunal superior se compensa con el juzgamiento por el tribunal de mayor jerarquía y que ésta es una situación común en muchos Estados Partes del Pacto”. Entiende el Comité que “si bien la legislación del Estado Parte dispone en ciertas ocasiones que una persona en razón de su cargo sea juzgada por un tribunal de mayor jerarquía que el que naturalmente correspondería, esta circunstancia no puede por sí sola menoscabar el derecho del acusado a la revisión de su sentencia y condena por un tribunal” y concluye, por tanto que se ha violado el artículo 14.5 del Pacto.

En el mismo sentido, en el Dictamen de 11 de julio de 2006, recaído en la comunicación CCPR/C/87/D/1211/2003 (caso Luis Olivéro Capellades), el Comité, aun cuando “toma nota de los argumentos del Estado Parte en el sentido que la condena por el tribunal de más alta jerarquía es compatible con el Pacto y que esta es una situación común en muchos Estados Partes del Pacto”, considera sin embargo, que “el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto establece que una persona declarada culpable de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean

sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”, y que se ha producido la violación del Pacto.

Claro es que si ha sido el propio acusado quien ha insistido en repetidas ocasiones en ser juzgado directamente por el Tribunal Supremo, eludiendo el enjuiciamiento por el Tribunal Superior de Justicia, el Comité considera que ha renunciado a su derecho de apelar, como sostiene en el Dictamen de 25 de marzo de 2003, en la comunicación CCPR/C/77/D/1004/2001 (caso Luis Pascual Estevill).

6. LA RESPUESTA DE NUESTRO SISTEMA DE RECURSOS A LAS EXIGENCIAS DEL PIDCP

Como fácilmente puede apreciarse, las soluciones normativas españolas y la interpretación jurisprudencial de nuestros tribunales no se acomodan a las exigencias impuestas por el intérprete del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos.

El nuevo sometimiento del fallo condenatorio y de la pena a un tribunal superior implica no sólo someter a otra instancia la aplicación de la norma jurídica, sino también la motivación fáctica de la sentencia, los hechos que de forma expresa y terminante se estimen probados y las pruebas en las que el tribunal se ha basado, es decir, la revisión de la actividad probatoria y la valoración probatoria de la instancia, lo que evidentemente no permite el recurso de casación ni siquiera a través del motivo del artículo 949.2º LECRIM (error en la valoración de la prueba), si no es despojándolo de su auténtico sentido y adulterando su esencia.

Éste es el sentido de la garantía impugnatoria reforzada que para el condenado establece tanto el artículo 14.5 PIDCP como el artículo 2.1 del Protocolo adicional 7º al CEDH.

A pesar de todo, el Tribunal Constitucional ha reiterado que la casación es suficiente formalmente para cumplir con la exigencia del

Pacto, que no impone la naturaleza del recurso ni su contenido o amplitud y admisibilidad (SSTC 42/82, 76/82, 61/83, 51/85, 60/85, 88/85, 110/85, 140/85, 7/86, 57/86, 58/87, 79/87, 154/87, 37/88, 20/89), independientemente de la conveniencia de establecer la doble instancia generalizada en materia penal (SSTC 140/85, 79/87, 154/87, 6/89, 157/89, 50/90, 160/93), que, además de no chocar frontalmente con nuestro modelo procesal penal, y de la posibilidad hoy en día de articularlo, superadas ya las dificultades de reproducción del juicio oral y la inexistencia de órganos intermedios entre las Audiencias Provinciales y el TS, satisface, y esto es lo más importante, en mayor medida las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva del condenado.

El Tribunal Constitucional ha venido sosteniendo, a partir de la STC 42/82, que el mandato del artículo 14.5 del PIDCP “no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes”; por lo tanto, no sería admisible un recurso de apelación que se interpusiera exclusivamente al amparo de este precepto, si no viene establecido por las leyes procesales penales. Eso no quita para entender que el referido artículo 14.5 “obliga a considerar que entre las garantías del proceso penal a las que genéricamente se refiere la Constitución en su artículo 24.2 se encuentra la del recurso ante un tribunal superior y que en consecuencia deben ser interpretadas en el sentido más favorable a un recurso de este género todas las normas del proceso penal de nuestro ordenamiento”.

Por lo tanto, queda claro que constitucionalmente se garantiza como mínimo un segundo pronunciamiento, o el doble grado de jurisdicción; no obstante, de acuerdo con lo que se mantiene en la STC 76/82, el artículo 14.5 del PIDCP “no establece propiamente una doble instancia, sino una sumisión del fallo condenatorio y de la pena a un tribunal superior, sumisión que habrá de ser conforme a lo prescrito por la ley, por lo que ésta en cada país fijará sus modalidades”.

Así las cosas, ese recurso “aplicable en todo caso”, que permitiría revisar “el fallo condenatorio y la pena impuesta” (art. 14.5 PIDCP),

habría de permitir la revisión con suficiente amplitud de la sentencia de primera instancia, incluida la posible revisión de los hechos en mayor o menor medida, por lo que la limitación de motivos para acceder a los recursos extraordinarios, como la casación, no sería suficiente para satisfacer las exigencias del Pacto.

En efecto, no parece aceptable que baste para cumplir las exigencias del artículo 14.5 del PIDCP y, en el futuro, del Protocolo 7º del CEDH, un recurso como la casación española, a pesar del empeño y el esfuerzo desplegado por el Tribunal Constitucional en presentar una interpretación de nuestro sistema de recursos en el orden penal como en todo conforme con las exigencias de las normas internacionales. Por mucho que se empeñe nuestro Alto Tribunal, la casación española no permite satisfacer en todos los casos las garantías del derecho a recurrir ante un tribunal superior, porque no siempre puede cumplir con una función revisora y garante de los derechos del justiciable como exige el PIDCP.

La casación penal está concebida como un recurso extraordinario, de modo que se abre sólo por motivos tasados y su finalidad no es otra que la de controlar la aplicación del derecho a los hechos definitivamente preestablecidos en la instancia, de modo que sólo se autorizaba a impugnar en casación la sentencia con absoluto respeto a los hechos probados. Es verdad que en la reforma de la casación penal de 1949 se introdujo como motivo el “error de hecho en la apreciación de las pruebas” (art. 849.2º LECRIM), lo que supuso una ruptura radical con la finalidad propia del recurso de casación; sin embargo, tampoco esta vía permite revisar los hechos incondicionalmente, de modo que se pueda discutir con amplitud ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo el fallo condenatorio y la pena impuesta.

Es verdad que el propio Comité de Derechos Humanos de la ONU en un buen número de dictámenes desestima diversas comunicaciones partiendo de que el tribunal de casación había examinado con detenimiento la valoración de las pruebas hecha por el tribunal de instancia; que el Tribunal Supremo había

examinado la cuestión de la admisibilidad de las pruebas presentadas por el autor a la luz de los principios jurisprudenciales de pertinencia y relevancia; o que “el Tribunal Supremo se ocupó de las cuestiones de fondo en profundidad, examinó detalladamente el análisis que hizo de las pruebas la Audiencia Nacional, y explicó pormenorizadamente los motivos por los que consideraba que las pruebas contra el autor eran suficientes para darles mayor peso que a la presunción de inocencia”. En el Dictamen de 31 de octubre de 2006 (comunicación 1305/2004, caso Víctor Villalón Ventura), si bien se dice que el Comité toma nota de que la decisión del Tribunal Supremo no permitió realizar una nueva valoración de la prueba, limitándose el Tribunal a revisar la valoración efectuada por el tribunal de instancia (párrafo 6.6), pero “Por otra parte, el Comité observa que del fallo del Tribunal Supremo se desprende que éste examinó atentamente cada uno de los argumentos del autor, en particular el de que las declaraciones de sus familiares demostraban la imposibilidad de que los hechos se hubieran producido de la forma descrita en la sentencia. A este respecto el Tribunal consideró que el argumento de la defensa no tenía en cuenta la distinción que existe entre los criterios de credibilidad de los testigos y la prueba de indicios, concluyendo que en el caso se había respetado las reglas de lógica y experiencia en el sentido”.

Así las cosas, hasta que no se aborde la reforma de la LECRIM en este punto, resulta imprescindible obtener directamente de la CE y de su artículo 24, como dice el TC, todas las consecuencias posibles para interpretar la actual regulación en función del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Es verdad que la actual situación normativa no ayuda mucho, porque el propio designio del legislador ha sido el de restringir el ámbito de la casación, como confiesa en la Exposición de Motivos de la Ley 21/1988, reformadora de la casación penal, en la que se permite la inadmisión del recurso cuando “carezca manifiestamente de fundamento” y “cuando el Tribunal Supremo hubiese ya desestimado en el fondo

otros recursos sustancialmente iguales” (art. 885.1º y 2º LECRIM).

En este sentido, y entre los criterios que, según la Sala Segunda del TS, deben inspirar la posible reforma de ese Alto Tribunal para potenciar su primordial función de unificar la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, se encuentra la generalización de la doble instancia en el orden penal, con un recurso de apelación contra las sentencias dictadas actualmente en única instancia por las Audiencias Provinciales y la Audiencia Nacional, del que conocerían los Tribunales Superiores de Justicia, en el primer caso, y un órgano creado “ad hoc” (Sala de Apelación) en el segundo caso.

Con todo, en el Auto de 14 de diciembre de 2001, el Tribunal Supremo ha rechazado el recurso interpuesto por el que fue demandante ante el Comité de Derechos Humanos, aduciendo que el PIDCP no obliga a los ordenamientos nacionales a establecer un recurso basado en la decisión del Comité, ni autoriza a fundar la nulidad por la vía de un recurso de casación, ni la creación de un motivo de revisión de sentencias firmes. Pero, además, la Sala agrega que, en el caso concreto, la apelación del procedimiento abreviado (art. 795 LECRIM) hubiera tenido el mismo alcance de la casación, pues no hubiera habido lugar a nueva prueba. Desde luego que el argumento es endeble, y no puede compartirse que el control del error en la apreciación de las pruebas encuentre una vía hábil de acceso al recurso de casación en la actualidad, ni siquiera desde el fundamento de la prohibición de la arbitrariedad, porque error y arbitrariedad no pueden considerarse como conceptos sinónimos o equivalentes, de modo que una cosa es habilitar en aplicación del artículo 9.3 de la Constitución que se ataje la arbitrariedad y otra distinta que se pueda revisar por un tribunal superior el error padecido en la apreciación de las pruebas.

7. LA REFORMA DE LA LOPJ POR LA LO 19/2003

No parece posible discutir a estas alturas que todas las disposiciones constitucionales, y mucho más aquellas que reconocen los derechos fundamentales, son normas de directa aplicación y, por tanto, vinculan a todos los poderes públicos sin necesidad de desarrollo ulterior alguno.

La definición constitucional de los derechos fundamentales comprende el precepto que reconoce cada uno de ellos, interpretados e integrados de la manera en que se establece en el artículo 10.2 de la CE: de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales relativos a los derechos fundamentales suscritos por España.

Ahora bien, cuando la Constitución delinea algunos derechos fundamentales puede remitir expresa o tácitamente a la ley para configurarlos, de modo que sea una norma de este rango la que establezca algunos perfiles relevantes para su ejercicio, si bien respetando ese contenido esencial que en todo caso resulta contenido en la norma constitucional. De este modo, sentada la vinculación de todos los poderes públicos a los derechos fundamentales, su ejercicio podrá ser regulado por medio de una ley orgánica; si bien esa norma de desarrollo deberá respetar siempre el contenido esencial de tales derechos (art. 53.1 CE), que resulta ya preconfigurado y definido en el propio texto constitucional.

A partir de estas premisas conviene analizar el alcance de las modificaciones introducidas en la LOPJ por la LO 19/2003, en lo que respecta a la atribución de competencias para el conocimiento de la apelación penal a la Sala de lo Penal (y Civil) de los Tribunales Superiores de Justicia, así como la creación de una Sala de Apelación en la Audiencia Nacional para conocer los recursos de apelación contra las resoluciones dictadas por la Sala de lo Penal de ese tribunal, en la medida en que pueden representar un hecho absolutamente determinante para el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

El 15 de enero de 2004 entró en vigor una modificación de la LOPJ efectuada por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, que dio nueva redacción a más de cien artículos de la LOPJ. Esa reforma sigue las pautas marcadas por la propia jurisprudencia, y precisamente en la Exposición de Motivos de la LO 19/2003 se dice que:

“En el libro I destaca la generalización de la segunda instancia penal, potenciándose las Salas de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en las que se residencia la segunda instancia penal respecto de las resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales en primera instancia, así como la creación de una Sala de Apelación en la Audiencia Nacional. Con ello, además de la previsible reducción de la carga de trabajo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, se pretende resolver la controversia surgida como consecuencia de la resolución de 20 de julio de 2000 del Comité de Derechos Humanos de la ONU, en la que se mantuvo que el actual sistema de casación español vulneraba el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”.

El contenido de esta reforma trasciende con mucho su carácter de mera norma procesal, esencialmente porque se refiere a lo que debe considerarse la esencia de un derecho fundamental: el derecho a la tutela judicial efectiva. Ni la doctrina ni la jurisprudencia pueden desconocer la trascendencia de la modificación legal, pues su aprobación significa nada menos que el legislador español ha entendido que hasta el presente en nuestro ordenamiento existía un déficit en las garantías de ese derecho fundamental, y por esa razón introduce la apelación penal en la LOPJ.

Por tanto, no se puede considerar como una simple mejora del procedimiento; ni siquiera como un cambio más o menos relevante en el modelo de proceso penal, dado que modifica una de sus tradicionales señas de identidad más importantes: se desecha el sistema de la instancia única en el caso del enjuiciamiento de delitos y se cambia por la implantación de la doble instancia, por más que para los delitos menos graves y para las faltas hace bastantes

años que en nuestro país se hubiera abierto el recurso de apelación.

Al afectar el derecho al recurso al contenido esencial de un derecho fundamental insuficientemente regulado y garantizado no puede dejarse al criterio del futuro legislador su desarrollo. La reforma de la LOPJ subsana un déficit de garantías, y eso significa que, hasta la entrada en funcionamiento del nuevo sistema de impugnación, el proceso penal español no está respetando el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva. Esta circunstancia no puede dejar indiferente a los órganos del poder judicial, llamados a aplicar la ley y a garantizar los derechos fundamentales; porque ha sido la ley la que ha venido a reconocer el aludido déficit en la salvaguarda de un derecho fundamental, de modo que las normas que determinan el contenido esencial del derecho deben ser de directa aplicación

Es verdad que la aprobación de la LO 19/2003 supuso avanzar en el diseño del proceso penal sin acompañarlo de las oportunas modificaciones en las leyes procesales para poder ejercitar adecuadamente los derechos. La solución solamente habría necesitado unas líneas, si lo que se pretendía era “salir del paso” y paliar los defectos del vigente proceso penal, como por ejemplo declarando que al nuevo recurso de apelación que se reconoce en la LOPJ contra las sentencias de instancia de las Audiencias Provinciales o de la Audiencia Nacional les son de aplicación las disposiciones de alguno de los dos recursos de apelación contra sentencias que en la actualidad están previstos: contra las dictadas por el Juzgado de lo Penal en el procedimiento abreviado o, con alguna precisión, contra las sentencias dictadas en el juicio por jurado, del que conoce precisamente la Sala de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia.

Así las cosas, el problema reside en valorar el hecho cierto de que el legislador español haya omitido regular el procedimiento para preparar, interponer y sustanciar el recurso, señalar los plazos para tramitarlo, establecer el cauce de oposición de la parte apelada, etc. En estas circunstancias, adoptando una posición

puramente formalista, cabría entender que, al no venir determinado el procedimiento del recurso de apelación, sería preciso esperar a una ulterior decisión legislativa para que el derecho al recurso sea efectivo, lo que convertiría entonces al derecho a la apelación de las sentencias de instancia única en el proceso penal en una suerte de “promesa” con una incierta exigencia de cumplimiento, que sólo se podría ejercer cuando en el futuro a las Cámaras se les ocurra regularlo, o puedan hacerlo.

La situación que ha estado vigente hasta el 15 de enero de 2004 no puede sostenerse. Ni siquiera con una apertura del recurso de casación a la revisión de los hechos, a partir de una inteligencia más laxa de la vía impugnativa del artículo 849.2.º de la LECRIM, y actuando el propio Tribunal Supremo como tribunal de segunda instancia en atención a la especial protección que el derecho fundamental a los recursos en materia penal exige, permitiría resolver el problema, contando incluso con el gran esfuerzo que ese proceder haría recaer sobre la Sala de lo Penal de Tribunal Supremo.

Esta solución, que en una ocasión anterior he alentado, se ha visto definitivamente superada por el designio del legislador que, al reconocer la carencia esencial de nuestro proceso penal en lo que hace a la garantía del derecho a la segunda instancia, e introducir las pertinentes modificaciones en la LOPJ, considero que ha dado un paso definitivo e irreversible, en la medida en que se trata de unas normas que conforman y dan vida al contenido esencial de un derecho fundamental. Esta circunstancia desdibuja cualquier intento de “empaquetar” el derecho a la apelación penal, de modo que sólo pueda ser abierto o usado en un momento ulterior, sometido a la decisión soberana del poder legislativo.

Por todo ello, no parece que quepan muchas dudas en lo que respecta a las sentencias penales que estén dictando en única instancia las Audiencias Provinciales, o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, puesto que se trata de resoluciones que han recaído cuando ya está en vigor un sistema procesal en el que la segunda instancia penal se reconoce y

garantiza por la ley. Por consiguiente, la parte que hubiera visto desestimada total o parcialmente su pretensión —de absolución o de condena— tiene derecho a que se sustancie un recurso de apelación, de modo que un tribunal superior revise la totalidad de la sentencia dictada en instancia, y no puede ser compelida a aquietarse con el contenido de la sentencia o interponer un recurso de casación en el que la vía para el examen de los hechos es sumamente estrecha y, lo que es más importante, no garantiza de acuerdo con el criterio del propio legislador, el derecho a la tutela judicial efectiva.

En resumen, la LOPJ ha creado un problema grave al reconocer el derecho a la apelación de las sentencias dictadas en un proceso penal en instancia única por las Audiencias Provinciales para ante la Sala de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y contra las dictadas por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional para ante la llamada Sala de Apelación de la Audiencia Nacional. Como significa el reconocimiento palmario de una carencia básica en las garantías procesales, que integran el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, la falta de aprobación de las normas que regulen el desarrollo y la sustanciación del recurso no pueden impedir el ejercicio del derecho a la apelación, ni entenderse como un derecho subordinado o condicionado a una posterior decisión del propio legislador, que todavía no llega y tiene visos de demorarse hasta la próxima legislatura.

8. LA GENERALIZACIÓN DE LA SEGUNDA INSTANCIA PENAL. MÁS PROBLEMAS QUE SOLUCIONES

El Gobierno ha presentado en la legislatura que acaba de concluir (2004-2008) un proyecto de ley (Serie A nº 69) en el que se regula, entre otras cosas, el recurso de apelación penal, como venía exigido desde 2003; sin embargo, esta iniciativa legislativa ha decaído en su tra-

mitación por la disolución de las Cortes Generales.

Pues bien, el texto gubernamental proyectado, de acuerdo con lo previsto en la Exposición de Motivos de la LO 19/2003, pretende generalizar la segunda instancia en el proceso penal, abriendo un recurso de apelación contra todas las sentencias definitivas dictadas tanto por los Juzgados de lo Penal como por las Audiencias Provinciales (como también por el Juzgado Central y la Sala de la Audiencia Nacional), cualquiera que sea el tipo de procedimiento en que la resolución se dicte (ordinario o abreviado), dando nueva redacción a los arts. 790 a 792, e introduciendo un nuevo art. 846 bis. Por lo tanto, esta modificación normativa con una segunda instancia generalizada, como se diseñó en la LO 19/2003, legitima a todas las partes para la interposición del recurso, sin atender al contenido de la sentencia impugnada, permitiendo recurrir tanto contra las sentencias condenatorias como contra las absolutorias.

La regulación proyectada no resulta satisfactoria porque no responde en realidad a los problemas con los que se enfrenta el proceso penal español vigente, ni desde la perspectiva de la estructura y organización de los tribunales, ni, lo que es más importante, desde el punto de vista de las garantías que el proceso penal debe respetar en el Estado democrático de Derecho, pues ése es el referente de su propia legitimación.

Después de lo que con anterioridad se ha apuntado, resulta evidente que un proceso penal de instancia única, como el diseñado por nuestra LECRIM de 1882 en su originaria concepción, no satisface las garantías asumidas por nuestro país al ratificar el PIDCP, ni las previstas en el Protocolo nº 7 del CEDH. Es preciso sin duda articular un recurso contra las sentencias condenatorias penales, de modo que al condenado se le permita promover, ante un tribunal superior, un nuevo examen de la sentencia donde se le impone una sanción penal.

Pues bien, si éste es el objetivo que hay que cumplir, la generalización de la segunda ins-

tancia penal no puede ser la solución de los problemas derivados de la falta de revisabilidad de las sentencias condenatorias, sino que, muy al contrario, puede generar conflictos mucho mayores de los que pretende solventar.

A) LA PRETENDIDA IGUALDAD DE LAS PARTES EN LA IMPUGNACIÓN

La primera cuestión a la que habría que responder es la de si la apertura de un recurso contra las sentencias condenatorias exige inexorablemente que también las sentencias absolutorias puedan ser recurridas. Por lo general la solución a esta cuestión se plantea en términos afirmativos, invocando el respeto al principio de igualdad de armas y aludiendo al equilibrio o a la simetría de las posiciones de las partes en el proceso, de modo que se acepta de forma natural que, si se abre la segunda instancia contra las sentencias condenatorias, también debe abrirse un recurso para que las acusaciones puedan impugnar las sentencias absolutorias o contra las que no condenan por los delitos o a las penas que solicitó la parte actora.

Esta respuesta en clave de absoluta igualdad no puede asumirse en el proceso penal, porque no son idénticas las posiciones de las partes a lo largo de todo el procedimiento, ni la labor del juez según el sentido de su resolución.

Por una parte, la intervención de un órgano público, como el Ministerio Fiscal, que debe promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, ejerciendo sus funciones con sujeción al principio de imparcialidad (art. 124 CE), introduce relevantes particularidades en la fase de investigación de los delitos, pues no le afecta la declaración de secreto de las actuaciones (art. 302), o el juez debe atender su petición de diligencias para formular acusación (art. 780.2), y le sitúa en una posición diferente al resto de los acusadores en el momento de formular y de sostener las acusaciones.

Pero tampoco responde a un estricto sentido de la simetría la propia actuación judicial en el proceso penal, pues la sentencia, dependiendo de su sentido, habrá de justificarse o fundamentarse de manera distinta. En efecto, el derecho a la presunción de inocencia, que es el principio rector del proceso penal, de tal manera que el ciudadano al que se le atribuye la comisión de un delito debe ser tratado como inocente a lo largo de todo el procedimiento y sólo puede ser condenado si el juzgador se convence de su culpabilidad más allá de toda duda razonable, y motiva esta convicción en la sentencia. Por el contrario, la absolución procede en todos los demás casos, es decir, cuando por cualquier motivo no se ha alcanzado la convicción del juez acerca de la culpabilidad, de modo que la justificación en la sentencia absolutoria puede y debe reducirse a la expresión de la simple duda, sin necesidad de razonar sobre los diferentes elementos probatorios que se hubieren practicado (VIVES).

Sentado que el sistema penal asume que existen asimetrías tanto en su estructura como en la intervención de los distintos sujetos (en la mayoría de los ordenamientos el Ministerio Fiscal tiene el monopolio de la acción penal), nada obstaría para que en el régimen de recursos se establecieran también diferencias entre las distintas partes del proceso en la legitimación para impugnar.

B) EL SENTIDO Y FINALIDAD DE LOS RECURSOS EN EL PROCESO PENAL. LOS LÍMITES DEL TRIBUNAL "AD QUEM"

En todo caso, la premisa de la que debe partirse es el sentido y la finalidad de los recursos; es decir, el propósito que se persigue cuando se acepta en todos los ordenamientos jurídicos, con más o menos restricciones o salvedades, que las resoluciones judiciales puedan ser revisadas por un tribunal superior.

Está claro que las impugnaciones contra resoluciones judiciales se establecen intentando salir al paso de la falibilidad humana y corrigiendo los errores en que haya podido incurrir

el juez, de modo que se acabe con los defectos padecidos y la decisión del proceso sea estrictamente ajustada a la ley, respetando todas las garantías.

Pues bien, cuando se trata de impugnar la sentencia que ha puesto fin a la instancia, y que sólo puede haberse pronunciado por la condena del acusado cuando el juez haya obtenido la convicción de su culpabilidad más allá de toda duda razonable, o por la absolución en todos los demás casos, cabría articular una impugnación amplia, sin sujeción a motivos previamente establecidos en la ley, que permita al tribunal superior examinar todo lo que se ha actuado hasta entonces, abriendo una segunda instancia. En tal caso, el tribunal de apelación podría controlar toda la actividad procesal desarrollada ante el tribunal inferior, así como pronunciarse sobre la totalidad de las cuestiones que fueron objeto de debate en la primera instancia, revisando en toda su integridad la sentencia dictada, lo que comprendería no sólo la interpretación y aplicación del Derecho sino que se podría extender también a las cuestiones de hecho, con la posibilidad de practicar nuevas pruebas.

Nuestro sistema jurídico tradicionalmente ha desechado en todos los órdenes la llamada apelación plena, es decir, la repetición del juicio ante el órgano de la segunda instancia, sin que cupiera alzarse contra la sentencia perjudicial sin más causa que el gravamen padecido por el recurrente. Ahora bien, el tratamiento del recurso de apelación como un medio de gravamen y su naturaleza de recurso ordinario no autorizaba a que se establecieran motivos concretos para sustentar el recurso, e incluso permitía al recurrente que no expresara en el momento inicial en que se interponía las razones del mismo ni el alcance de la sentencia que se solicitaba al tribunal superior. De este modo, en unas pocas líneas el apelante se limitaba a afirmar que la sentencia le era perjudicial y que la apelaba, y no tenía que fundamentar su recurso hasta el momento de la vista ante el órgano de la apelación, exponiendo entonces las razones por las que la sentencia de instancia debía ser anulada o revocada.

Modificaciones normativas producidas a finales del siglo XX introdujeron en las leyes procesales las grandes categorías de cuestiones por las que se podía plantear el recurso de apelación, estableciendo diferentes grupos y exigiendo una concreta formulación en la ley, y reclamando al propio tiempo la necesidad de fundamentar el recurso desde el momento mismo de la interposición.

Como desde siempre el recurso de apelación ha funcionado como recurso de nulidad, y el tribunal de segundo grado tiene la competencia para controlar y depurar los vicios que se pudieran haber padecido en la primera instancia, el primero de los grandes capítulos de la apelación ha sido la denuncia de los defectos de procedimiento que implican merma de garantías.

Aunque se comprende en las infracciones procesales, el segundo de los apartados en que se pueden concretar las denuncias contra la decisión de primera instancia hace referencia al momento de la decisión, a la formación y expresión de la sentencia, esencialmente en lo que hace a la motivación.

Tradicionalmente se ha podido impugnar siempre la interpretación y aplicación del derecho material que el juez *a quo* plasma en la sentencia, es decir, si se produce una infracción de la ley sustantiva por inaplicación, interpretación errónea o indebida aplicación de un precepto de naturaleza penal.

Junto con estos tres primeros grupos, el caballo de batalla en relación con la impugnación de las resoluciones judiciales ha estado en el control y la revisión de los hechos; es decir, si el tribunal superior tiene facultad para establecer el elemento fáctico de la sentencia de modo contrario o diferente a como lo hizo el de instancia, lo que le permitiría una valoración de los elementos probatorios incorporados al proceso en sentido distinto a la realizada por el juez *a quo*.

9. LOS MOTIVOS DE IMPUGNACIÓN DE LAS SENTENCIAS PENALES

Como se ha dicho, el recurso de apelación, por mucha amplitud que se le haya querido conceder, ha estado siempre sometido en nuestra tradición jurídica a la alegación de un motivo concreto por el que el apelante solicita del órgano *ad quem* la anulación o la revocación de la resolución apelada. Estos motivos pueden agruparse de distinta manera; es sobradamente conocida la vieja formulación del recurso de casación, que distinguía entre vicios *in procedendo* y vicios *in iudicando*, equivalentes a los errores en el procedimiento y los que pueden cometerse en la decisión; pero, habida cuenta de los diferentes modos de razonar en el recurso y de las consecuencias que deparan en el órgano que debe resolver, se ha preferido diferenciar en razón del control que el tribunal de apelación está llamado a realizar, del contenido de la resolución que estimara el recurso y de la legitimación para interponerlo.

A) EL CONTROL DE LOS DEFECTOS EN EL PROCEDIMIENTO Y EN LAS GARANTÍAS PROCESALES

Es preciso tener en cuenta que la actividad judicial es formalizada, que se rige por el principio de legalidad, de modo que el juez y las partes habrán de sujetarse a las normas de procedimiento que las leyes hayan establecido, desde el primer momento de las alegaciones de las partes a la sentencia, pues precisamente la fijación de los distintos trámites procesales incorporan garantías, que operan como un elemento primordial de legitimación de la función judicial. A diferencia de lo que sucede con otros modos de solución de conflictos, que carecen de normas rígidas y previas que regulen la actuación de los sujetos que intervienen, pues en ellos se impone la libertad de configurar el procedimiento, la decisión de los tribunales de justicia en el derecho continental europeo responde a una previsión normativa

que va marcando en cada momento lo que pueden o deben hacer los sujetos procesales.

Por lo tanto, el principio de legalidad en la actuación procesal tiene como lógica consecuencia que la infracción de estas normas debe ser corregida, bien durante la instancia en que el defecto se comete, si fuera posible, o bien al final de la misma. En este último caso, es evidente que el recurso habrá de comprender la denuncia de los vicios del procedimiento, cometidos por el juez o por las partes, y que no hayan sido oportunamente subsanados.

Es evidente que el estricto cumplimiento de las normas reguladoras del procedimiento, en la medida en que todas ellas incorporan garantías para la adecuada resolución del litigio, representa un elemento primordial en la actividad judicial, y el quebrantamiento de estas normas del procedimiento se podrá sin duda denunciar y podrá ser examinado por el tribunal *ad quem*.

Ahora bien, no todas las disposiciones que regulan el procedimiento tienen la misma virtualidad, esencialmente porque no todas tienen la misma trascendencia como normas de garantía, lo que permite diferenciar según la disposición infringida, anudando a cada una de ellas consecuencias diferentes.

La LOPJ se refiere a las nulidades de pleno derecho (art. 238), que se produce cuando los actos se han realizado con falta de jurisdicción o competencia, o bajo violencia o intimidación, o se vulneren alguna otra de las formalidades que la propia LOPJ o las leyes procesales consideren esenciales y, entre ellas, cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión. Pero también son nulos los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión (art. 240.1 LOPJ).

Ambos quebrantamientos se harán valer por medio de los recursos legalmente establecidos contra la resolución de que se trate, o por los demás medios que establezcan las leyes procesales (art. 240.1 LOPJ). Esto significa, de

un lado, que han de tener cabida en el régimen de recursos las impugnaciones que denuncien los defectos de procedimiento, se trate de nulidad de pleno derecho o de otros vicios que hagan irreconocible el acto procesal tal y como ha sido realizado o produzca indefensión; de otro lado supone que, salvo los casos de falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o de violencia o intimidación al mismo órgano que resuelve (art. 240.2 LOPJ), esos defectos no pueden ser apreciados ni reparados en vía de recurso salvo que el recurrente los hubiera denunciado, de modo que el tribunal superior sólo puede actuar dentro de los límites de la impugnación.

Uno de los puntos más relevantes es determinar los efectos que habrá de producir la estimación de esta impugnación, que como regla general será el reenvío al órgano *a quo*. Como se trata en este apartado de infracciones producidas durante la tramitación del proceso y hasta la sentencia, si se considera que ha existido una nulidad de pleno derecho o se ha producido indefensión, eso significaría que se habría llegado a la resolución de la instancia con un defecto que debe repararse, declarando la nulidad del acto viciado y de todo aquello que sea consecuencia de él (art. 243 LOPJ).

Así pues, la estimación del recurso debe llevar aparejada la remisión de las actuaciones al órgano competente, si éste fuera distinto del que dictó la resolución recurrida, o la reposición del procedimiento al momento en que la falta se cometió, aunque de ese modo pudiera padecer la celeridad del procedimiento, con la remisión de las actuaciones al órgano inferior para que termine sustanciándose el procedimiento con arreglo a derecho, debiéndose subsanar en la instancia el acto o actos nulos, o eliminar la actuación insubsanable ante el tribunal *a quo*. No es posible atribuir al tribunal de apelación la facultad de subsanar los defectos que lo admitan, o de excluir el acto que no sea susceptible de subsanación, y de resolver en consecuencia, salvo que se trate de la falta de jurisdicción o de competencia, en cuyo caso se archivará el procedimiento o se remitirán las actuaciones al órgano competente.

Mayores problemas podría suscitar la nulidad de un acto procesal cuya eliminación del proceso pudiera llevar aparejada directamente el dictado de una sentencia absolutoria, como sucedería si, v. gr., se estima que la jurisdicción española no fuera competente para el enjuiciamiento de la conducta de que se trate, o se declara la ilicitud del único medio probatorio de cargo que se hubiera practicado en el juicio. En esos casos cabría sostener que fuera el tribunal de apelación el que en la misma sentencia decidiese, en aplicación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas o, más genéricamente, del principio de economía procesal, poniendo fin a toda actuación procesal.

Es evidente que en algunos casos, para declarar la nulidad de un acto y ordenar la reposición de las actuaciones, el tribunal *ad quem* no sólo habrá entrado a examinar el acto singular cuya nulidad se ha denunciado, sino también su trascendencia para el conjunto del proceso y de la decisión, porque sólo entonces podría estar en disposición de pronunciarse sobre el fondo. Esta extensión de las facultades del órgano de apelación en el caso de apreciar una nulidad del procedimiento no parece la mejor solución al problema, pero como el reenvío implica una demora en la finalización del proceso, cuando se trate de supuestos claros no será necesario mantener la facultad del tribunal de la primera instancia para resolver el proceso o, dicho en otros términos, en tales casos se deberá atribuir al tribunal de apelación la decisión sobre el fondo, precisamente cuando se trata de una decisión de absolución.

En conclusión, el control de los defectos en el procedimiento y en las garantías procesales debe hacerse a través del recurso de apelación, si es que no se hubieran subsanado o declarado en la instancia. Por lo tanto, como ordena la LOPJ, si las partes no interponen el recurso denunciando tales vicios de nulidad quedarán éstos convalidados sin posibilidad de evidenciarlos ulteriormente, salvo en dos casos: por un lado, que el tribunal de apelación apreciara de oficio la falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional (art. 240.2 LOPJ), precepto que se refiere también al supuesto,

ajeno al que aquí se plantea, de que el acto se hubiese producido con violencia o intimidación que afectare a ese tribunal); por otro lado, que la nulidad tuviera cabida en alguna de las causas de revisión previstas en la ley procesal.

B) EL CONTROL DE LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY PENAL

Tradicionalmente se ha venido diferenciando en las impugnaciones entre las infracciones en el procedimiento, los llamados vicios *in procedendo*, y los defectos en la decisión de fondo, los vicios *in iudicando*, que equivalen a la tradicional formulación de las leyes españolas referidas a los recursos de casación, por quebrantamiento de forma o por infracción de la ley.

Originariamente se pretendió impedir que con la aplicación de las normas los jueces se pudieran convertir en legisladores, de modo que se articuló un recurso por *contravention expresse au texte de la loi*. La correcta interpretación y aplicación de las leyes, que obviamente deben realizar todos los tribunales, es materia que permite y exige la revisión por un tribunal superior, hasta llegar al que tiene como esencial cometido lograr la uniformidad en la interpretación y aplicación de la ley y, en definitiva, preservar la unidad del ordenamiento jurídico: el tribunal de casación.

Así pues, cuando se trata de controlar esta actividad interpretativa y de aplicación del derecho, el órgano superior se limita a tomar como los dos puntos de la comparación la norma aplicada, de un lado, y su adecuación a los hechos, de otro, dando por válidos e intangibles todos los demás elementos de la sentencia; es decir, lo que se denuncia y sobre lo que se decide es acerca de un error en la aplicación o interpretación de la norma, sin alterar en lo más mínimo la base fáctica de la sentencia, puesto que en todo caso se habrían de respetar los hechos declarados probados por la resolución de instancia.

Por lo tanto, con este motivo de impugnación no se enjuicia en realidad sobre las pre-

tensiones de las partes (aunque muchas veces el tribunal superior tienda a practicar la justicia del caso concreto), sino sobre el error padecido por el tribunal *a quo*, de acuerdo con lo que se denuncia en el recurso, sin posibilidad de introducir hechos nuevos ni de modificar aquellos que vienen sentados por el inferior; el tribunal *ad quem* ha de partir de la alegación de que se ha aplicado indebidamente la norma jurídica, o que se ha dejado de aplicar la norma oportuna, ya sea en su modalidad de aplicación errónea o en la inobservancia del precepto cuyo error se denuncia.

Desde luego la infracción debe ir referida a un precepto de Derecho penal material, de los que determinan las acciones u omisiones que constituyen delito, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad, o la punibilidad, de modo que no se comprenden en esta impugnación los errores o infracciones de normas procesales, que habrán de encontrar acomodo, por su naturaleza y por sus efectos, en otros de los apartados de los posibles grupos de defectos que cabe denunciar en apelación.

En lo que se refiere a los efectos que debe producir la estimación por el tribunal superior de una infracción de esta naturaleza puede sostenerse tanto que el órgano *ad quem* dicte sentencia de fondo, de acuerdo con la interpretación o la aplicación de la ley penal que considera adecuada, como que se acuerde el reenvío para que, respetando la decisión del superior, el tribunal de la instancia sea quien dicte la oportuna sentencia. Puede parecer que la primera solución contraviene las exigencias de las normas internacionales, porque si se acogiera la impugnación de la parte acusadora sería en segunda instancia cuando por primera vez se dictara una sentencia condenatoria que no podría ser entonces revisada, pero en realidad esta objeción decae no sólo porque se trata de la simple aplicación de criterios jurídicos, sin modificar los hechos, con lo cual todavía sería posible acudir a la casación para fijar el criterio jurisprudencial en la inteligencia de la ley penal, sino sobre todo porque la exigencia internacional no deriva del Protocolo nº 7 del CEDH, sino del PIDCP, al que España

debiera plantear las oportunas reservas si no se modifica el rígido criterio del Comité de Derechos Humanos de la ONU.

C) EL CONTROL DE LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA

Uno de los aspectos más relevantes en cuanto a la impugnación de las sentencias se concreta en la posibilidad de controlar su motivación, pues en la medida en que a través de ella se expresa el fundamento de la decisión del juez y se justifica el relato de los hechos que éste considera probados, la motivación integra el derecho a la tutela judicial efectiva.

La motivación de la sentencia puede ser analizada desde dos perspectivas bien diferentes: de un lado, analizando desde luego que la sentencia contenga motivación de la decisión y que, además, se cumplen los requisitos de racionalidad, razonabilidad, coherencia y suficiencia de esa motivación; de otro lado, examinando si, con independencia de todo ello, el juzgador en ese momento procesal ha podido incurrir en un error que invalide la motivación y, por lo tanto, la decisión.

No parece necesario extenderse mucho en la explicación de los tradicionales requisitos de la motivación, dando por reproducidas las acertadas consideraciones de COLOMER HERNÁNDEZ a este propósito, de modo que el tribunal *ad quem*, dentro de los límites de la impugnación, podrá examinar el contenido de la sentencia de instancia y establecer si se cumplen las exigencias de la motivación y se satisface el derecho a la tutela judicial efectiva.

D) EL CONTROL SOBRE LOS ERRORES DE HECHO

En el mismo orden de cosas debe analizarse la impugnación sobre los errores cometidos en la sentencia que, aun no implicando un defecto o una insuficiencia de la motivación, representan una equivocada apreciación de la prueba que puede invalidar la decisión. Es claro que de este modo se está reviviendo el viejo motivo de casación del “error de hecho en la

apreciación de la prueba”, que tantos problemas generó en su momento y que sin duda, de no haber existido un desliz de traducción al regular el recurso de casación civil, habría tenido menor discusión jurisprudencial y doctrinal; pues el recurso de casación se abrió en nuestra ley por error de hecho derivado de “documento o acto auténtico” que demostrara la equivocación evidente del juzgador, cuando en la norma francesa se hacía referencia a *documents ou actes authentiques*, es decir, a documentos o actas auténticas. Sea como fuere, es evidente que aquí se está haciendo referencia a unos errores que deben conducir a la anulación de la sentencia dictada en instancia.

Por lo tanto, si se logra una adecuada formulación normativa, y se aplica debidamente la norma por los tribunales, cuando el juez estableciera el supuesto de hecho de la sentencia partiendo de elementos probatorios erróneos, la resolución debe anularse con reenvío al tribunal a quo para que, apreciando la prueba de acuerdo con lo sucedido realmente, dicte una nueva sentencia.

Si la sentencia afirma un hecho basándose en la declaración de un testigo que en realidad no fue preguntado por esa cuestión, o rechaza el testimonio de otro por haber incurrido en contradicción cuando declaró exclusivamente sobre un solo aspecto concreto, u omite toda referencia al valor de un acta notarial de constancia que no ha sido discutida por ninguna de las partes..., la resolución no puede mantenerse en los términos en que fue dictada. Como se ve, se trata exclusivamente de impugnaciones con un sentido negativo, de exclusión de aquellos elementos de prueba que fueron o no tenidos en cuenta erróneamente por el juzgador, por lo que el tribunal *ad quem* debiera limitarse a este pronunciamiento.

Estaríamos ante equivocaciones en la percepción o en la apreciación material de elementos probatorios, esto es, en el contenido de la prueba, porque el juez haya tomado como acontecido aquello que no se produjo; por lo tanto, no cabe impugnar a través de este motivo los errores que se hubieran podido padecer en la valoración de los medios de prueba,

que responden a otros presupuestos que luego se analizan. Este motivo de impugnación solamente pretendería suprimir de la sentencia aquellos elementos que de un modo evidente, grosero e incontestable, revelan error en el juzgador porque la decisión judicial ha partido de unos medios de prueba que no se corresponden con la realidad.

Los errores en la apreciación de la prueba, a los que se está haciendo referencia, han de derivar de los términos de la propia sentencia, sea porque en ella se contenga la falsa apreciación del resultado de un concreto medio probatorio, sea porque se aluda en la sentencia a que no se practicó prueba alguna sobre un determinado hecho, siendo así que en el juicio se hubieran introducido elementos de prueba válidos para acreditarlo, resultando pues evidenciados con la simple comparación de la sentencia con el documento o el acta.

En todo caso, la estimación de este motivo de impugnación, sea por defectos en la fundamentación de la sentencia, sea por error en la apreciación de la prueba, habrá de tener como lógica consecuencia el reenvío al tribunal *a quo*, para que éste dicte una nueva resolución tomando en consideración los argumentos de la sentencia de apelación. No parece posible que el tribunal *ad quem* llegue a sustituir el criterio del inferior, dictando la sentencia definitiva de acuerdo con su propia doctrina, sino que será el órgano de instancia, que formuló la sentencia anulada y presenció la totalidad de la prueba, quien deberá dictar la resolución que considere más adecuada, con plenitud de jurisdicción, y sin posibilidad de repetir el juicio.

Por último, el error en la apreciación de prueba que pretenda sustentar el recurso debe ser trascendente; lo que significa que, si fuera apreciado, podría acarrear la modificación del sentido de la sentencia; por consiguiente, un error que con toda evidencia haya de mantener en sus propios términos el fallo, que se refiera a cuestiones accesorias o irrelevantes para la condena o absolución, o para la cuantificación de la pena, no autorizará la anulación de la sentencia recurrida.

Como es evidente, encomendar la decisión sobre este punto al tribunal de apelación le exige analizar no sólo la existencia del defecto de motivación, o del error en la apreciación de la prueba, sino también la relevancia que estos defectos tengan en la decisión final del proceso; sin embargo, un elemental principio de conservación de los actos y de economía procesal no permite la anulación de resoluciones judiciales, con la consiguiente reposición de las actuaciones al momento de la sentencia, por simples defectos que carezcan de la relevancia suficiente como para llegar a modificar el sentido de la decisión.

Es cierto que este motivo de impugnación no fue bien entendido históricamente, y ha servido como vía para intentar llevar a la consideración del órgano judicial superior el reexamen de los hechos probados y la valoración que el juez *a quo* hizo de los distintos medios de prueba. Esta desviación no puede volver a repetirse pues, como se ha dicho antes, no cabe pretender por esta vía que el tribunal superior revise la valoración de la prueba que hizo el órgano de instancia, sino de analizar la existencia de errores objetivos de apreciación de lo realmente acontecido en la ejecución de la actividad probatoria, habida cuenta de que la ley procesal penal no establece medios de prueba de valoración tasada, porque en tal caso ese defecto se hubiera podido denunciar como una infracción de normas procesales.

E) EL CONTROL SOBRE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

El principio de libre valoración de la prueba penal inspiró desde un primer momento la ruptura con el proceso inquisitivo del Antiguo Régimen, pues con la importación a la Francia revolucionaria del jurado inglés, y la intervención de ciudadanos legos en derecho para decidir sobre los hechos en el proceso acusatorio formal, era obligado suprimir la vigencia de las interminables reglas legales de valoración probatoria.

Por lo tanto, el convencimiento del juzgador, sea de los jurados o del tribunal de magis-

trados, debía obtenerse libremente, ponderando “según su conciencia” (art. 741 LECRIM) las pruebas practicadas en el juicio. La ausencia de normas que impusieran el valor que haya de darse a cada uno de los medios probatorios practicados, no eximía de la necesidad de motivar las resoluciones, expresando las fuentes de la convicción judicial y el razonamiento seguido para llegar a la condena, o bien que no se había logrado alcanzar la convicción más allá de toda duda razonable para llegar a una sentencia absolutoria.

Fuera de la estricta motivación de la sentencia, que ha debido seguir los parámetros de racionalidad, razonabilidad, coherencia y suficiencia ya enunciados, el control de la valoración por parte de un órgano superior resulta una tarea de difícil articulación; las decisiones de los jurados acerca de la culpabilidad o la inocencia, el crédito que haya alcanzado un testigo en el ánimo del juez, o la duda que ha generado en el tribunal el perito con dificultades de expresión oral, son factores cuyo control por un tribunal superior resulta tarea poco menos que imposible o, dicho en otros términos, el acierto del tribunal *ad quem* es un empeño que se aleja de la realidad, pues la apreciación del medio de prueba por el mismo que decide no sólo otorga un crédito excepcional a la valoración del medio de prueba, sino que incorpora una garantía esencial del procedimiento.

Ahora bien, todo ello no quita para que se puedan producir errores o deficiencias en la valoración de la prueba, es decir, equivocaciones del juzgador en el crédito y en la relevancia que otorgue en la sentencia a un concreto medio probatorio. Precisamente aquí, más que en ningún otro momento del procedimiento, puede acudirse al argumento de la falibilidad y permitir, al menos en ciertos casos y bajo ciertas condiciones, que se pueda revisar la valoración de la prueba ante decisiones sostenidas en pruebas poco fiables.

Es cierto que este tipo de recurso se enfrenta con el problema esencial de que así se reconoce la facultad del órgano *ad quem* para corregir la valoración de las diferentes pruebas

realizada por el inferior, permitiéndole dispensar un diferente crédito a los elementos que sirven para formar convicción de condena o de absolución; de este modo, el tribunal superior podría dar más importancia a la prueba que había sido despreciada por el juzgador de instancia, o negar el rotundo crédito que el juez le hubiera concedido a un medio probatorio.

La primera aproximación a esta cuestión ha de ser de rechazo, salvo que se repita el juicio, solución que abocaría a considerar irrelevante la primera instancia y centrar todos los esfuerzos en el segundo juicio. En efecto, si el tribunal (y, sobre todo, el jurado) han de formar su convicción de las pruebas practicadas en el juicio, es decir, de lo que en primera persona han podido apreciar, y sólo con ese material pueden decidir, no tiene sentido un recurso que pueda revisar el valor que se le ha dado a cada medio de prueba. Como es evidente, si la resolución se ha dictado a base de un veredicto, la revisabilidad por un juez haría perder autoridad y contenido al propio jurado popular, y si la revisión se insta de otro jurado sería necesario repetir el juicio. Pero el rechazo a la posibilidad de revisar la valoración de la prueba y, por lo tanto, de modificar los hechos probados, viene sobre todo de la falta de garantías de acierto en las decisiones posteriores, sean de apelación o de casación, cuando los jueces se hallan cada vez más alejados de la práctica del medio probatorio que quieren valorar de un modo distinto del juez ante quien se practicó. Así pues, la garantía procesal de la inmediatección, que preserva un mayor acierto en el fallo o, al menos, en la valoración de la prueba por el juzgador, se vería seriamente despreciada o amenazada, de admitirse un recurso de apelación con esta finalidad.

Sin embargo, esta aproximación no puede hacernos olvidar que en determinados casos, o determinadas pruebas, permiten al órgano judicial *ad quem* colocarse en idéntica posición que el juzgador de instancia. Así ocurre con la prueba documental o con el dictamen pericial cuando no se ha llamado al perito a ratificarse en el juicio; en ambos casos el tribunal de apelación puede valorar libremente, con

un criterio distinto del inferior, considerando que el contenido del escrito es o no vejatorio o injurioso, en idéntica posición respecto de la prueba que tuvo el juez *a quo*.

Precisamente ésta parece ser la conclusión a que ha llegado el Tribunal Constitucional cuando se ha enfrentado a unos supuestos de valoración de pruebas por un tribunal de segundo grado. En la STC 170/05, de 20 de junio, se establece que

“este Tribunal también ha afirmado expresamente que existen otras pruebas, y en concreto la documental, cuya valoración sí es posible en segunda instancia sin necesidad de reproducción del debate procesal, porque, dada su naturaleza, no precisan de intermediación (SSTC 198/2002, de 28 de octubre, F. 5; 230/2002, de 9 de diciembre, F. 8; 119/2005, de 9 de mayo, F. 2; AATC 220/1999, de 20 de septiembre, F. 3; 80/2003, de 10 de marzo, F. 1). Y desde la STC 170/2002, de 30 de septiembre, F. 15, venimos sosteniendo que no es aplicable la doctrina sentada por la STC 167/2002 a aquellos supuestos en los que el núcleo de la discrepancia entre la sentencia absolutoria y la condenatoria es una cuestión estrictamente jurídica (sobre la base de unos hechos que la Sentencia de instancia también consideraba acreditados) para cuya resolución no es necesario oír al acusado en un juicio público, sino que el Tribunal puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. Allí recordábamos que el Tribunal europeo (SSTEDH de 29 de octubre de 1991, caso Jan-Ake Andersson c. Suecia y caso Fedje c. Suecia, precisando su doctrina en relación con la STEDH de 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani c. Suecia), ha establecido que no existe violación del derecho a un proceso justo cuando no se reproduce el debate público con intermediación en la apelación en los supuestos en que «no se plantea ninguna cuestión de hecho o de derecho que no pueda resolverse adecuadamente sobre la base de los autos». Doctrina aplicada posteriormente en las SSTC 113/05, de 9 de mayo, FF. 3, 4 y 5, y 119/05, de 9 de mayo, F. 3”.

Pero algo bien diferente sucede con las llamadas pruebas personales, es decir, aquellas que consisten en la manifestación oral de una persona ante el tribunal, trasladando una declaración de conocimiento sobre los hechos, o un criterio científico, artístico o técnico sobre

el dictamen que hubiera presentado el perito; sólo la apreciación inmediata, directa y completa por el juez que debe formarse su propia convicción en el acto del juicio, sin interposición de imágenes o de voces grabadas, o de referencias escritas, es respetuosa con la garantía procesal en la valoración de la prueba, pues la grabación sólo sirve para poner de manifiesto errores de percepción, no de valoración.

En este sentido se pronuncia la STS núm. 879/05 (Sala de lo penal), de 4 de julio, cuando afirma que “en el ámbito de la segunda instancia —cuando existe— las SSTC 167/2002, de 18 de septiembre; 170/2002, de 30 de septiembre; 199/2002, de 28 de octubre y 212/2002, de 11 de noviembre de 2002, han modificado la doctrina anterior del Tribunal Constitucional para reconocer que también en la resolución del recurso de apelación las Audiencias Provinciales deben respetar la valoración probatoria íntimamente vinculada a los principios de contradicción e intermediación, dado que el recurso de apelación penal español, como sucede con la casación, no permite la repetición de las pruebas personales practicadas en la instancia”.

Esta consideración no es contradictoria con la celebración de una prueba por videoconferencia durante el juicio oral, no sólo porque el juez puede intervenir en la práctica de la prueba, ordenando incluso diferentes enfoques de la cámara o reclamando lo que precise para satisfacer el mejor contacto con la persona que declara, sino porque podrá pedir directamente aclaraciones y mantener la comunicación directa con el declarante, aunque se encuentre lejos y, por último, el juez estará en condiciones de ponderar este medio probatorio en el marco del arsenal de prueba practicado en el juicio para intentar lograr su convicción.

En cualquier caso, según ya se ha dicho, la sentencia penal no opera en un contexto de igual, de equilibrio o de simetría, pues el juez sólo puede dictar una sentencia de condena cuando haya obtenido la convicción sobre la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable, a base de pruebas de cargo válidamente celebradas, debiendo en todos los de-

más casos dictar una sentencia de absolución. Por eso con buen criterio ha exigido el Tribunal Constitucional, en el marco del respeto de las garantías del proceso penal, que las sentencias de condena se fundamenten en una actividad probatoria que el tribunal haya examinado directa y personalmente en debate público y con contradicción (SSTC, entre otras, 167/02, 202, 203, y 208/05).

Esta exigencia constitucional se ha pretendido paliar o sustituir (en concreto a través de la modificación de la LECRIM en el proyecto de ley Serie A nº 69, presentado el 26 de diciembre de 2005, que ha decaído con la disolución de las Cortes Generales) con la previsión de la grabación de todos los juicios orales. Sin embargo, documentar la práctica de pruebas personales a través de medios de grabación y reproducción, que es la opción por la que se decantaba el Proyecto del Gobierno, no soluciona el problema de la falta de intermediación en el tribunal de apelación, ni autoriza, por tanto, en esta ulterior instancia a revocar lo decidido por el juez *a quo* y dictar una sentencia condenatoria. Como bien se sostenía en el auto del TS de 16 de febrero de 2004, “ni siquiera la grabación videográfica del juicio de instancia sería suficiente, porque son imágenes del pasado que sólo permiten conocer el escenario, pero no las vivencias directas e intransferibles de los protagonistas, por lo que es suficiente con una dirección y análisis de la adecuación del criterio de la Sala a las pautas exigidas por la lógica y la experiencia”.

Con independencia de que la fórmula se extienda no sólo a los recursos interpuestos por el condenado, que pretendan su absolución o la imposición de una pena inferior a base de una valoración diferente de la prueba de carácter personal, sino que pretenda comprender también las impugnaciones de las sentencias absolutorias, lo cierto es que la visión y la escucha de la grabación no proporciona la misma impresión que la realidad objeto de la grabación, y se corre el riesgo cierto de que se saquen de contexto pasajes de la prueba (no es lo mismo ver la luna que estar en la luna). En

definitiva, la reproducción de la grabación de un juicio no satisface la intermediación.

En todo caso, la preservación de la garantía constitucional de la intermediación viene exigida cuando se pretende que el tribunal *ad quem*, modificando la valoración de la prueba del inferior, dicte una sentencia de condena, por lo que, en principio, nada se dice cuando es el condenado quien pretende la revisión a su favor de la valoración probatoria de instancia para obtener una sentencia de absolución.

Es claro que si la apelación se plantea por la acusación contra una sentencia absolutoria, y el motivo de la impugnación se refiere a cuestiones de hecho suscitadas por la valoración o ponderación de pruebas personales de las que dependa la condena o absolución, resulta necesario celebrar una vista pública en la segunda instancia para que el órgano *ad quem* pueda resolver tomando un conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas.

Pero también es claro que cuando sea el condenado quien recurra pretendiendo que se haga una distinta valoración del crédito y de la relevancia en la determinación de los hechos probados de las llamadas pruebas personales, deberá celebrarse una vista pública para que el tribunal de apelación llegue a resolver con intermediación. Así puede leerse en la STS núm. 153/04 (Sala de lo Penal), de 22 de diciembre, que

“cuando los jueces a quibus han formado esencialmente su convicción en base a pruebas de naturaleza personal como son los testimonios de los acusadores y las manifestaciones de los acusados que han sido valoradas con la insustituible ventaja de la intermediación y la contradicción con que se practicaron a presencia de los miembros del Tribunal, de suerte que el juicio de credibilidad obtenido por éstos no puede ser revisado en casación por quienes no hemos gozado de esos beneficios de intermediación y contradicción que son factores determinantes para la valoración de esas pruebas, y, así, únicamente podrá ser revisado el resultado valorativo a que llegó el Tribunal a quo cuando ese resultado se evidencia contrario a las reglas de la lógica y opuesto al racional discurrir, atendido el contenido de los elementos probatorios objeto de valoración o estos elementos probatorios permitan otra

alternativa valorativa igualmente racional y lógica sin que el Tribunal haya argumentado jurídicamente su rechazo.

A este respecto —como recuerda la STS de 25 de febrero de 2003— cabe subrayar que el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado en su Sentencia de 27 de junio de 2000 —caso Constantinescu contra Rumanía—, que un Tribunal superior que no ha apreciado los testimonios prestados en persona por el propio acusado que sostiene que no ha cometido la acción considerada infracción penal, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir su culpabilidad prescindiendo del pronunciamiento absolutorio en primera instancia, salvo, ha de entenderse, que resuelva exclusivamente cuestiones jurídicas o ajenas a la valoración de dicha declaración”.

La perspectiva de tener que celebrar una nueva vista ante el tribunal de apelación cuando se impugne la valoración de pruebas personales plantea serios inconvenientes para la implantación de esta solución; porque, en efecto, para preservar la garantía de la inmediación esa vista de apelación habrá de ser completa. No puede bastar con la repetición de la declaración del testigo cuya veracidad se cuestiona, o con la declaración del acusado al que se argumenta que el juez *a quo* ha dado credibilidad indebidamente. En la vista de apelación habrán de practicarse todos los medios probatorios que, indicados por las partes en el recurso, puedan situar al juzgador de segundo grado en una posición diferente de la que tuvo en la primera instancia (esencialmente, medios de prueba personales) o, cuando menos, se habrán de traer ante el tribunal *ad quem* todos los elementos probatorios que, propuestos por las partes, hayan incidido o puedan incidir en el hecho impugnado.

Como antes se señaló, la STC 167/02 la apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo examen de la declaración de culpabilidad del acusado por el Tribunal de apelación exige una nueva y total audiencia en

presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas

10. UN RECURSO DE APELACIÓN LIMITADO EN EL ORDEN PENAL. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA DE INSTANCIA

Probablemente la extensión del recurso de apelación y la apertura de la segunda instancia a todos los procesos penales por delito, conforme se dispone en la LO 19/2003 y en el texto gubernamental proyectado (ahora decaído), intente dar satisfacción al principio de igualdad de las partes, permitiendo tanto a la defensa impugnar las sentencias condenatorias como a la acusación alzarse contra las sentencias absolutorias o de condena a pena menor de la pedida. Sin embargo, como se ha venido exponiendo, esta generalización de la segunda instancia penal, no es la solución preferible para atender al cumplimiento de todas las garantías procesales.

Parece evidente que debe instaurarse con urgencia un recurso de apelación limitado, es decir, que establezca motivos de impugnación y que llegue a restringir las facultades cognitivas del órgano de apelación.

Pueden y deben atribuirse al superior las facultades para controlar y revisar, de acuerdo con el sentido y alcance del recurso, los defectos en el procedimiento y en las garantías procesales que se hubieran podido cometer en la instancia, así como la motivación de la sentencia, incluyendo los errores de hecho en la apreciación de la prueba, y en estos casos el tribunal de apelación ordenará el reenvío de las actuaciones al juez *a quo* cuando considere que se ha producido la infracción denunciada. También debe atribuirse al órgano de la apelación el control y revisión de la interpretación y aplicación de la ley penal en la sentencia de instancia.

Sin embargo, cuando se trata de disconformidad con la valoración y apreciación de

las pruebas practicadas, instando un pronunciamiento contrario al de instancia a base de conceder un crédito diferente a algún medio de prueba, el recurso de apelación, como el recurso ordinario e incondicionado, no resulta adecuado.

Prueba de ello es la ambigüedad con la que se expresa el Tribunal constitucional al delimitar el ámbito que le corresponde al tribunal *ad quem* a la hora de valorar la prueba y que se traduce en los siguientes términos: “La segunda vertiente del derecho a un proceso con todas las garantías que, en opinión de los demandantes de amparo, habría resultado vulnerada por la Sentencia de la Audiencia Provincial se refiere a la necesidad de que las pruebas en las que el órgano judicial se basa para pronunciar una condena penal se practiquen ante él si, por su naturaleza y circunstancias concretas, su adecuada valoración así lo exige, de acuerdo con la doctrina constitucional que se inicia en la STC 167/02, de 18 de septiembre, seguida luego en otras muchas hasta constituir ya un cuerpo de doctrina consolidado”. Tal doctrina, en los términos expresos del FJ 2 de la STC 272/05, de 24 de octubre (seguida luego en otras, como las SSTC 15/07, de 12 de febrero; 336/06, de 11 de diciembre; y 80/06, de 13 de marzo), puede sintetizarse así:

«[Resulta] contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen a presencia del órgano judicial que las valora. Corolario de lo anterior será que la determinación de en qué supuestos se ha producido vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (cristalizado ahora en la garantía de inmediación) es eminentemente circunstancial, pues lo decisivo es si la condena de quien había sido absuelto en la instancia trae causa en primer lugar de una alteración sustancial de los hechos probados y, de ser así, si tal apreciación probatoria encuentra fundamento en una nueva reconsideración de medios probatorios cuya correcta y adecuada apreciación exige la inmediación; esto

es, que sea el órgano judicial que las valora el órgano ante quien se practican. Contrariamente no cabrá entender vulnerado el principio de inmediación cuando, por utilizar una proposición comprensiva de toda una idea, el órgano de apelación no pronuncie su Sentencia condenatoria a base de sustituir al órgano de instancia en aspectos de la valoración de la prueba en los que éste se encuentra en mejor posición para el correcto enjuiciamiento de los hechos sobre los que se funda la condena debido a que la práctica de tales pruebas se realizó en su presencia. Por ello no cabrá efectuar reproche constitucional alguno cuando la condena pronunciada en apelación (tanto si el apelado hubiese sido absuelto en la instancia como si la Sentencia de apelación empeora su situación) no altera el sustrato fáctico sobre el que se asienta la Sentencia del órgano a quo, o cuando, a pesar de darse tal alteración, ésta no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración o, finalmente, cuando el órgano de apelación se separe del pronunciamiento fáctico del Juez de instancia por no compartir el proceso deductivo empleado a partir de hechos base tenidos por acreditados en la Sentencia de instancia y no alterados en la de apelación, pero a partir de los cuales el órgano ad quem deduce otras conclusiones distintas a las alcanzadas por el órgano de instancia, pues este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la inmediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen en vía de recurso sin merma de garantías constitucionales. En consecuencia serán las resoluciones judiciales pronunciadas en el proceso sometido a revisión constitucional y los hechos sobre los que se proyectó el enjuiciamiento de los Tribunales ordinarios los que condicionarán la perspectiva con la que haya de abordarse el enjuiciamiento constitucional y el resultado mismo de tal enjuiciamiento, sin que quepa adelantar soluciones rígidas o estereotipadas. En este análisis casuístico, además del examen riguroso de las Sentencias pronunciadas en instancia y apelación por los Tribunales ordinarios, resultará imprescindible la consideración de la totalidad del proceso judicial para situarnos en el contexto global en el que se produjo el debate procesal, y así comprender primero y enjuiciar después la respuesta judicial ofrecida. Y es que, con frecuencia, la respuesta global dada por los órganos judiciales no puede entenderse en su verdadero alcance

sin considerar las alegaciones de las partes a las que se da contestación y el curso procesal al que las Sentencias ponen fin. No debemos perder de vista que, aun cuando sólo en la medida en que así resulta preciso para proteger los derechos fundamentales, en el recurso de amparo se enjuicia la actividad de los órganos judiciales y que, precisamente por ello, el acto final que es objeto de impugnación en amparo no es sino el precipitado de todo el proceso, aunque con frecuencia no todas sus incidencias se hagan explícitas en la resolución final».

Así las cosas, los problemas que plantearía una necesaria repetición de la práctica totalidad del juicio podrían solventarse acudiendo a alguna de las siguientes soluciones: en primer lugar, cabría prohibir con carácter general una segunda valoración de la prueba a través del recurso de apelación, con independencia del contenido de la sentencia y del sentido de la impugnación, y a salvo los errores de hecho. En segundo lugar, podría excluirse de la apelación la solicitud de una nueva valoración de las pruebas personales, inadmitiendo los recursos que se basen en error en la valoración de estos medios de prueba, y permitiendo la revisión de la valoración de las pruebas cuando el tribunal *ad quem* se encuentre en la misma posición que el de instancia respecto del medio probatorio de que se trate. En tercer lugar, cabría establecer la irrecurribilidad de las sentencias absolutorias cuando la apelación se base en error en la valoración de la prueba personal, de modo que se podrán recurrir en apelación todas las sentencias por cualquier otro motivo y también por error en la valoración de pruebas respecto de las cuales el tribunal *ad quem* se encuentre en la misma posición que el de instancia. Por último, podría implantarse una apelación en la que cupiera impugnar la valoración de cualquier medio probatorio, lo que exigiría repetir todas las pruebas cuya valoración deba revisarse.

Aunque las cuatro soluciones apuntadas tendrían encaje en nuestro sistema procesal, parece preferible acoger la tercera, de modo que sea posible reparar los defectos o errores cometidos por el juzgador de instancia, tanto

en el procedimiento como en la sentencia, salvo cuando el motivo de impugnación se sostenga en un diferente criterio de valoración de las pruebas personales practicadas en el juicio y la sentencia sea condenatoria. Si se trata de sentencias absolutorias, no se podrá intentar cambiar el juicio del tribunal *a quo*, si bien eso no impide a la acusación disconforme impugnar la resolución por cualquier otro motivo, incluido el de los defectos en el razonamiento o los errores de apreciación, que puedan dar como resultado una condena; lo único que se impide es el recurso contra las sentencias absolutorias por errores de valoración.

Es evidente que de este modo se produce una asimetría en las posiciones de las partes procesales, que no es desconocida en el proceso penal pero que, si bien fue antes enunciada, debe ser explicada ahora con mayor extensión. Eso no significa que a la acusación se le prohíba denunciar los errores padecidos por el juez de instancia, ni se desvirtúen sus funciones de asegurar la correcta aplicación de la ley penal y defender los intereses de la sociedad, sino que se introduce una limitación para las acusaciones de articular un concreto motivo de impugnación contra la sentencia de primera instancia.

Como primera reflexión ha de sostenerse que el respeto al principio de igualdad entre la acusación y de la defensa no implica atribuir a ambas partes poderes y facultades procesales idénticos, de manera que el ordenamiento podrá establecer un tratamiento desigual cuando resulte debidamente justificado y razonable, de acuerdo con los intereses que cada una de ellas defiende en el proceso. Pues bien, desde la perspectiva del respeto al principio de igualdad, habrá de justificarse, en términos de adecuación a un fin constitucionalmente legítimo y de proporcionalidad, la excepción que se sostiene, prohibiendo la impugnación de la acusación cuando se pretenda que el órgano de apelación realice una valoración diferente de los medios de prueba practicados ante el juez *a quo*.

Por un lado, no cabe duda de que, como sostenía la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos del caso *Green v. United States*,

355 U.S. 184 (1957), “al Estado, con todos sus resortes y su poder, no se le debería autorizar a realizar reiterados intentos de condenar a un individuo por un mismo delito, haciéndole pasar por una situación de dificultad que no sólo le hace incurrir en gastos, sino que le somete a la terrible experiencia del proceso obligándolo a vivir en un estado de continua ansiedad e inseguridad, incrementando la posibilidad de que, si bien ha sido declarado inocente, pueda terminar siendo declarado culpable”, en aplicación de la garantía constitucional de la prohibición del doble riesgo para el acusado (*double jeopardy*) que fuera sometido a un doble enjuiciamiento, derivada de la 5ª Enmienda de la Constitución de los EE.UU. Por eso, para el acusado la sentencia absolutoria es el final, dando por terminado el periodo en que ha estado expuesto al riesgo de la condena, de modo que el Estado no puede abrir un nuevo juicio a través de la apelación contra una sentencia absolutoria, aunque ésta pueda parecer errónea.

Por otro lado, fuera de los errores materiales de apreciación o los defectos en la motivación, con la solución apuntada desde luego que se impide la posibilidad de verificar que la valoración del juez *a quo* sobre los medios de prueba sea incorrecta; ahora bien, eso no significa que en todo caso se presuma que la decisión de primer grado es la correcta y no se pudieron producir equivocaciones, sino que la revisabilidad de la sentencia condenatoria se limita, tanto por la posición del Estado y de las acusaciones en el juicio oral, como porque la certidumbre que derive de la decisión del órgano de apelación no se puede garantizar salvo que exista inmediación, ya que éste no ha podido presenciar las pruebas y su percepción es indirecta o mediata.

De ahí que en la STC núm. 123/05, de 12 de mayo, pueda leerse que

“en este contexto legal dual, la determinación de si el actual sistema de recursos contra las sentencias penales responde al modelo de repetición íntegra del juicio o de mera revisión, no tiene por qué tener una respuesta necesariamente unívoca y común para ambos recursos ni, incluso dentro de cada uno de ellos, para circunstancias tan dispares como pueden ser que la impugnación se dirija con-

tra una sentencia absolutoria o condenatoria, o que el fundamento de la impugnación aparezca referido a los hechos, la calificación jurídica o la eventual concurrencia de determinados defectos procedimentales; sino que, en cada caso, puede responder a un modelo diferente, con todas las implicaciones que ello supone, y que sólo cabe determinar a la vista de su concreta configuración legal.

Así, por lo que respecta a la apelación contra sentencias absolutorias en que el objeto de impugnación se refiera a cuestiones de hecho a partir de la apreciación de la prueba por el órgano judicial de primera instancia, el Pleno de este Tribunal en la reciente STC 167/2002, de 18 de septiembre, F. 11, ya ha señalado que en estas circunstancias el recurso de apelación penal «tal y como aparece configurado en nuestro Ordenamiento, otorga plenas facultades o plena jurisdicción al Tribunal «ad quem» para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de Derecho» y que «[s]u carácter, reiteradamente proclamado por este Tribunal, de «novum iudicium», con el llamado efecto devolutivo, conlleva que el juzgador «ad quem» asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el Juez «a quo», no sólo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, pudiendo revisar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez «a quo» (reiterado después, entre otras muchas, en las SSTC 10/04 y 12/04, de 9 de febrero, FF. 6 y 3, respectivamente), de lo que se ha concluido la necesidad de que el órgano judicial de apelación sólo pueda corregir la valoración y ponderación de pruebas personales respetando los principios de inmediación y contradicción a partir de su práctica a su presencia en la celebración de una vista oral”.

En este caso no se evita la falibilidad del enjuiciamiento sino que un criterio (el del órgano inferior) se sustituye por el de otro (el del superior) con el único argumento de la autoridad, pues significaría motivar una sentencia condenatoria sobre un mismo material probatorio destruyendo esta vez sí la presunción de inocencia.

Sin embargo, cuando es el acusado quien pretende recurrir una sentencia condenatoria lo podrá hacer por cualquiera de los motivos, incluido el del error de valoración de la prueba,

que por supuesto habrá de fundamentar con precisión, para evitar una incondicional apertura de la actividad probatoria en apelación; si el condenado sostiene con fundamento que debe cambiarse el valor o la credibilidad de un medio de prueba deberá celebrarse vista ante el órgano *ad quem*, practicándose la que corresponda.

11. NUEVA PRUEBA EN APELACIÓN

No es éste, con todo, el único caso en que cabe plantear cuestiones acerca de la prueba en el recurso de apelación. En la actualidad se admite la práctica de la prueba cuando éstas no pudieron proponerse en primera instancia (por desconocimiento, porque son de fecha posterior, o se refieren a nuevos hechos con incidencia directa en los hechos debatidos); cuando las pruebas propuestas en instancia fueron indebidamente inadmitidas, y cuando las pruebas admitidas no fueron practicadas por causas no imputables a las partes.

De acuerdo con lo que se ha apuntado anteriormente, la indebida inadmisión o la existencia de causa no imputable a la parte que propuso la prueba para que se hubiera practicado la prueba en el juicio oral, cualquiera que sea la causa, ha de considerarse como un defecto procesal y, si fuera estimada la impugnación, deberían reponerse las actuaciones para que la prueba se practique ante el tribunal *a quo*.

Sin embargo, entiendo que cuando se trata de un medio de prueba que no pudo proponerse en la instancia, es preciso discriminar según se plantee por la parte acusadora o por el condenado.

La acusación, que ha solicitado las diligencias de investigación que consideró oportunas durante la instrucción y ha formulado acusación y ha propuesto la prueba que entendía iba a conseguir la convicción del juzgador, no puede en un momento posterior articular otros medios probatorios para intentar una condena que, con la prueba practicada en el juicio, no consiguió, de modo que si la acu-

sación adquiriera o descubriera un nuevo medio probatorio de cargo después de dictada la sentencia de instancia, no debería admitirse su práctica aunque sea de fecha posterior. El juicio y la sentencia cierran toda posibilidad a la acusación, que en interés de la sociedad, ha presentado sus elementos para alcanzar la sentencia condenatoria, sin que se pueda autorizar posteriores intentos de lograr la revocación de la absolución; precisamente este principio es el que impide instar la revisión de la condena por parte de la acusación, y sólo se legitima contra las sentencias condenatorias.

Por el contrario, si fuera el condenado quien obtuviera una prueba de descargo después de la sentencia condenatoria de instancia, debería admitirse el medio probatorio si se encuentra en alguno de los casos referidos (porque no se pudo proponer, por desconocimiento, por referirse a nuevos hechos o por ser de fecha posterior al juicio). Propuesto este medio de prueba, debería examinarse por el tribunal *ad quem* exclusivamente su pertinencia y utilidad, comprendiendo un juicio sobre la relevancia para la decisión; de considerarse que se cumplen los requisitos exigidos, se debería ordenar la reposición de las actuaciones para que se practique ante el juez *a quo* y que éste dicte la sentencia que corresponda.

12. EL RECURSO DE APELACIÓN LIMITADO Y EL RESPETO DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

En el planteamiento que se ha expuesto sobre el recurso de apelación en el orden penal se han tomado en consideración las garantías fundamentales que se deben respetar en España de acuerdo con los compromisos derivados de los textos internacionales sobre derechos humanos suscritos por nuestro país.

Es evidente que tanto el art. 2 del Protocolo nº 7 del CEDH como el art. 14.5 del PIDCP, este último ratificado desde hace mucho tiempo por España, imponen que se abra un recur-

so contra las sentencias condenatorias para que un tribunal superior pueda revisar el fallo dictado y la pena impuesta. Asimismo es evidente que el recurso de casación no cumple de modo satisfactorio con esa exigencia, y que el incumplimiento se produce precisamente en el caso de los delitos más graves, que son enjuiciados en primer grado por las Audiencias Provinciales y, en su caso, por la audiencia Nacional.

Así las cosas, parece imprescindible introducir en nuestro proceso penal un recurso de apelación a través del cual se puedan impugnar tanto las sentencias condenatorias como las que absuelvan al acusado o le condenen a una pena menor que la pedida por las acusaciones o por un título diferente. Este recurso encontraría una excepción relevante, pues se limitaría el recurso para las partes acusadoras cuando se funde en la modificación de la valoración que se hubiera realizado en la primera instancia de las pruebas personales practicadas ante el tribunal *a quo*, que no podría ser ya revisada.

Como autoriza el art. 2.2 del Protocolo nº 7, el derecho a un doble grado de jurisdicción para el condenado se puede excepcionar cuando se trate de infracciones menores, cuando el interesado hubiera sido juzgado en primera instancia por el más alto tribunal, o cuando hubiera sido declarado culpable y condenado como consecuencia de un recurso contra su absolución.

Sin duda que la introducción de estos supuestos de exclusión del derecho al recurso en nuestro sistema supondría un notable alivio a la organización de tribunales en el orden penal y responden a un razonable equilibrio de las partes procesales en la tradición jurídica española.

Es verdad que estas excepciones del sistema europeo de derechos humanos no tienen encaje en el PIDCP, tal y como viene siendo interpretado por el Comité, de modo que en el caso español tanto los aforamientos ante la Sala Penal del Tribunal Supremo, previstos en la CE y en la LOPJ, como la posibilidad de condena estimando un recurso de la acusación podrían merecer algún reproche futuro del aludido Comité.

Sin embargo aparece un punto de inflexión en los Dictámenes del Comité, tomando en consideración estas circunstancias en el voto particular que en el Dictamen del caso Gomariz (CCPR/C/84/D/1095/2002) formuló la Sra. Ruth Wedgwood, miembro del Comité, para quien “el criterio de la mayoría, de ser aplicado como una norma con carácter amplio, podría trastocar los sistemas judiciales de muchos países de tradición jurídica romanista en los que una absolución dictada por un tribunal de primera instancia puede ser declarada nula y ser sustituida por una condena por un tribunal de segunda instancia reunido para revisarla, y puede no existir posibilidad de interponer nueva apelación, de pleno derecho, contra la decisión de ese tribunal de segunda instancia... En una cuestión tan fundamental para la estructura de los sistemas judiciales nacionales en los países de tradición romanista, deberíamos prestar cierta atención a las opiniones de los Estados Partes, así como a su práctica generalizada. Ello es especialmente aplicable a la interpretación del texto de una disposición del Pacto cuya redacción ha sido históricamente ambigua, y en relación con la cual algunos Estados han mantenido explícitamente su derecho a continuar con esas prácticas, sin que otros Estados Partes hayan presentado objeciones al respecto”.

Cabe esperar que el Comité termine considerando que los países que integran el Consejo de Europa, que han abanderado históricamente la lucha por los derechos humanos junto con EE.UU., no aprueban y aplican una disposición como el Protocolo nº 7 para vulnerar el PIDCP, sino que su tradición jurídica les lleva a garantizar de otro modo distinto al que es propio de los EE.UU. los derechos de impugnación contra una sentencia condenatoria, sin que eso represente una suerte de rebeldía o de traición al sentido y a la finalidad del Pacto.

En todo caso, desde el momento en que la solución legislativa española se concrete, esperamos que en la próxima legislatura, se podrá ratificar el Protocolo 7º del CEDH, pues España es uno de los siete países que aún no lo han ratificado (junto a Alemania, Andorra, Bélgica, Holanda, Reino Unido y Turquía). De este modo se dará cumplimiento a uno de sus mandatos más importantes: que la ley regule el ejercicio del derecho a la impugnación de las sentencias condenatorias, incluyendo los motivos por los que se puede interponer, y, al propio tiempo, se satisfarán esencialmente las exigencias del PIDCP.

A este respecto cabe sugerir que, de continuar el Comité con la interpretación literal del art. 14.5, puede resultar oportuno plantear una Declaración o una reserva relativa a ese texto internacional, como han hecho la práctica totalidad de los países europeos, recogiendo algu-

na de las excepciones que luego se reflejaron en el Protocolo nº 7; así resulta de las reservas al PIDCP formuladas por Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Italia, Holanda o Luxemburgo. De este modo se salvarían las especificidades del ordenamiento jurídico español, en el marco de las disposiciones de los países de nuestra misma tradición jurídica, en cuanto a los aforamientos ante la Sala Penal del TS, y a la posibilidad de que se dicte una sentencia de condena como consecuencia de un recurso de la acusación contra una sentencia absolutoria.

13. EL ENCAJE DEL RECURSO DE APELACIÓN PENAL EN LA ORGANIZACIÓN JUDICIAL ESPAÑOLA

Como último punto en el análisis de la posible introducción de un recurso de apelación en nuestro proceso penal, que se aplique no sólo a las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Penal, sino las que pronuncian órganos colegiados, es preciso apuntar algunas consideraciones, a la luz del texto legal proyectado, modificando la LOPJ, en razón al cumplimiento del objetivo de generalizar la segunda instancia penal.

En primer lugar, entiendo que debe mantenerse el enjuiciamiento de los que, por mandato de la CE o de la LOPJ, se encuentran aforados ante la Sala de lo Penal del TS, como una resolución no susceptible de revisión, al amparo de lo previsto en el Protocolo nº 7 del CEDH. Desde luego que quedarían a salvo los errores o defectos advertidos en la sentencia del órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes que supusieran al propio tiempo una infracción de derechos constitucionales; en este caso se podría acudir al planteamiento de un incidente de nulidad de actuaciones y, caso de ser desestimado, interponer un recurso de amparo.

La solución contenida en el Proyecto de Ley, creando en la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo dos secciones, una de enjuiciamiento y otra de apelación, no resulta acertada y posiblemente trajera más problemas de los que pretende solucionar. De una parte, habría que constituir *ad casum* la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, es verdad que con reglas preestablecidas en el ámbito de la Sala de Gobierno, pero las Secciones habrían de estar funcionalmente subordinadas al establecerse un órgano *a quo* (la Sección de enjuiciamiento) y otro *ad quem* (la Sección de apelación) en el mismo órgano y, por lo tanto, ambas Secciones se encuentran en el mismo nivel jerárquico.

En segundo lugar, y por lo que hace a los aforamientos ante la Sala de lo Penal (y Civil) de los Tribunales Superiores de Justicia, encomendando la decisión del recurso de apelación a la Sala Especial del art. 77 LOPJ, tampoco parece la mejor de las soluciones, porque esa Sala, formada por el Presidente del Tribunal, los Presidentes de Sala y el Magistrado más moderno de cada una de ellas, tiene sentido para resolver las recusaciones, pero es más que dudosa su aptitud para decidir una impugnación en materia penal. La ausencia de especialistas en esta materia puede ser un serio inconveniente para atribuirle esta competencia, puesto que, dado el modo en que se conforma el Tribunal Superior de Justicia, formarán la Sala del art. 77 el Presidente de la Sala de lo Contencioso-administrativo, el de la Sala de lo Social, así como el magistrado más moderno de cada uno de estos dos órdenes jurisdiccionales, junto con el Presidente del TSJ y el magistrado más moderno de la Sala de lo Civil y Penal.

En tercer lugar se plantea el problema de las apelaciones contra sentencias dictadas por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. La solución proyectada ha sido la de crear una Sala de Apelación dentro de la Audiencia Nacional para conocer de los recursos de esta clase que establezca la ley contra las resoluciones de la Sala de lo Penal, así como del recurso de revisión que la ley establezca contra los decretos del secretario judicial (art. 64 bis.1). Parece que se trata de una Sala situada en una posición de cierta preeminencia sobre el resto: así, aparece la primera en la proyectada modificación de la Ley de demarcación y planta, y a su presidente se le exige mayor antigüedad para su nombramiento (art. 333.1 del Proyecto), pues frente a los diez años que se exigen para la presidencia del resto de las Salas, para la de Apelación se exigen quince años. No parece que esta medida sea desacertada, aunque resulta extraño concebir un mismo órgano con Salas de distinto grado, y subordinadas a una de ellas.

La solución que se ha proyectado, para conocer de los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales, atribuyendo la competencia a la Sala de lo Penal (y Civil) de los Tribunales Superiores de Justicia, si bien no presenta problemas de encaje en la organización judicial española, aparecen sin embargo serias dudas sobre la oportunidad de esta decisión. Salvo que se modifique la composición de ese órgano, que se integra por el Presidente y dos o cuatro magistrados, de los que uno o dos son designados a propuesta de la Comunidad Autónoma, resulta evidente que la materia penal puede ser totalmente ajena al conocimiento y especialización de los magistrados de esta Sala. Por ello cabría pensar en varias soluciones alternativas: por una parte, dividir la Sala de lo Civil y Penal en dos,

una integrada en el orden jurisdiccional civil y otra en el penal, cada una de las cuales obviamente integradas por magistrados especialistas en esas materias; por otra parte, incrementar la planta de esa Sala con los magistrados especialistas en penal allí donde sea necesario. Una tercera vía, que no parece la más acertada, pasaría por establecer en las Audiencias Provinciales unas Secciones de Apelación, a las que se encomendaría el conocimiento de estos recursos sea contra resoluciones de los Juzgados de lo Penal, sea contra resoluciones de las Secciones “ordinarias” de la Audiencia.

NOTAS

1. Sobre la apelación penal, VARELA GÓMEZ, *El recurso de apelación penal*, Valencia, 1997.
2. Como es conocido, a pesar de que en la LECRIM se denomine “recurso de apelación” al que puede interponerse contra las sentencias dictadas por el magistrado-presidente en el juicio por jurados, en puridad se trata de un recurso extraordinario. Como señala CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal* (con Moreno Catena), 3ª ed., Valencia 2008, pág. 538, “la necesidad de fundar el recurso exclusivamente en alguno o algunos de los motivos recogidos en el art. 846 bis c) nos pone de frente a un medio de impugnación extraordinario ciertamente parecido al recurso de casación. No hay en este recurso ningún signo de apelación en el sentido técnico jurídico de medio de gravamen; no se busca un segundo conocimiento de la causa, sino determinar si el magistrado-presidente del Tribunal del Jurado ha cometido alguna de las violaciones legales que pueden incluirse dentro de algunos de los motivos que se recogen en el citado art. 846 bis c)”.
3. GÓNZALEZ CANO “El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el derecho al recurso penal en el ordenamiento español”, en *Tribunales de Justicia*, num.2, febrero 2001.
4. Vid. lo señalado antes (nota 2) respecto de la naturaleza del recurso de apelación en el juicio por jurado, que representa en realidad un supuesto de recurso extraordinario.
5. Que, como ya se ha sostenido, la apelación en el juicio por jurados no constituye en realidad un supuesto de recurso de apelación que dé paso a una segunda instancia, sino que integra un recurso extraordinario más próximo a la casación que a la apelación, a pesar de que la ley denomine de este modo.
6. VIVES ANTÓN, “Más allá de toda duda razonable”, en *Teoría y Derecho*, 2/2007.
7. COLOMER HERNÁNDEZ, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Valencia, 2003.
8. Cfr. SÁNCHEZ YLLERA, “Facultades de valoración del tribunal ad quem (especial referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional nº 167/2002)”, en *Los recursos de apelación y casación en el orden penal*, Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2007.
9. En general, sobre la prueba en la apelación penal, cfr. CALDERÓN CUADRADO, *La prueba en el recurso de apelación penal*, Valencia, 1999.
10. En Italia, la Ley n 46/2006, de 20 de febrero, llamada ley Pecorella, modificó el art. 503 del CPP, prohibiendo con carácter general la apelación contra las sentencias absolutorias; sin embargo la sentencia n. 26/2007, de 6 de febrero, de la Corte Costituzionale declaró la ilegitimidad constitucional del precepto en ese extremo. Cfr. sobre los límites a la apelación del Ministerio Fiscal, GUALTIERI, “Il secondo grado di giudizio: ambito e limiti”, en *Cassazione penale*, abril 2007.
11. En este sentido la sentencia de Green v. United States cita las siguientes: United States v. Ball, 163 U.S. 662 (1896); Peters v. Hobby, 349 U.S. 331 (1955); Kepner v. United States, 195 U.S. 100 (1904); United States v. Sanges, 144 U.S. 310 (1892).
12. Cfr. en http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/treaty5_asp.htm España, cuando ratificó el PIDCP no formuló declaración o reserva alguna, probablemente por haberlo ratificado más tardíamente, en abril de 1977, y por el lógico afán de incorporarse de inmediato al sistema internacional de derechos humanos tras una dictadura tan prolongada.

Fecha de recepción de originales: 13 de junio de 2008

Fecha de aceptación de originales: 5 de noviembre de 2008

RESUMEN

En el artículo se analiza y se pone en cuestión la distinción entre dos tipos de derecho penal que Günther Jakobs establece en su artículo “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo” (2003, 2004). Por una parte, esa distinción es una distinción confusa que no se sostiene precisamente ante los referentes clásicos a los que Jakobs apela. Y por otra parte es una distinción que no hace sino tapar algunos importantes problemas relacionados con los límites del derecho penal, a los que esa distinción parece referirse. Con intención sistemática, en el artículo se recurre a los conceptos de *persona* y *pena* de la “Filosofía del derecho” de Hegel, a conceptos básicos de *Sobre la paz perpetua* de Kant, a la discusión clásica sobre el concepto de *bellum punitivum*, y también a *El concepto de lo político* de Carl Schmitt, para mostrar que la distinción de Jakobs, al no tener el alcance y capacidad de diferenciación que tienen los conceptos clásicos a los que recurre, confunde aspectos que precisamente en Derecho penal es importante mantener separados.

PALABRAS CLAVE

DERECHO PENAL DEL CIUDADANO, DERECHO PENAL DEL ENEMIGO, PERSONA, PENA, HEGEL, KANT.

ABSTRACT

In this article, the distinction between two sorts of criminal law, which Günther Jakobs asserts in his article “Civil criminal law and enemy criminal law” (2003, 2004) is analyzed and questioned. On the one hand, this distinction is confusing, and it does not remain in opposition to the classics whom Jakobs appeals to. On the other hand, it is a distinction which covers some important problems, related to the boundaries of criminal law, which this distinction seems to refer to. With a systematic intention, this article resorts to the notions of *person* and *sentence* from Hegel’s “Philosophy of Law”; to basic concepts from Kant’s *Perpetual Peace*; to the classical discussion on the concept of *bellum punitivum*; and also to the Carl Schmitt’s *Concept of the Political*, in order to show that Jakobs’ distinction, because it has not the scope and the same differentiation capacity as the classics he refers to, confuses some aspects, which precisely in criminal law, it is very important to maintain separately.

KEY WORDS

CIVIL CRIMINAL LAW, ENEMY CRIMINAL LAW, PERSON, PUNISHMENT, HEGEL, KANT.

SOBRE LA DISTINCIÓN DE GÜNTHER JAKOBS ENTRE “DERECHO PENAL DEL CIUDADANO” Y “DERECHO PENAL DEL ENEMIGO”*

Manuel Jiménez Redondo

Catedrático de Filosofía
Universidad de Valencia

Sumario: 1. Primera Parte: los conceptos de guerra, pena y persona. A) Concepto de guerra en Kant y en Francisco de Vitoria. B) Concepto de pena. C) “Orientación por las consecuencias” en la concreción social del concepto de pena. D) La pena de muerte. E) Concepto de persona. 2. Segunda Parte: las tesis fundamentales de Jakobs. A) Dos polos en el derecho penal. B) Referencia a los clásicos del iusnaturalismo. C) La tesis de que la personalidad en derecho no puede mantenerse de un modo puramente contrafáctico. D) La referencia a Guantánamo. E) ¿Ciudadanos como enemigos? F) Universalismo y particularismo en la noción jurídica de persona y en el supuesto básico de personalidad. 3. Tercera Parte: a modo de conclusión.

No entiendo muy bien la importancia que parece haber cobrado entre los teóricos del Derecho Penal la distinción de Günther Jakobs entre “derecho penal del ciudadano” y “derecho penal del enemigo”. A mí me parece que es una distinción confusa, que precisamente no se sostiene ante los referentes clásicos a los que Jakobs apela, que se hace aun más confusa por la brillantez y contundencia con que Jakobs la

introduce, brillantez que no hace sino tapar algunos importantes problemas que tienen que ver con esa distinción.

Me voy a referir únicamente al artículo de Jakobs “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo” (en: Günther Jakobs, Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, editorial Aranzadi, Madrid 2003). Para articular la discusión, me referiré primero muy

* Ponencia presentada el 20 de junio de 2008 en el seminario del proyecto de investigación “La libertad como proyecto de convivencia: fundamentación y crisis” (SEJ 2005-0380), dirigido por el profesor Tomás Vives Antón, Departamento de Derecho Penal, Universidad de Valencia.

brevemente en una *primera parte* a los conceptos de guerra de Francisco de Vitoria y de Kant, e introduciré, también muy brevemente, los conceptos de pena y de persona de la “Filosofía del derecho” de Hegel. En una *segunda parte*, pasaré a referirme a cada una de las tesis de las seis secciones de las que consta el artículo de Jakobs. Y en una *tercera parte* me referiré muy brevemente a algunos límites del Derecho penal.

1. PRIMERA PARTE: LOS CONCEPTOS DE GUERRA, PENA Y PERSONA

A) CONCEPTO DE GUERRA EN KANT Y EN FRANCISCO DE VITORIA

La idea de Kant en la “Filosofía del derecho” de la *Metafísica de las costumbres* es que en el contexto de lo que es el derecho moderno no tiene ningún sentido el concepto de *bellum punitivum*, y, si eso es así, *a fortiori* tiene que resultar cuestionable desde el punto de vista de Kant la idea de un “derecho penal del enemigo”. En el derecho internacional contemporáneo, tanto de derecho como de hecho, se ha vuelto a introducir el concepto de *bellum iustum* (se ha introducido porque en realidad nunca quedó verdaderamente excluido), pero me parece que la idea de “derecho penal del enemigo” no es una forma aceptable de abordar los problemas que se siguen del concepto de *bellum iustum*, y eso tanto en lo que se refiere al interior de un ordenamiento jurídico como a su exterior. En sus *relecciones* “de indiis” y “de iure belli” Francisco de Vitoria opera con ese concepto tradicional de *bellum iustum*, que después Kant rechaza. Fundiendo el razonamiento de Kant y el de Francisco de Vitoria habría que decir: la guerra es la situación de quiebra del derecho o la situación de no-derecho; derecho de guerra sólo puede significar, por tanto, el intento de poner derecho en la situación de no-derecho, a fin de facilitar el retorno al Estado de derecho (hasta aquí lo que es más o menos el razonamiento de Kant)

o de acabar poniendo bajo el derecho la situación de quiebra criminal del derecho y, por tanto, de acabar subsumiendo bajo el Derecho penal al que están sujetos todos los ciudadanos el no-derecho o injusticia que la enemistad o el comportamiento general del enemigo hayan podido implicar (hasta aquí el razonamiento de Francisco de Vitoria). Por tanto, ni para Kant hay algo así como “derecho penal del enemigo”, pues eso no sería sino perpetuar la situación de no-derecho que es la guerra, ni para Francisco de Vitoria hay “derecho penal del enemigo” que no sea el “derecho penal del ciudadano”, pues eso sería poner fuera del derecho y pervertir la justicia del *bellum iustum* y, por tanto, implicarse en un estado de guerra ya no justa sino injusta a su vez.

B) CONCEPTO DE PENA

En el § 100 de su *Filosofía del derecho*, Hegel introduce un concepto de pena que se basa en el concepto enfático de persona, en el concepto de ser libre, e incluye tanto el lado que, como vamos a ver enseguida, Jakobs llama de *contradicción* como también el lado que Jakobs llama de *medidas contra el individuo peligroso*. El texto de Hegel es oscuro, como ocurre siempre con Hegel, pero la idea básica es que quien comete un delito, *con ese delito ha puesto un derecho* al que queda sometido, y, quedando sometido a él, queda así restablecida la universalidad del derecho que él ha querido suplantar con su voluntad particular. O también: frente a la universalidad, la infracción pone una particularidad que queda anulada cuando se la toma en serio en su pretensión de sustituir a la universalidad, y eso no es sino hacer honor a la propia racionalidad del infractor.

Hay un momento en el artículo de Jakobs (pág. 37) en el que éste, a propósito de Rousseau, califica de “idílica” esta perspectiva de Hegel; yo no la considero tan idílica, pues lleva a Hegel a justificar para ciertos delitos la pena de muerte, cosa con la que no estoy de acuerdo, como indicaré después. Pues bien, dice Hegel que la lesión que con la pena experimenta quien comete un delito, “no sola-

mente es justa, y en cuanto justa, esa pena es a la vez la *voluntad en sí* del infractor, es existencia de su libertad, su pena es su derecho; sino que la pena es un derecho que viene puesto en el infractor mismo, es decir, en su voluntad existente, en su acción. Pues en la acción del infractor, ya que el infractor es un ser racional, tiene que haber algo conceptual, algo universal, es decir, por medio de esa acción queda puesta una ley, que él ha reconocido cometiendo el acto que ha cometido, ley bajo la que él puede, por tanto, ser subsumido como siendo ese su derecho [...] El que la pena se considere incluida en su misma acción como conteniendo esa acción el derecho del infractor, eso es lo que honra como ser racional a aquel que ha cometido un delito. Y no se le hace este honor como ser racional, si no se toma de su acto el concepto y medida de su pena, y tampoco se le hace este honor como ser racional cuando sólo se lo considera como un animal dañino que hubiera que hacer inofensivo, o sólo se procede contra él con fines de disuasión o de rehabilitación.” En todo caso, aunque la pena no pueda ser *sólo disuasión y rehabilitación*, sino, ante todo, *derecho* del ser racional, es claro que el haber de tomarse contra el infractor medidas preventivas una vez puesto su acto, y, por supuesto, también la idea de rehabilitación o al menos una cierta idea de rehabilitación, vienen incluidos también en la universalidad y concreción social de la pretensión de universalidad de ese acto.

C) “ORIENTACIÓN POR LAS CONSECUENCIAS” EN LA CONCRECIÓN SOCIAL DEL CONCEPTO DE PENA

Sobre esta *concreción social*, es decir, sobre la necesaria “orientación por las consecuencias” en la *pretensión de universalidad* implicada por el acto del infractor, universalidad en que se funda la pena o que es la pena, habla Hegel en el § 218 de la *Filosofía del derecho*. Lo que dice Hegel puede entenderse en el sentido de circunstancias sociales que pueden exigir un endurecimiento de la penas, o de circunstan-

cias sociales que, al contrario, exigen que éstas se atemperen, pero difícilmente puede entenderse en el sentido de una oposición entre la *persona sujeto de derecho* y el *individuo peligroso*, como la que enseña Jaksobs introduce.

Dice Hegel: “Por cuanto la propiedad y la personalidad han encontrado en la sociedad civil reconocimiento legal y validez legal, el delito no es ya solamente una vulneración de la personalidad, sino de la personalidad socialmente reconocida y, por tanto, de lo que es interés general de todos, interés que en la sociedad moderna ha cobrado una existencia sólida y fuerte. Con lo cual entra en consideración el punto de vista de la peligrosidad que la acción tiene para la sociedad, a causa de la cual, por un lado, la magnitud del delito puede verse reforzada, o, por otro, el poder de la sociedad, al haberse vuelto seguro de sí mismo, rebaja la importancia externa de la vulneración y da lugar a una mayor suavización en el castigo de las infracciones...”. Estos cambios de magnitud “dependen del estado de la sociedad civil, y en ese estado radica la justificación de ésta para castigar el robo de una cantidad no muy grande incluso con la pena de muerte, o de imponer incluso al robo de cantidades grandes penas muy débiles. El punto de vista de la sociedad civil, es decir, el que las infracciones se hayan convertido en asuntos que conciernen a todos, aunque parece agravar el delito, ha sido, sin embargo, el principal ingrediente que ha llevado a una suavización de las penas. Un código penal pertenece principalmente a su tiempo y al estado de la sociedad civil en un determinado momento.”

D) LA PENA DE MUERTE

Como la cuestión de la pena de muerte se va a traslucir en algunos de los puntos que voy a tocar, conviene decir algo sobre ella. En un “agregado” al § 100 de la *Filosofía del derecho*, es decir, en las explicaciones sobre ese párrafo dadas por Hegel en clase y tomadas por los estudiantes se dice: “Lo que Cesare Beccaria exige, a saber: que el hombre habría de dar

su consentimiento a su castigo, es totalmente correcto, pero el infractor lo ha dado ya mediante su acto. Y se sigue tanto de la naturaleza del delito como de la propia voluntad del delincuente el que la vulneración que el delito representa deba quedar cancelada. Pese a esto último, los esfuerzos de Beccaria por la abolición de la pena de muerte han tenido efectos ventajosos. Aun cuando ni José II ni los franceses hayan logrado nunca imponer esa abolición, sí que se ha empezado a ver qué delitos merecen la muerte y cuáles no. La pena de muerte se ha vuelto así cada vez más rara, y está muy bien que siga siendo así, siendo como es el punto culminante en el terreno de la pena.”

Estoy, sin embargo, de acuerdo con Beccaria en que la pena de muerte no la merece ningún acto, ni siquiera conforme al propio razonamiento de Hegel. La razón es que cuando yo me “amaneci”, cuando yo me di cuenta de que yo estaba ahí, ahí estaba yo como un viviente sin haberme puesto yo, y en algún momento se personará la naturaleza a reclamarme lo que sólo tengo en préstamo, mi vida, que, aunque sea la mía, no es mía en el sentido de tenerla en propiedad, ni tampoco es de los otros, sino que es una cosa de nadie, una *res nullius*, que según el título I del libro II de las *Institutiones* de Justiniano son las cosas “sagradas”, “religiosas” y “santas”, las cosas que, por pertenecer al más-allá en que la existencia humana consiste, son intangibles, de las que ni yo ni el otro, en derecho, podemos disponer.

Así como el derecho de personas antiguo se basa en la transferencia de un concepto del derecho de personas al de cosas, por la que hay personas que quedan convertidas en cosas a disposición de otros, el derecho moderno se basa en este sentido en una transferencia del derecho de cosas al de personas, por la que una clase de cosas, la de las *res nullius*, sirve para definir el carácter básico de toda persona. En palabras de Kant, el hombre como ser libre se encuentra consistiendo en un más-allá de sí mismo y de todo, que ya no está para otra cosa, es decir, el hombre se encuentra siendo como un fin, no para sí mismo, no para otros, sino como un *fin en sí*. El imperativo:

“No te dejes tratar nunca sólo como un medio, sino siempre también como el fin en sí como el que te encuentras siendo” es para Kant el ingrediente más básico de la *honestas iuridica*, del sentimiento y conciencia moderna del derecho. Y es muy cuestionable que en derecho pueda disponerse de la vida sobre la que ese *fin en sí* se asienta.

E) CONCEPTO DE PERSONA

De la conexión entre el concepto de persona y el concepto de derecho se habla de paso, pero terminantemente, en el § 190 de la “Filosofía del derecho”: “En el derecho el sujeto es la *persona*, en el punto de vista moral el *sujeto moral*, en la familia el *miembro de la familia*, en la sociedad civil el *ciudadano* en cuanto burgués, y en el punto en que estamos, en el sistema de las necesidades, es el *hombre*, ese *concretum* de la representación, de modo que hablando con precisión es sólo aquí donde podemos emplear este término”. Por tanto, hablando con precisión y propiedad, hablar del *sujeto* o del *objeto del derecho* es hablar de la *persona*.

Este concepto de *persona* como sujeto y objeto del derecho se define en el § 35 en unos términos que implican la exclusión de cualquier discrecionalidad en el empleo de la noción de persona en el terreno del derecho moderno: “La universalidad de esta voluntad libre para sí es la relación formal, la relación auto-consciente, la relación consigo del sujeto en su propia singularidad por encima de todo contenido. El sujeto es, por tanto, *persona*.... La personalidad comienza cuando el sujeto cobra una autoconciencia de sí no como un *yo* concreto o como un *yo* determinado de una u otra manera, sino cuando cobra conciencia de sí como un *yo* completamente abstracto... La personalidad implica, por tanto, un saber de sí como objeto, pero como un objeto elevado a la simple infinitud por el pensamiento y, por tanto, como un objeto puramente idéntico a sí mismo. Los individuos y los pueblos no han alcanzado todavía ninguna personalidad mientras no hayan llegado a este puro pensar y saber. El espíritu que es en y para sí [es decir, la

conciencia moderna] se distingue, pues, del espíritu en sus figuras anteriores [es decir, de las formas de conciencia anteriores] en que éstas tienen conciencia de sí pero sólo conforme a la voluntad natural y a las oposiciones externas, mientras que el hombre moderno, se tiene por objeto a sí mismo como *yo* abstracto y libre, y es *persona*.”

Al poner a la base del derecho moderno este concepto enfático de *persona*, Hegel está haciendo uso de conceptos del Derecho romano y está explicando la conciencia moderna desde ellos. Y conviene subrayar, como ya hice en una sesión anterior de este mismo seminario, dedicada a la obra de John Rawls, que esos conceptos son siempre de fundamental importancia tanto en la conceptualización de Kant como en la de Hegel, y a través de Kant y Hegel subyacen en buena parte del pensamiento político posterior a ellos, que se guía por ellos.

Conforme al título III del libro I de las *Instituciones* de Justiniano “la distinción suprema del derecho de *personas* es que todos los hombres o son libres o son esclavos.” El sujeto y objeto del derecho es, pues, la *persona*. La libertad, de la cual viene la denominación de libres, “es la facultad natural de hacer cada uno lo que quiera, a no ser que se lo impida la fuerza o el derecho”. Y la esclavitud “es una institución del derecho de gentes, por la que alguien es sometido al dominio ajeno *contra naturam*.” Pues, como se dice en el título II, “el derecho de gentes es común a todo el linaje humano. Pues las naciones establecieron entre sí ciertas leyes, exigidas por el uso y por las necesidades humanas: aparecieron las guerras y con ella la cautividad y la esclavitud, que son contrarias al derecho natural. Ya que por derecho natural todos los hombres nacían libres desde el principio (*iure enim naturali ab initio omnes homines liberi nascebantur*.)” La existencia moderna puede entenderse entonces como resultado de la reclamación de principio por la que el hombre se repone a sí mismo tal como salió de las manos del Creador, tal como era en el origen; así lo entiende John Locke, por

ejemplo; y Kant, para conceptualizar esto mismo, recurre a aquella transferencia del derecho de cosas al de personas, a la que me he referido más arriba, que implica que la *libertas* deja de ser una *institutio* al lado de la *servitus* y se convierte en principio del derecho, con lo cual la *libertas* ya no puede recibir legítimamente del derecho otra limitación o impedimento que la igual libertad de todos y de cada uno, ni se puede ejercer sobre ella legítimamente otra fuerza que la ordenada a hacer valer la igual libertad. Esta *libertas* convertida en principio del derecho es el ingrediente más básico de la noción enfática de persona y personalidad que Hegel pone a la base del derecho moderno.

Ahora bien, *bella orta sunt*, nacieron las guerras. La libertad original, también la libertad original repuesta o restablecida, es un estado de guerra. Esta libertad sólo puede hacer frente a su propio carácter autodestructivo haciéndose viable mediante el artificio (Hobbes) de un Estado de derecho, es decir, de un ordenamiento proveniente de la soberana voluntad unida de todos, que se haga efectivamente valer, y en el que en ninguno de sus pasos y niveles la libertad moderna se desmienta a sí misma. El ordenamiento ha de poder entenderse como la existencia y viabilidad que se ha dado la facultad de todos y de cada uno de organizar su existencia conforme al sentido último que ésta tenga para él, sin pedir autorización ni permiso a nadie, con la única limitación de reconocer ese mismo derecho a todos los demás, es decir, el ordenamiento ha de poder entenderse como “libertad bajo leyes generales” provenientes de la voluntad razonablemente concordante de todos.

Tenemos entonces que el concepto enfático de *persona* es el concepto mismo del sujeto y objeto del derecho y que la *personalidad* es el supuesto fundamental de toda pelea por el Estado moderno de derecho y también de toda reconducción del estado moderno de guerra al Estado de derecho.

2. SEGUNDA PARTE: LAS TESIS FUNDAMENTALES DE JAKOBS

Una vez planteadas las cosas como las he planteado, podría objetarse que todo lo que voy a decir es simplemente un jugar haciendo trampa. Pues si éstos son los conceptos básicos de derecho, de persona y de pena de los que hay que partir, entonces las tesis que sostiene Jakobs en su artículo “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo” son difícilmente sostenibles. Jakobs tiene además un libro, al que se remite en su artículo, que versa, entre otros temas, sobre la norma y la vulneración de la norma, del que yo he prescindido aquí. Pero aun sin negar que la discusión con Jakobs podía y debería ser más amplia, el caso es que Jakobs me parece que está apelando constantemente a la autoridad de los clásicos y que éste es un elemento importante no tanto en su argumentación como en su brillante retórica, y por el momento yo me voy a limitar a tomar sus tesis por este lado. Voy a cotejarlas con las posiciones de los clásicos siguiendo por orden los seis apartados de su artículo.

A) DOS POLOS EN EL DERECHO PENAL

Jakobs empieza diciendo que “derecho penal del ciudadano” y “derecho penal del enemigo” son sólo dos polos de todo derecho penal. Y argumenta del siguiente modo (páginas 24-26). La pena es coacción. “Lo primero que tenemos en la coacción es la coacción en cuanto portadora de un significado, en cuanto portadora de la respuesta al hecho.” Y Jakobs pasa a explicarse al modo de Hegel: el hecho, como hecho de una persona racional, significa algo, significa una desautorización de la norma, un ataque a su vigencia, y la pena también significa algo: significa que la afirmación del autor es irrelevante y que la norma sigue vigente sin modificación, manteniéndose, por tanto, la configuración de la sociedad.

Y añade refiriéndose al lado de lo que Hegel llama “concepto de pena por el lado de su existencia”: “Pero la pena no sólo significa algo sino que también produce físicamente algo.

En este aspecto, la coacción no pretende significar nada, sino que pretende ser efectiva, lo que implica que no se dirige contra la persona en derecho sino contra el individuo peligroso. Eso quizá se advierta con más claridad si se pasa del aseguramiento de la pena privativa de libertad a la custodia de seguridad en cuanto medida de seguridad [...] Por lo tanto, en lugar de una persona que de por sí es competente y se contradice a través de la pena, aparece el individuo peligroso contra el cual se procede —en este ámbito a través de una medida de seguridad, no mediante una pena— de modo físicamente efectivo: lucha contra un peligro en lugar de comunicación, derecho penal del enemigo [...] en vez de derecho penal del ciudadano, y la voz “Derecho” significa en ambos conceptos algo claramente diferente...”.

Pues bien, si se entiende que el “individuo peligroso”, precisamente en cuanto sujeto y objeto del derecho penal, es *persona* y que ingrediente esencial del derecho moderno es la noción de personalidad, la idea en que se basa este razonamiento de Jakobs de que la pena, en cuanto coacción que busca efectividad, “no se dirige contra la persona en Derecho, sino contra el individuo peligroso” de modo que hay que distinguir dos polos contrapuestos en todo derecho, me parece que es un sinsentido que no necesita más comentario. Pues justamente ese *individuo peligroso* que Jakobs contrapone a la *persona* competente es en derecho penal precisamente la *persona*.

B) REFERENCIA A LOS CLÁSICOS DEL IUSNATURALISMO

Jakobs apela a Hobbes, Rousseau, Kant y Fichte. Vamos por partes.

Me parece que, pese al vuelco que la visión del orden de los delitos y las penas experimenta en el siglo XVIII, la legitimidad de la pena de muerte casi ha sido una obviedad durante todo el siglo XIX y hasta la mitad del siglo XX. Kant y Fichte, sensibles a la argumentación de Beccaria en favor de la abolición de la pena de muerte, tratan, sin embargo, de justificar conceptualmente lo que les parece una obviedad

para determinados delitos (básicamente para los delitos de asesinato y de rebelión y golpe de Estado); algo análogo es lo que ocurre también en Rousseau, cuya obra *El contrato social* es anterior a la publicación de *De los delitos y las penas* de Beccaria. Para justificar la pena de muerte, Rousseau y Fichte recurren a asimilar esos delitos a una situación de guerra, dentro de la cual tanto preventivamente, como, desde luego, defensivamente, parece lícito eliminar físicamente al adversario; pues dentro de un Estado de derecho, conceptualmente no es fácil —pienso yo— justificar la pena de muerte, o al menos surgen enseguida importantes argumentos en contra, que, como he dicho, tienen que ver con que ni mi vida ni la vida del otro son algo de lo que ni yo ni ese otro podamos disponer en principio.

Por otro lado, es claro que el delito de rebelión contra el Estado de derecho representa para Hobbes una especie de delito límite, pues este delito es el intento de vuelta o tiene por consecuencia la vuelta o puede tener por consecuencia la vuelta al estado original de no-derecho, al estado de guerra. Contra este delito el Estado de derecho reacciona quizá sometiendo hegelianamente al rebelde a la ley de la no-ley, al principio de que, al igual que en el estado de naturaleza, “todo vale”, incluyendo por supuesto la muerte, pues es el miedo a la muerte, y correlativamente a la muerte horrorosa del rebelde, que describe Voltaire en su comentario de 1776 al libro de Beccaria, lo que lleva a los hombres a abandonar el estado de no-derecho, contra el que el Estado de derecho se reafirma precisamente intensificando el miedo a la muerte. Pero en todo caso la pena es aquí para Hobbes una pena impuesta a un súbdito y, por tanto, a un ciudadano, dentro del sistema penal de un determinado ordenamiento jurídico, no elemento de un “derecho penal del enemigo”, si no es metafóricamente.

Jakobs es muy consciente de lo que he dicho. Por eso da otro paso más, que es el que hay que dar; pasa a Kant que es quien aclara conceptualmente bien toda esta problemática. Pero a mí me parece que interpreta muy mal a Kant.

Conviene empezar diciendo que Kant, aun siendo expresamente sensible a los argumentos de Beccaria, sostiene, como he dicho, discutiendo con Beccaria, la licitud o la justicia de la pena de muerte para determinados delitos, como el asesinato y la rebelión; pero no voy a entrar en esto.

Kant parte del derecho de libertad o del derecho al reconocimiento de la propia personalidad como “único derecho innato al hombre en virtud de su humanidad”. Y parte también hobbesianamente del carácter autodestructivo del derecho de libertad si éste no logra articularse como *libertad bajo leyes generales* que puedan entenderse como provenientes de la soberana voluntad unida de todos, que se haga efectivamente valer. Sólo así sigo siendo libre: no quedando sometido sino a las leyes que yo me he dado junto con los demás para hacer viable nuestro igual derecho de libertad.

Ahora bien, la constitución de ese poder soberano no tiene en Kant ningún aspecto arcaico. Pues ese poder capaz de dictar derecho y de imponer el derecho que dicta, aunque finalmente se haya constituido porque ha acabado recayendo en él el consentimiento de todos, representa una acumulación tal de capacidad de ejercer violencia, que seguramente su génesis diste mucho de ser edificante; un ejemplo de ello podría ser el caso de Cromwell. Y, sin embargo, Kant piensa que, aunque, por supuesto, el origen de la soberanía es siempre históricamente contingente, ese origen “es inescrutable en sentido práctico”, es decir, que incluso el ponerse a buscarle las vueltas a la soberanía, no a título de curiosidades históricas, sino para derrumbarla en la práctica, con el consiguiente retorno al estado de no-derecho, es el delito supremo al que el Estado de derecho reacciona con las penas más severas contra el súbdito y, por tanto, contra el ciudadano que emprende tal cuestionamiento. En este punto Kant viene a coincidir con Hobbes.

Asunto distinto es mi relación o nuestra relación con quienes no han entrado conmigo o no han entrado con nosotros en un Estado de derecho. La posición de Kant es clara. Por el riesgo que su propio estado representa para

nuestro estado de libertad articulada conforme a leyes generales, tengo derecho o tenemos derecho a echarlos de nuestro lado, o a obligarlos a entrar en un Estado de derecho con nosotros; “tenemos derecho” significa aquí: si lo hacemos, nadie podría reprochárnoslo con argumentos racionales.

Jakobs, sin embargo, describe así (páginas 32-34) la posición de Kant en lo que se refiere a esto último: “En consecuencia, quien no participa en la vida en un estado comunitario-legal debe irse, lo que significa que es expelido (o impelido a la custodia de seguridad); en todo caso no hay que tratarlo como persona, sino que se le puede “tratar”, como anota expresamente Kant, “como un enemigo” [...] Hobbes y Kant conocen un derecho penal del ciudadano —contra personas que no delinquen de modo persistente por principio— y un derecho penal del enemigo —contra quien se desvía por principio; éste excluye, aquél deja incólume el status de persona. El derecho penal del ciudadano es derecho también en lo que se refiere al criminal, éste sigue siendo persona. Pero el derecho penal del enemigo es derecho también en otro sentido. Ciertamente, el Estado tiene derecho a procurarse seguridad frente a individuos que reinciden persistentemente en la comisión de delitos; a fin de cuentas la custodia de seguridad es una institución jurídica. Más aun, los ciudadanos tienen derecho a que el Estado tome las medidas adecuadas... Pero en este derecho no se halla contenido en Hobbes el reo de alta traición, y en Kant quien permanentemente amenaza; se trata del derecho de los demás. *El derecho penal del ciudadano es el derecho de todos. En cambio, el derecho penal del enemigo es el derecho de quienes están contra el enemigo. Frente al enemigo ese derecho es sólo coerción física, hasta llegar incluso a la guerra.*” (pág. 34, el subrayado es de Jakobs).

A mí me parece que estas afirmaciones de Jakobs no son admisibles en *cuatro* aspectos.

Primero, no pueden aceptarse como interpretación de Hobbes, pues para éste, como ya he dicho, la pena que se impone al súbdito y, por tanto, al ciudadano por el delito de rebelión tiene lugar dentro del sistema penal de un Esta-

do de derecho. Y como también he indicado, lo que Hobbes dice es que el delito de rebelión es un delito límite, que desde el punto de vista del Estado de derecho es un intento de vuelta al no-derecho; y puede que Hobbes esté suponiendo, aunque ello ni es un elemento expreso de sus consideraciones ni desempeña ningún papel en ellas, que el Estado de derecho reaccione frente a ese delito poniendo al que lo comete bajo la ley de la no-ley, del “todo vale”. Esta suposición, que desde luego no es expresa en Hobbes, sería en todo caso una peculiar idea del tratamiento penal de una clase de delitos, pero no un “derecho penal del enemigo” frente a un “derecho penal del ciudadano”.

Hobbes dice expresamente en el capítulo 28 de *Leviatán*, al que apela aquí Jakobs, que “todo mal infligido por la autoridad pública sin condena pública precedente no debe entenderse como pena sino como acto hostil” y que, en ese caso, no estamos hablando de *ley* y *derecho*, sino de *guerra*, en la que todo es lícito y no hay distinción de culpables e inocentes, puesto que en ella no hay juez. Y dice también expresamente que *toda pena (punishment)*, no puede tener otra finalidad que el afianzamiento del derecho del Estado de derecho, y que es de ahí de donde la pena ha de tomar su medida.

Segundo, en lo que se refiere a la interpretación de lo que dice Kant, la situación en la que me enfrento a aquel, o en la que nos enfrentamos a aquel, que no ha entrado con nosotros en un Estado de derecho y que se resiste a hacerlo, es decir, ese estado de no-derecho, no es una situación en que rija un *derecho* penal del enemigo, sino que es un estado de *no-derecho*, de *guerra*.

Tercero, ese estado de no-derecho no puede interpretarse como un estado en que rija un “derecho *penal* del enemigo”, porque para Kant no hay *bellum punitivum*.

Cuarto, en lo que se refiere a trato, no hay tal cancelación de la perspectiva que representan la persona y la personalidad, porque, si bien la guerra no es precisamente una esfera de ejercicio del reconocimiento de la personalidad, todo intento de poner derecho en ese estado de no-derecho y todo intento de reducirlo a un Estado de derecho tiene la *personalidad como*

presupuesto y meta básicos, pues la idea enfática de personalidad va implicada en la propia idea de derecho.

Lógicamente, en el pasaje de *La paz perpetua* al que se refiere Jakobs, la idea de “tratar como enemigo” (*feindlich verfahren*) a quien se niega a entrar en un Estado de derecho conmigo (aunque aún no me haya hecho ninguna injuria), no hace referencia a ningún “derecho penal del enemigo”, sino a una situación de guerra; y mucho menos cabe decir que esa idea excluye la perspectiva de la persona y personalidad si de lo que se trata de imponer y hacer valer es el derecho.

De todos modos, me resulta chocante que Jakobs, para apoyar su idea de “derecho penal del enemigo”, recurra a esa nota de Kant en *La paz perpetua*, en la que Kant emplea la expresión “tratar como enemigo”, “proceder hostilmente”, *feindlich verfahren*, de forma totalmente genérica.

Kant dice: cuando vivo con el otro en un Estado de derecho, se supone que sólo me es lícito tratarlo como enemigo; es decir, proceder hostilmente contra él, esto es, llevarlo a los tribunales, cuando presuntamente me ha lesionado; pues al vivir conmigo en un Estado de derecho, el otro me ha dado ya garantías de que la posible lesión que me inflija, puede en principio ser reparada.

En cambio, cuando el otro se niega a entrar conmigo en un Estado de derecho, se supone que me es lícito tratarlo como enemigo, proceder hostilmente contra él, ya de entrada, pues se niega a darme aquella garantía; es decir, el otro no me ha dado ninguna garantía de que la lesión que pueda infligirme vaya a poder ser reparada; y naturalmente, en este caso se trata para Kant de una situación de guerra, pues en esa situación no hay juez. Kant coincide con Hobbes y con Locke en definir el estado de guerra como aquel estado en que no hay un juez que pueda aplicar de forma efectiva una legislación previamente conocida por las partes; el Estado de derecho es lo contrario de ese estado de guerra.

Por más vueltas que le doy, no veo cómo con esta nota de *La paz perpetua* puede apoyarse la idea de un “derecho penal del enemigo” con exclusión, además, de la idea de personalidad).

En relación con este punto se entiende bien por qué para Kant, en sentido normativo, no hay *bellum punitivum*, ni, por tanto, nada que se parezca a un “derecho penal del enemigo” como derecho que tienen quienes se enfrentan un enemigo o quienes derrotan a un enemigo. Nuestra relación con quien no ha entrado con nosotros en un estado de derecho o se resiste a hacerlo es la de una defensa de nuestra organización de la libertad conforme a leyes generales provenientes de la soberana voluntad unida de todos, que se imponen de forma efectiva. Ahora bien, el negarse a entrar en esa organización significa que esa negativa es un *status iniustus* en el sentido de que representa un radical riesgo para nuestro Estado de derecho o nuestro Estado de justicia; pero significa también que no hay ninguna ley general, tampoco penal, bajo la que estemos nosotros y él, y en tal situación no hay más remedio que aplicar el principio de *nullum crimen sine lege*; asimismo, en el caso de dos Estados de derecho independientes, ninguno de ellos está bajo las leyes penales del otro. La guerra, por tanto, no puede significar *derecho penal* del enemigo ni en el sentido de Jakobs ni en ningún sentido; simplemente, para Kant la guerra no es derecho penal. (Por otro lado, la idea de crímenes de guerra implica que en la guerra se han cometido delitos definidos como tales por una legislación internacional que de una u otra manera es reconocida o ha sido reconocida por los implicados).

C) LA TESIS DE QUE LA PERSONALIDAD EN DERECHO NO PUEDE MANTENERSE DE UN MODO PURAMENTE CONTRAFÁCTICO

La idea más básica en la estructura de *Facticidad y validez* de Habermas es que la integración de las sociedades sólo puede tener lugar a

través del mecanismo del entendimiento lingüístico.

Cuando decimos algo, no podemos menos de entablar *cuatro pretensiones de validez*. Es decir, no podemos menos de pretender o suponer que lo dicho *se entiende (inteligibilidad)*; no tenemos más remedio que pretender *verdad* para el contenido proposicional de lo que decimos o suponemos; no tenemos más remedio que pretender *corrección* para lo que decimos si lo que expresamos es una norma, o pretender *corrección* en el sentido de un ajuste de lo dicho con el contexto normativo que suponemos al hablar; y no tenemos más remedio que pretender *veracidad* para lo que decimos como expresión de nuestros pensamiento.

Toda otra forma de empleo del lenguaje, como puede ser p. e. el acto de mentir, depende en definitiva, por lejana que esa dependencia pueda ser, de este empleo del lenguaje orientado a entenderse, que es el primario.

El entendimiento se produce porque el destinatario del habla da por buenas esas pretensiones de validez del hablante, que en principio son susceptibles de crítica.

Pero también podemos encontrarnos con que no las dé por buenas, sino que las cuestione. Si decimos: “Hoy hace un día espléndido”, podemos encontrarnos con la réplica: “Sorry, I don’t speak spanish”; o con la réplica: “Eso no es verdad, salga Usted a la calle y vea que no”; o con la réplica: “¿A qué viene decir eso en un funeral?”; o con la réplica: “Usted está mintiendo al decir eso por teléfono a ese colega extranjero”.

Ante un cuestionamiento de alguna o algunas de las pretensiones de validez del hablante, caben tres posibilidades. O bien esperar y ver, cosa que no se puede prolongar indefinidamente. O bien pasar a una discusión en que “adoptando una actitud hipotética” se examinen las pretensiones de validez para ver qué razones les asisten. O bien el disenso abierto, que puede degenerar en violencia. Y quizá esto último sea el caso más frecuente. Y, por tanto, podemos decir que inexorablemente la integración de las sociedades tiene que producirse a través de

un mecanismo, el del entendimiento lingüístico, que por lo general la hace imposible.

Y entonces, podemos entender la evolución histórica de las formas de integración social como el desenvolvimiento de los mecanismos que se ha buscado la especie humana para hacer viable esta su situación de *sociabilidad insociable* o de *insociabilidad sociable* (Kant), en que inevitablemente se encuentra el animal que habla.

Esos mecanismos tienen que caracterizarse por la forma en que articulan la idea de validez, inherente al empleo del lenguaje, y la efectiva neutralización de los efectos destructivos del disenso. Y así, la especie se inventó, primero, el *tabú* como mecanismo fundamental de asegurar la integración social. El tabú vale hasta tal punto que fulmina a quien se atreve siquiera a acercarse a vulnerarlo; lo contamina hasta el punto de que por lo general lo convierte en una peste que hay que expulsar o que directamente hay que eliminar.

Un segundo mecanismo de asegurar la integración social contra los disensos que afectan a la base de ésta, han sido las *instituciones sacras*. Éstas no es que fulminen a quien ose contravenirlas, sino que protegen del disenso las bases de la integración dotándolas y dotándose de la *autoridad de lo incuestionable*, la cual cobra tal peso social que acaba aplastando a quien intenta ese cuestionamiento.

La existencia moderna no permite ni la amalgama de facticidad y validez que el tabú produce ni la incuestionabilidad de la que logran dotarse las instituciones sacras y que éstas convierten en efectiva capacidad de imposición; el principal mecanismo que asegura la integración en las sociedades modernas y contemporáneas es el *derecho positivo moderno*. Por el lado del destinatario, por el lado del *súbdito*, el derecho suple la ausencia de consenso o hace prescindible la necesidad de consenso por la vía, si es menester, de una simple imposición coercitiva de la norma. Por el lado de la producción del derecho, por el lado del *ciudadano*, el derecho organiza jurídicamente la capacidad de disenso y la va filtrando hasta obtener que

la norma que va a imponerse sea producto de la voluntad unida de todos, o del compromiso en que se han visto implicados todos, o en el que se ha visto implicada al menos una mayoría, que asegure a la norma la posibilidad de imponerse fácticamente, dejando a la minoría la posibilidad de seguir argumentando en contra. Es decir, el derecho moderno asegura por un lado la efectiva imposición (*facticidad*) de lo que por otro lado es *válido o legítimo por su propio procedimiento* de producción y de imposición (*validez*).

Sobre este trasfondo se entiende bien la apropiación que en la sección tercera de su artículo hace Jakobs de la distinción de Niklas Luhmann entre “expectativa normativa” y “expectativa cognitiva”. Una “expectativa cognitiva” es la que cambia al producirse sistemáticamente un desencanto. Una “expectativa normativa” es una expectativa que se mantiene incluso contra el desencanto: si yo pienso que alguien, al actuar de una determinada manera, se está comportando de forma inmoral, lo seguiré pensando aunque esa persona siga actuando siempre así; yo seguiré diciendo que su conducta es contraria a lo que es su deber moral. Pero si hay una disposición municipal prohibiendo aparcar en tal sitio, y todo el mundo aparca sin que pase nada y todo el mundo seguirá aparcando estando todos seguros de que no va a pasar nada, entonces nos inclinamos a decir que, al menos en sentido sociológico, tal norma no existe; incluso si se multa a alguien en un solo caso, el multado puede dirigirse al Defensor del Pueblo quejándose de haber sido objeto de un trato arbitrario y el Defensor del Pueblo puede muy bien darle la razón. Es decir, a diferencia de lo que ocurre en la esfera de lo moral, para que haya derecho, a la *expectativa normativa* del comportamiento debido, del comportamiento conforme a la regla, tiene que corresponder la *expectativa cognitiva* de que ese comportamiento conforme a la regla sea también un comportamiento regular, es decir, de que regularmente la regla se imponga también de forma efectiva. No hay derecho sin esa articulación de *validez y facticidad*. Tiene, por tanto, razón Jakobs, o la tiene al menos

en un sentido sociológico, cuando afirma que sólo tiene sentido hablar de vulneración de una norma en el contexto de una vigencia efectiva del sistema de derecho en conjunto; pues si no, o bien estamos ante la no-existencia de ese supuesto sistema de derecho, o al menos ante la no-existencia de la supuesta norma sistemáticamente vulnerada sin consecuencias. Hasta aquí estoy de acuerdo con Jakobs.

Pero la conclusión que de ello quiere extraer Jakobs (páginas 35-43) me parece un tanto disparatada: “Queda por formular la pregunta: ¿por qué llevan a cabo Hobbes y Kant la delimitación del modo como se ha descrito? Daré forma de tesis a la respuesta: ningún contenido normativo, y también lo es el ciudadano, y también lo es la persona en derecho, es tal (es decir, rige) por sí mismo. Por el contrario, también ha de determinar a grandes rasgos a la sociedad; sólo entonces es real” (pág. 34 s.) “Lo mismo sucede con la personalidad del autor de un hecho delictivo: tampoco ésta puede mantenerse de un modo enteramente contrafáctico, sin ninguna corroboración cognitiva. Si se pretende no sólo introducir al otro en el cálculo como individuo, es decir, como ser que evalúa en función de satisfacción o insatisfacción, sino tomarlo como persona, lo cual significa que se parte de su orientación con base en lo lícito o ilícito, entonces también esta expectativa normativa debe encontrarse cimentada, en lo fundamental, de manera cognitiva, y ello con tanta más claridad como mayor sea el peso que corresponda a las normas en cuestión.” (pág. 38 s.).

Y así Jakobs constata que hay muchas normas de derecho penal que permiten ver que “si la expectativa de un comportamiento personal es defraudada de manera duradera, disminuye la disposición a tratar al delincuente como persona” (pág. 39), lo cual ocurre no sólo en el caso de los delitos de terrorismo, sino en toda una gama bastante amplia de delitos que suponen en sus autores la ausencia de esa orientación por lo lícito o ilícito, que caracteriza a las personas.

Las consideraciones de Jakobs, que mantienen un cierto carácter descriptivo en este

apartado tercero de su artículo, se vuelven enteramente normativas en el apartado quinto: “Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas.” (pág. 47). Pues “como se ha mostrado, la personalidad es irreal como construcción exclusivamente normativa” (pág. 47).

A mí esta tesis no sólo no me parece admisible como idea jurídica, sino que, además me parece que no empieza siendo admisible en el plano lógico. Jakobs viene a decir lo siguiente: lo mismo que el derecho es irreal como construcción exclusivamente normativa, es decir, lo mismo que el derecho es irreal cuando no consiste en una articulación de validez y facticidad, también la *personalidad* es irreal como construcción puramente normativa. Y esto daría lugar a que *dentro del sistema penal de un Estado de derecho*, dentro de un ordenamiento jurídico efectivamente vigente, pase a primer plano ese polo del derecho penal que consiste en un derecho con suspensión o cancelación de la personalidad (“derecho penal del enemigo”) que tiene por objeto a los individuos peligrosos.

A mí me parece que lo lógicamente inadmisibles radica en esa equiparación conforme a la que lo mismo que el derecho es irreal como construcción exclusivamente normativa, también la personalidad es irreal como construcción puramente normativa, *incluso en el contexto de un sistema de derecho*. Esto no tiene sentido. Si un ordenamiento legítimo (idealmente legítimo, legítimo conforme a sus propios principios) rige de forma efectiva, es decir, si un ordenamiento jurídico es efectivamente derecho real, entonces el sujeto y el objeto de él (también en el ámbito del derecho penal) es la *persona*, y el supuesto normativo más básico de él (también en el ámbito del Derecho penal y precisamente en el ámbito del Derecho penal) es la noción enfática de *personalidad*. Dentro de un orden jurídico realmente existente, persona y personalidad no son función de que los

individuos se orienten o no sistemáticamente por lo lícito o lo ilícito, sino elementos estructurales de la base conceptual de ese derecho existente y, por tanto, elementos estructurales de ese derecho existente. También el individuo peligroso, que en determinadas esferas de la vida queda sistemáticamente muy lejos de orientarse por lo lícito y lo ilícito, cae, en cuanto objeto del Derecho penal, bajo la categoría de *persona* y bajo el supuesto fundamental que es la noción de *personalidad*. Es decir, ambos conceptos, con todas sus consecuencias, se aplican por igual tanto al delincuente-*normal* (el sobrino que mata a su tío del que se sabe heredero para acelerar la sucesión, pero que ve muy bien que la ley lo proteja de que aquellos que él pueda instituir como herederos actúen también así) como al delincuente-*enemigo* que simplemente no se orienta por el sistema de normas (como ocurre en los delitos de narcotráfico organizado o de terrorismo), sino que sistemáticamente lo subvierte por interés o por principio.

D) LA REFERENCIA A GUANTÁNAMO

En la sección cuarta de su artículo, Jakobs se está refiriendo principalmente a los casos de individuos peligrosos que quedan lejos de orientarse con suficiente regularidad por lo lícito y lo ilícito, pero no por interés, sino que su falta de orientación por lo lícito y lo ilícito se debe a que buscan directamente destruir el propio orden jurídico o por lo menos la parte de él que se refiere a la estructura del poder soberano del que ese ordenamiento dimana y que lo hace efectivo. Se trata de los delitos de terrorismo y rebelión.

El ejemplo es aquí el atentado contra las “Torres gemelas” de Nueva York el 11 de septiembre de 2001.

Aun ateniéndose a su idea general de una distinción entre “derecho penal del ciudadano” y “derecho penal del enemigo”, a mí me parece que en este apartado de su artículo Jakobs es, conceptualmente, un poco inconsecuente con esa idea, o puede que sea al revés, es decir, que aquí la aclare mejor.

Pues resulta que ahora esas dos formas de Derecho penal no solamente son dos polos de un mismo Derecho penal, sino que esos dos polos pueden polarizarse tanto, que se desmiembren y se hagan independientes el uno del otro. Y así la sección acaba con esta pregunta: “La ambigua posición de los prisioneros —¿delincuentes?, ¿prisioneros de guerra?— muestra que se trata de la persecución de delitos por medio de la guerra.” (pág. 46).

Y Jakobs explica esto así: “Lo que puede llegar a suceder al margen de un proceso penal ordenado es conocido en todo el mundo desde el 11 de setiembre de 2001: en un procedimiento que ya, a falta de una separación del Ejecutivo, con toda certeza no puede denominarse un proceso propio de una Administración de justicia, pero sí perfectamente puede llamarse un procedimiento de guerra, aquel Estado en cuyo territorio se cometieron aquellos hechos, intenta, con la ayuda de otros Estados, en cuyos territorios hasta el momento —y sólo hasta el momento— no ha sucedido nada comparable, destruir las fuentes de los terroristas y hacerse con ellos, o mejor, matarlos directamente, asumiendo también el homicidio de seres humanos inocentes, llamado daño colateral” (pág. 46).

Lo que Jakobs está describiendo aquí es el *bellum iustum* al que se refiere y que describe Francisco de Vitoria. Pues, si hablamos de “la persecución de delitos mediante la guerra”, hemos abandonado la idea de Kant de que no hay *bellum punitivum*, y hemos pasado a la idea de Francisco de Vitoria (es decir, a la idea tradicional muy bien expuesta por éste) de que para que el emprender la guerra sea legítimo, ésta ha de tener una justa y proporcionada causa. Ahora bien, como resulta que todo enemigo, si rompe en hostilidades conmigo por una muy justa y proporcionada causa, racionalmente no podría ser sino mi amigo, tenemos que, lógicamente, si emprendo la guerra y la gano, para mí todo enemigo es evidentemente injusto; y si la pierdo, he sido sin duda un enemigo injusto para el otro; ésta es la aporía del concepto de guerra justa, en la que no voy a entrar. Pero en cualquiera de ambos casos, la guerra, si se

ha emprendido legítimamente, ha sido con la señalada intención de hacer justicia en un caso de injusticia civil o de injusticia penal. Y, por tanto, si la guerra busca reparación en un caso de injusticia de tipo penal, es decir, si la guerra se convierte en un análogo del proceso penal (“en persecución de delitos mediante la guerra”), entonces el *analogatum princeps* al que ha de reducirse el procedimiento penal que es la guerra es a lo que Jakobs llama el *derecho penal* (civil y militar) *del ciudadano*, es decir: a lo que ha de acabar reduciéndose el proceso penal que es la guerra es a las formas legítimas de hacer justicia establecidas en el derecho penal civil y militar de un Estado de derecho, con el componente de reparación por los costes del procedimiento (de reparación por los costes de la guerra).

Desde el punto de vista de la idea de *bellum iustum*, tal como la expone Francisco de Vitoria, el tipo de tratamiento penal del delito, que significa Guantánamo, no es admisible porque vulnera el derecho penal americano, el derecho procesal penal americano, la justicia penal militar americana y las reglas de procedimiento procesal penal militar americano. Es decir, aun suponiendo que el inicio de esa situación fue un *bellum iustum*, esa guerra justa ha pervertido su fin y se ha convertido en una situación de injusticia por vulneración de todos los estándares públicos de hacer justicia, vigentes en ese Estado de derecho. El mantener territorialmente a los presos fuera de la jurisdicción de los tribunales americanos de justicia, me parece que lo único que refleja es que se es consciente (por parte de la Administración) de esa situación de no-derecho, una situación de *no-derecho* que poco tiene que ver con algo así como un “*derecho* penal del enemigo”.

Y lo dicho sobre los delitos de terrorismo, es válido *a fortiori* para los otros casos de delito a los que se refiere Jakobs, en los que la no-orientación sistemática por lo lícito y lo ilícito se debe al interés.

E) “¿CIUDADANOS COMO ENEMIGOS?”

En la sección quinta de su artículo dice Jakobs que “sería completamente erróneo demonizar aquello que aquí se ha llamado derecho penal del enemigo; con ello no se puede resolver el problema de cómo tratar a los individuos que no permiten su inclusión en una constitución ciudadana. Como ya hemos indicado, Kant exige la separación de ellos, lo que no significa sino que hay que protegerse contra los enemigos” (págs. 47 s.). Y, como ya he citado más arriba, para Jakobs el derecho penal del ciudadano es el derecho de todos; el derecho penal del enemigo no es el derecho del enemigo, sino el derecho de aquellos que están contra el enemigo; ese derecho es sólo coacción física hasta llegar a la guerra.

A mí me parece que esta nueva apelación a la idea de *guerra no punitiva* de Kant en esta sección quinta, significa que Jakobs rompe toda analogía que pudiera establecerse entre *bellum iustum* y procedimiento reconocido de hacer justicia; se adscribe más bien a la idea kantiana de la guerra como estado de no-derecho, pero dejando a la vez en suspenso la idea enfática de persona como objeto del derecho y la noción básica de personalidad, y después, bajo la idea de “derecho penal del enemigo”, trata de convertir todo ello en ingrediente y componente interno del Estado de derecho. Yo creo que esto es querer cuadrar el círculo, es querer convertir en ingrediente y componente interno del Estado de derecho la situación de no-derecho.

Uno puede llamar a las cosas como quiera, pero no contribuye a la claridad conceptual el llamar “derecho penal del enemigo” a lo que muy bien podría llamarse también guerra civil, o simplemente guerra, sin esperanza de reducción a un Estado de derecho. A este respecto, pienso que Carl Schmitt es mucho más claro e instructivo que Günther Jakobs.

Carl Schmitt, como es sabido, ve la esencia de lo político en la relación amigo-enemigo; el Estado democrático liberal de derecho es una “neutralización” de la esencial relación amigo-enemigo, por la que ésta se convierte

en la relación ponente-oponente en un proceso de discusión democrática articulado sobre la base de un sistema de derechos y garantías que vale por igual para todos. Pero, para Schmitt, la ideología liberal se equivoca al querer convertir en esencia de lo político lo que no es sino una “neutralización” muy superficial de la relación amigo-enemigo; en cuanto esa “neutralización” se quiebra, o se ve afectada por el lado que fuere por alguna crisis severa, aparece la verdad de fondo, a saber: la primacía de la afirmación política aun violenta, es decir, la primacía de la relación amigo-enemigo, sobre la moral y sobre el derecho; Carl Schmitt extiende así al interior la tesis de Hegel (contra la idea de “paz perpetua” de Kant) de la esencial e inexorable primacía de la política sobre la moral y el derecho en las relaciones internacionales.

En el resumen final de su artículo, Jakobs expresa con toda claridad esta disociación de lo que ha empezado llamando dos polos del derecho penal y expresa también muy escuetamente y muy bien lo que es su idea de la conversión de la idea kantiana de no-derecho en elemento del derecho: “Un derecho penal del enemigo claramente delimitado es menos peligroso, desde la perspectiva del estado de derecho, que entremezclar todo el derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del derecho penal del enemigo” (pág. 55). Considero más instructivo a Carl Schmitt que a Jakobs en el sentido de que para entender lo que dice Jakobs hay que reducirlo a lo que dice Carl Schmitt, y después discutir con Carl Schmitt, no con Jakobs. Éste quiere dar una envoltura de derecho a lo que Carl Schmitt, junto con los clásicos, entiende como situación de no-derecho o de quiebra del derecho, y se diría que quiere eximir a los Estados del derecho de mirar incluso esas situaciones *desde el derecho y con vistas al derecho* (como Vitoria y Kant exigen que se mire el no-derecho).

F) UNIVERSALISMO Y PARTICULARISMO EN LA NOCIÓN JURÍDICA DE PERSONA Y EN EL SUPUESTO BÁSICO DE PERSONALIDAD

En la sección sexta y última del artículo y también en el resumen final, Jakobs se refiere a una cuestión que, aparte de la cuestión de la criminalidad internacional que desborda hoy a las Administraciones y a la Justicia de los Estados nacionales de derecho, es la cuestión más importante subyacente en todo el artículo. No puedo entrar en la cuestión que plantea, pero sí en los conceptos con que la plantea.

En el resumen final dice: “La punición internacional o nacional de vulneraciones de los derechos humanos, después de un cambio político, muestra rasgos propios de derecho penal del enemigo sin ser sólo por ello ilegítima.” (pág. 66). En la sección sexta del artículo Jakobs explica esto así: “El ciudadano Milosevic es tan poco parte de aquella sociedad que lo pone ante un tribunal internacional como lo era el ciudadano Capeto. Como es evidente, no me dirijo contra los derechos humanos con vigencia universal, pero es que su establecimiento es distinto de su mantenimiento. Si ello sirve al establecimiento de una constitución mundial “comunitario-legal”, habrá que castigar a los que vulneren los derechos humanos; pero eso no es una pena contra personas culpables, sino contra enemigos peligrosos, y por ello debería llamarse la cosa por su nombre, derecho penal del enemigo.” (pág. 53). Pues ocurre que si, efectivamente, no es lo mismo el *mantenimiento* de una “comunidad legal” que su *establecimiento*, “la situación previa a la creación del estado de comunidad legal es el estado de naturaleza, y en éste no hay personalidad, en todo caso no existe una personalidad asegurada. Por ello, frente a los autores de vulneraciones de los derechos humanos, quienes por su parte tampoco ofrecen una seguridad suficiente de ser personas, está permitido de por sí todo lo que sea necesario para asegurar el ámbito comunitario-legal, y esto es de hecho lo que sucede conduciendo primero una guerra, no enviando como primer paso a la policía para ejecutar una orden de detención.” (págs. 53 s.)

Lo que a mí no parece admisible, ni siquiera lógicamente, en este razonamiento de Jakobs es decir que “habrá que castigar a los

que vulneran los derechos humanos”, pero que eso “no es una pena contra personas culpables, sino contra enemigos peligrosos”. En derecho una pena es algo que se impone a alguien al que se encuentra culpable en el contexto de un debido proceso, es decir, habiendo sido objeto específico del derecho. El objeto del derecho es la *persona*, y el supuesto básico del derecho es la noción de *personalidad*. Una pena contra un enemigo peligroso que no es persona culpable es, por tanto, un completo sinsentido, a no ser que, p. e., se quiera llamar pena a la reclusión psiquiátrica de un demente peligroso. Y apelar a Kant en este contexto no hace sino aumentar el embrollo conceptual.

No estoy seguro de si la cuestión que plantea aquí Jakobs debe abordarse argumentando (análogamente a como argumenta Francisco de Vitoria) que los ingredientes normativos del concepto moderno de personalidad están suficientemente positivados en normas de derecho internacional (o incluso son suficientemente patentes a todo ser racional moderno), como para convertir la intervención militar en un *bellum punitivum* que acaba en un proceso penal conforme a normas penales y a normas procesales penales reconocidas; o si quizá hay que ser más realistas y argumentar con Kant que tengo derecho a obligar coercitivamente al otro a entrar conmigo en un Estado de derecho, en el que queden suficiente y efectivamente positivados los incondicionales ingredientes normativos de la idea moderna de personalidad, y que sólo después de eso queda ese otro sometido a las normas del derecho penal del ciudadano, pero sin que éstas tengan carácter retroactivo. Me inclino por la posición de Vitoria. En todo caso, creo que la peor forma de todas de plantear la cuestión es aquella de la que se sigue la afirmación: “Habrá que castigar a los que vulneren los derechos humanos; pero eso no es una pena contra personas culpables, sino contra enemigos peligrosos, y por ello debería llamarse la cosa por su nombre, derecho penal del enemigo”. Desde el punto de vista de los clásicos (tanto de Francisco de Vitoria, como de Kant, como de Hegel), creo que esta forma de hablar no es sino introducir

confusión en algunos conceptos muy fundamentales.

3. TERCERA PARTE: A MODO DE CONCLUSIÓN

Yo creo que lo que Jakobs llama “derecho penal del enemigo” no es sino un intento de convertir en derecho lo que hoy no son sino quiebras específicas o límites específicos del Derecho penal. Pero entonces la expresión “derecho penal del enemigo” no puede tener sino un sentido irónico, con un contenido que a veces va mucho más allá del que le da Jakobs.

Por ejemplo, en el caso del narcotráfico organizado, éste puede exceder con mucho lo que son las posibilidades de actuación de un sistema penal de un Estado nacional, y entonces la actuación del sistema penal puede quedar sustituida, en el mejor de los casos, por la negociación política de un tratado de paz con el que acaba una guerra que así se convierte en guerra no punitiva; es “derecho penal del enemigo”.

En el caso del guerrillero, del partisano, del terrorista, ya Napoleón no supo muy bien qué hacer: si exigir de las autoridades locales un efectivo tratamiento del guerrillero como delincuente o convertirlo en objeto de un tratamiento militar; pues es un “tercero inerme”, un “tercero interesado”, el que, como dice Carl Schmitt, políticamente levanta al partisano por encima de su condición jurídico-penal de delincuente y lo convierte en soldado de una causa; y así asistimos y seguiremos asistiendo a una oscilación entre el tratamiento penal de los delitos de terrorismo y los intentos de negociación política de un tratado de paz que ponga fin a una guerra que de esta forma se convierte también en no punitiva; esta oscilación representa una curiosa situación del Derecho penal,

a la que también, irónicamente, podemos calificar de “derecho penal del enemigo”.

E igualmente, la ausencia de un poder federal que sostenga efectivamente un sistema penal internacional e incluso la ausencia de voluntad de que lo haya, permite por un lado que la superpotencia lleve o pueda llevar efectivamente ante sus tribunales todo lo que considere delito, pero sin reciprocidad; o permite también que la superpotencia mantenga lo que considera delito en una especie de limbo del Derecho penal que en definitiva es una situación de no-derecho, como ocurre en Guantánamo; también todo ello es “derecho penal del enemigo” en sentido irónico.

O a la inversa, los Estados pueden verse tentados a complementar el sistema penal con un sistema de medidas y servicios que es guerra punitiva pero no en el sentido de Francisco de Vitoria, pues no pretende acabar restableciendo el derecho, sino sólo eliminando efectivamente peligros; también esto es, en sentido irónico, “derecho penal del enemigo”.

Pero la expresión “derecho penal del enemigo” resulta irónica en todos estos casos, precisamente porque en todos ellos se ponen entre paréntesis o se suspenden las exigencias normativas de las dos nociones que Kant y Hegel ponen juntas en el caso de quiebra del derecho dentro de un Estado de derecho, la de pena y la de personalidad (con su exigencia de tratamiento igual) y, por tanto, se pone entre paréntesis el concepto de Derecho penal propiamente dicho, si es que la *facticidad* de éste, más allá de la mera eliminación *fáctica* de riesgos, no puede dejar de pretender *validez* o *legitimidad*.

Fecha de recepción de originales: 15 de julio de 2008

Fecha de aceptación de originales: 5 de noviembre de 2008

RESUMEN

El legislador español ha adoptado en materia de política de drogas un modelo netamente prohibicionista, que se caracteriza por su dureza represiva. En los últimos años este modelo se ha completado con una política de reducción de daños asociados al consumo.

Este modelo integrado se ha mostrado ineficaz en la erradicación o disminución del tráfico y del consumo de drogas ilegales y ha tenido un efecto colateral de sobrecargar el sistema judicial penal.

La interpretación restrictiva del marco legal realizada por la jurisprudencia y la doctrina ha permitido abrir ciertos ámbitos de impunidad que han posibilitado la realización de iniciativas dirigidas a reducir los daños de los consumidores. Pero esta vía presenta ciertas dificultades en la práctica. El autor opta por otro modelo de control social de las drogas que no se centra en la represión y persecución penal, como única forma de que se puedan hacer realidad los objetivos de la reducción de daños.

PALABRAS CLAVE

TRÁFICO DE DROGAS; POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS; REDUCCIÓN DE DAÑOS; CONSUMO COMPARTIDO; DONACIÓN DE DROGAS A PERSONAS ADICTAS

ABSTRACT

Spanish drug legal policy is purely prohibitionist and hardly repressive. During the last years this model has been completed by a harm reduction policy concerning consumption.

The resulting model (the so called *balanced or integral approach*) has been unable to either eliminate or diminish illegal drugs trafficking and consumption, and has also brought about a courts overloading by-side effect.

Some non-punishment areas have been got by means of a legal restrictive interpretation implemented by both the academy and the courts. However, this solution must face some difficulties in practice. The author presents a different drugs social control model, not focused on criminal repression and prosecution, as the only way to achieve harm reducing goals.

KEY WORDS

DRUG TRAFFICKING; DRUG CRIMINAL POLICY, HARM REDUCING; DRUG-CONSUMPTION SHARING; DRUG-GIVING TO DRUG ADDICTS

LA EVOLUCIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS EN ESPAÑA*

Juan Muñoz Sánchez

Profesor Titular de Derecho penal
Universidad de Málaga

Sumario: 1. Introducción. 2. Modelos actuales de política sobre drogas. 3. El modelo español: desde un modelo prohibicionista a un modelo integrado. 4. Análisis crítico de los resultados obtenidos en España con el modelo prohibicionista. 5. Intentos doctrinales y jurisprudenciales de racionalización de la política criminal de drogas. A) Interpretaciones que tratan de adaptar el actual modelo represivo a las exigencias de la política de reducción de daños. B) Propuestas de modificación legislativa. 6. Límites y problemas que plantean los programas de reducción de daños. Nota bibliográfica.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende analizar la evolución de la política criminal de drogas en España en los últimos años.

Para ello voy a comenzar exponiendo los actuales modelos de política de drogas, deteniéndome en el modelo acogido por nuestro ordenamiento jurídico. Una vez analizada la política criminal de drogas adoptada por el legislador español, me ocuparé de la situación actual de las drogas en España y de la evolución que ha tenido esa política en los últimos años. En concreto, analizaré si se han conseguido los

finés propuestos y los efectos colaterales que ha tenido tal política.

Por último, trataré los problemas que plantea la coexistencia de un modelo prohibicionista a nivel legal y una política de reducción de daños a nivel asistencial, los distintos intentos de la jurisprudencia y la doctrina para ofrecer una respuesta racionalizadora de los problemas que plantea la actual regulación legal de las drogas y los límites que presenta el actual modelo para el desarrollo de una política de reducción de daños, así como una propuesta de reforma legal que ofrezca viabilidad legal a los distintos programas de reducción de daños.

* Ponencia presentada en el curso "La persistente realidad del tráfico de drogas" de la XI Edición de la Escuela de Verano del Poder Judicial. A Coruña. Junio/Julio 2007.

2. MODELOS ACTUALES DE POLÍTICA SOBRE DROGAS

En la década de los 80 se generalizó la opinión de que la política sobre drogas desarrollada estaba resultando un fracaso. Ello dio lugar a dos tendencias contrapuestas y a una vía intermedia que conforman los tres modelos actuales de política de drogas.

a. La primera de ellas insiste en la necesidad de incrementar la persecución, sobre todo penal, de esas conductas. Atribuye los resultados negativos obtenidos hasta ahora a no haber agotado el modelo represivo.

Esta tendencia representa el **modelo prohibicionista** o de represión absoluta.

Es una opción de política criminal que parte de la convicción de que la única forma de luchar contra las drogas ilegales es la represión penal a fin de impedir el acceso de los individuos a tales sustancias mediante la amenaza de la pena. Este modelo viene configurado a nivel internacional por la Convención de Viena de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 20 de diciembre de 1988 y en España por el Código Penal vigente.

b. La segunda tendencia cuestiona la política represiva desde muy diversos puntos de vista. Pone de manifiesto el fracaso en el objetivo propuesto de erradicar o disminuir sensiblemente el tráfico y consumo de drogas; cuestiona los efectos colaterales contraproducentes que conlleva, como el que haya originado organizaciones de traficantes con un poder económico sin parangón en toda la historia de la criminalidad o que los recursos del sistema judicial penal se vean desbordados por la criminalidad vinculada al tráfico de drogas, y llama la atención sobre que la protección a la salud a que aspira resulta notablemente distorsionada, en el sentido de que no se respeta el principio de que la salud sólo puede ser protegida con el consentimiento de la persona afectada y porque la prohibición convierte a la droga en un producto de escasa calidad que es fuente de muchos daños a la salud de los consumidores,

estando ligados muchos de ellos a la ilegalidad de las drogas y no a la drogas mismas.

Esta opción representa el **modelo de despenalización controlada** que propone una política alternativa con los siguientes rasgos:

1. La nueva política debería trasladar el centro de atención al campo de la prevención de la demanda y la asistencia de los consumidores.

2. No debería ser delito el tráfico de drogas entre adultos.

3. Debería existir un estricto control administrativo de la producción y venta de drogas.

4. Debería castigarse penalmente el suministro de drogas a menores de edad o a personas carentes de capacidad de decisión autónoma.

Este modelo se ha concretado en diversas propuestas que han tenido lugar en distintos países: la propuesta suiza de Joset-Albrecht, que propone la despenalización del consumo y del tráfico del cannabis, castigándose sólo las conductas de difusión de drogas; la propuesta de ley del Partido Radical Italiano, que propone un régimen de monopolio distinto para cada sustancia psicoactivas; el Manifiesto de Málaga por una nueva política sobre drogas, elaborado por el Grupo de Estudios de Política Criminal, que propone un régimen de comercio controlado, similar al control administrativo de los medicamentos.

c. Una vía intermedia entre estos dos modelos es la **política de reducción de daños**, que no cuestiona la actual política represiva, ni se pronuncia a favor de la despenalización controlada.

Se ha ido configurando como un modelo de racionalización de la actual política sobre drogas que asume el fracaso del prohibicionismo en su objetivo de eliminar o reducir el consumo, así como los daños colaterales a la salud a que da lugar el enfoque represivo. Se centra en contrarrestar los daños del enfoque represivo en los ciudadanos y, en especial, en minimizar los daños a la salud de los consumidores.

Estas políticas terminan configurándose en algunos casos como auténticas alternativas a la

política represiva, si bien en ámbitos limitados e integrando las contradicciones derivadas del enfoque general represivo adoptado.

La constatación de que estas políticas de reducción de daños han disminuido las muertes asociadas a la droga y las enfermedades infecciosas en los drogodependientes ha empujado a las instancias internacionales y nacionales a integrarla en el modelo prohibicionista, surgiendo así un nuevo modelo de política sobre drogas, **el modelo global, integrado y equilibrado**.

Esta nueva orientación opta por un “enfoque global, equilibrado y coordinado” que abarque el control de la oferta y la reducción de la demanda, de modo que se refuercen mutuamente. Sin negar los planteamientos prohibicionistas, apuesta también por una decidida reducción de la demanda mediante el fortalecimiento de los tratamientos, la rehabilitación y la reinserción social de los toxicómanos.

El primer documento donde aparece este nuevo enfoque es la Declaración de la Sección especial de la Asamblea de Naciones Unidas, celebrada en Nueva York los días 8 al 10 de junio de 1998 (<http://www.pnsd.msc.es>). En su Declaración política se observa un nuevo planteamiento de Naciones Unidas en relación con el problema de las drogas. A diferencia de la Convención de Viena de 1988, que se ocupa casi exclusivamente de la represión y persecución penales con el propósito de perfeccionar los instrumentos represivos existentes e introducir otros nuevos con el fin de controlar la oferta, la Declaración de 1998 presta una particular atención, sin precedentes, a la reducción de la demanda. Así reconoce que “la reducción de la demanda es un pilar fundamental del enfoque global para la lucha contra el problema de la droga” y adquiere “el compromiso político, social, sanitario y educativo sostenido de invertir en programas de reducción de la demanda que contribuyan a reducir los problemas de salud pública, mejorar la salud y el bienestar personal, promover la integración social y económica, fortalecer los regímenes familiares y hacer a las comunidades más seguras”. A pesar de su apuesta decidida

por la reducción de la demanda, la citada Declaración no utiliza en ningún momento los términos “reducción de daños”.

Este nuevo enfoque global, integrado y equilibrado es la base del planteamiento de la Unión Europea relativo al problema de las drogas en el nuevo siglo. A diferencia de la Declaración de la Sección especial de la Asamblea de Naciones Unidas de 1998, aquí se opta claramente por la reducción de daños.

La Estrategia europea en materia de lucha contra la droga (2000-2004) (Nota del Comité de Representantes al Consejo de 1 de diciembre de 1999 nº doc. prec 12555/99 COR-DROGUE 64. REVZ), que abarca todas las actividades de la Unión Europea en relación con las drogas, propugna entre los objetivos prioritarios una reducción sustancial de la incidencia de los daños para la salud relacionados con las drogas. Y el Plan de acción de la Unión Europea en materia de lucha contra las drogas (2000-2004) (COM (1999) de 26.05.1999), instrumento crucial para trasladar la estrategia de la Unión Europea en materia de lucha contra las drogas (2000-2004) en acciones concretas, hace hincapié en la reducción de la demanda como pauta de un enfoque integrado del problema de las drogas, y recomienda adoptar un planteamiento más dinámico para la prevención y la reducción de riesgos asociados para la salud.

Especial importancia en la configuración de la política en materia de drogas en la Unión Europea tiene la Recomendación del Consejo de 18 de junio de 2004 relativa a la prevención y la reducción de los daños para la salud asociados a la drogodependencia (DO L 165 03.07.2003), que establece el deber de los Estados miembros de fijar como objetivo de salud pública la prevención de la drogodependencia y la reducción de los riesgos asociados a ésta. En concreto establece que los Estados miembros deben:

- ofrecer información y asesoramiento a los consumidores de drogas para facilitar la reducción de riesgos y facilitar su acceso a los servicios oportunos

- proporcionar tratamientos sin droga, así como tratamientos de sustitución de opiáceos
- facilitar a los drogodependientes encarcelados un acceso similar a los servicios que se prestan a los drogodependientes que están en libertad
- proporcionar el acceso a la distribución de preservativos y material de inyección, así como programas y centros para su intercambio

El Informe de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo sobre la aplicación de la citada Recomendación (COM (2007) 199 final de 18.04.2007) pone de manifiesto que todos los Estados miembros disponen de políticas e iniciativas que reflejan en gran medida las de la recomendación: casi todos los Estados miembros disponen de una política para promover la integración adecuada de los servicios sanitarios y los especializados en reducción de daños, todos los Estados miembros ofrecen tratamientos contra las drogas, como el tratamiento de sustitución de opiáceos, y que en la mayoría de los países se dispone de programas de intercambio de agujas y jeringas.

La Estrategia europea en materia de lucha contra la droga (2005-2012) (Nota de la Secretaría General al Consejo Europeo 150/74, de 22 de noviembre de 2004) y el Plan de acción en materia de lucha contra las drogas (2005-2012) (Boletín Oficial de la Unión Europea 2005/C 168/01) insisten en que el enfoque integrado, multidisciplinario y equilibrado que combina reducción de la demanda y control de la oferta seguirá siendo la base del planteamiento de la Unión Europea relativo al problema de la droga en el futuro y pretenden fomentar la utilización de los instrumentos existentes y desarrollar nuevos instrumentos.

Por último, la Decisión Marco del Consejo relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas (Consejo de la Unión Europea DG H II 279/04, de 20 de septiembre de 2004) presenta una diferencia importante res-

pecto a la Convención de Viena de 1988, pues se excluye de las conductas que deben ser castigadas penalmente la posesión, la adquisición o el cultivo con fines de consumo personal.

3. EL MODELO ESPAÑOL: DESDE UN MODELO PROHIBICIONISTA A UN MODELO INTEGRADO

En la Convención de Viena de 1988 se recogen una serie de prescripciones a los Estados Partes para que adopten las medidas necesarias con el objeto de tipificar como delitos en su derecho interno un amplio catálogo de conductas relacionadas con las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Se propone criminalizar todos los comportamientos relacionados con el tráfico y consumo de drogas, incluidos la posesión, la adquisición o el cultivo para el consumo personal. Nuestro país, como Estado Parte de la Convención, ha acogido plenamente estas directrices.

La regulación del tráfico de drogas que ofrece el Código Penal vigente procede de la reforma operada en el Código penal anterior por la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, completada con las modificaciones realizadas por la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre y la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Aunque la Reforma de 1988 precedió a la Convención, es una realidad que se formuló siguiendo los distintos borradores de la Convención. Tal sintonía se muestra ya en la Exposición de Motivos de la Ley, donde se atribuye a la reforma la finalidad de aumentar la eficacia preventiva general de los preceptos penales por la vía de aumentar las penas y ampliar los tipos agravados.

Esta aptitud represiva se manifiesta claramente en la amplia formulación legal del tipo básico del delito de tráfico de drogas. El artículo 368 del Código Penal castiga a “*los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico o, de cualquier otro modo, promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, es-*

tupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con esos fines”.

El núcleo de la configuración legal del delito de tráfico de drogas radica, pues, en la promoción del consumo de tales sustancias, de modo que cualquier conducta que tienda a acercar la droga a eventuales consumidores, entra de lleno en la tipicidad del artículo 368, sin diferenciar entre actividades mercantiles o no.

Se castiga también la posesión de la droga “con aquellos fines”. La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia interpretan que con esta expresión se está haciendo referencia a todos los fines expresados en el precepto, es decir, que es punible la posesión con alguno de los siguientes fines: el cultivo, la elaboración, el tráfico o el favorecimiento, facilitación o promoción del consumo ilegal.

La reforma cumplió ampliamente las demandas internacionales respecto a la creación de tipos agravados; no sólo se han mantenido los existentes, ampliando su ámbito de punición, sino que se han creado nuevas agravaciones. En la actualidad su número supera las propuestas por la Convención y las que coinciden, su contenido es mayor en el Código penal español:

Se prestó una especial atención a la propuesta internacional de elevar las penas en estos delitos, lo que hace de una manera extraordinaria: se imponen penas de prisión siempre superiores a un año y que pueden superar fácilmente la pena del homicidio.

Nuestro legislador ha mostrado una aptitud más moderada dentro de la opción represiva en dos aspectos en los que se separa, al menos parcialmente, de las propuestas de las Naciones Unidas. Por un lado, mantiene la distinción entre drogas susceptibles de causar grave daño y las que no y, por otro lado, no da el paso demandado por la Convención de castigar las conductas orientadas al consumo personal. Sin embargo, solo parcialmente se puede afirmar que nuestro legislador no haya acogido la pretensión de las Naciones Unidas de castigar también la posesión para el consumo personal

porque si bien no se castiga penalmente, si se sanciona administrativamente. La Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana de 21 de febrero de 1992 ha puesto fin a la ausencia de toda previsión sancionadora de la tenencia y el consumo de drogas, al considerar infracciones graves contra la seguridad ciudadana las siguientes conductas:

- el consumo de drogas en lugares públicos, vías, establecimientos o transportes públicos (art. 25.1).
- la tenencia ilícita de esas sustancias aunque no estuvieran destinadas al tráfico (art. 25.1).
- el abandono en los sitios mencionados de útiles o instrumentos utilizados para el consumo (art. 25.1).
- la tolerancia del consumo ilegal o el tráfico de las drogas en lugares o establecimientos públicos o la falta de diligencia en orden a impedirlos por parte de los propietarios, administradores o encargados de los mismos (art. 23. i).

Estas conductas están sancionadas con multas que pueden llegar hasta cinco millones de pesetas, la retirada de armas y de las licencias o permisos correspondientes, la suspensión del permiso de conducir vehículos de motor hasta tres meses y la correspondiente incautación de los instrumentos y efectos, o de las drogas.

Por otra parte hemos de tener en cuenta la Ley 17/1967, de 8 de abril, de normas reguladoras sobre estupefacientes que prohíbe cualquier uso de estupefacientes “con excepción de las cantidades necesarias para la investigación médica y científica, incluidos los experimentos clínicos con dichos estupefacientes” y el Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre sobre fabricación, distribución, prescripción y dispensación de sustancias y preparados psicotrópicos que prohíbe todo uso de estas sustancias, salvo para fines científicos.

De todo lo anterior podemos deducir que nuestro ordenamiento jurídico conforma un modelo netamente prohibicionista que se caracteriza por la dureza represiva y su intransi-

gencia legislativa en contra de cualquier contacto con las drogas.

Junto a estas medidas centradas en el control de la oferta, en España en los últimos años se ha realizado un esfuerzo importante de cara a la reducción de la demanda introduciendo paulatinamente una política de reducción de daños asociados al consumo. A principios de 1999, la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional de Drogas impulsó un proceso para elaborar la Estrategia Nacional sobre drogas 2000-2008, mediante el RD 1911/1999, de 17 de diciembre. Entre sus objetivos generales se destaca la reducción de la demanda (prevención del consumo, reducción de daños, asistencia e integración social) y la reducción de la oferta. En el Plan de acción 2005-2008 se recoge, dentro del eje de trabajo de la asistencia integral, una serie de acciones dirigidas a la reducción y prevención de daños sobrevenidos por el consumo de drogas.

Cabe destacar entre las políticas desarrolladas en España en los últimos años la dispensación de metadona oral a los heroinómanos, los Programas de distribución de jeringuillas a ese mismo grupo, la creación de Salas de consumo y las experiencias que suministran heroína a heroinómanos en el marco de un programa de deshabituación.

Llama la atención que este impulso del control de la demanda, basado en medidas dirigidas a la reducción del daño asociado al consumo, no haya tenido un reflejo normativo y que se haya encuadrado en un modelo legal netamente prohibicionista, que, como más adelante analizaremos, presenta serias dificultades para llevar a cabo una política de reducción de daños.

Podemos afirmar, por tanto, que nuestro ordenamiento jurídico conforma un modelo netamente prohibicionista que se caracteriza por la dureza represiva, que se ha complementado en los últimos años con una política de reducción de daños asociados al consumo. Se trata, por tanto, de un modelo integrado que aún el control de la oferta basado en el prohibicionismo y la reducción de la demanda

basada en una política de reducción de daños asociados al consumo.

4. ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS RESULTADOS OBTENIDOS EN ESPAÑA CON EL MODELO PROHIBICIONISTA

Los casi 20 años de vigencia de este modelo prohibicionista nos permiten realizar un análisis crítico de los resultados obtenidos, así como analizar las tendencias que han aflorado en la doctrina científica y en la jurisprudencia orientadas a ofrecer una respuesta racionalizadora de los problemas que plantea la regulación legal de las drogas.

Respecto a si se han logrado los fines propuestos, es evidente que después de 20 años de vigencia del modelo prohibicionista no se puede afirmar que se haya disminuido el tráfico y el consumo de las drogas ilegales; al contrario, ha existido un aumento progresivo del consumo de estas sustancias y un aumento de la disponibilidad de las mismas.

El Informe anual de 2007 del Observatorio Europeo de las Drogas y Toxicomanía, la Encuesta Domiciliaria sobre Abuso de Drogas en España 2005-2006 y el Informe de la Encuesta estatal sobre uso de drogas en estudiantes de enseñanzas secundarias (ESTUDES 2006-2007) constatan que en los países miembros de la Unión Europea y, en particular, en España en los últimos años, desde 1994 a 2006, se ha producido un aumento progresivo del consumo de cocaína en polvo, vía esnifada, y del cannabis y que ha aumentado la percepción de una mayor disponibilidad de las drogas ilegales.

Por lo que se refiere a los países miembros de la Unión Europea, el Informe anual de 2007 del Observatorio Europeo de las Drogas y Toxicomanía declara que desde los años 90 se ha experimentado en Europa una escalada en el consumo de cannabis y que tal tendencia al alza se ha estabilizado, aunque en niveles

máximos históricos. Se estima que más de 70 millones de europeos entre 15 y 64 años han consumido alguna vez esta sustancia, prevalencia del consumo a lo largo de la vida, lo que supone una cuarta parte (22%) de las personas comprendidas entre 15 y 64 años. En el consumo en el último año se declaran niveles de consumo más bajos, aunque siguen estando a un nivel considerable. Se estima que más de 23 millones de europeos adultos consumieron cannabis durante el último año, lo que equivale a un 7% de las personas comprendidas entre 15 y 64 años. Respecto a las personas que consumen cannabis más frecuentemente, prevalencia del consumo en el último mes, se estima que 13,4 millones de europeos adultos han consumido esta droga en el último mes, lo que corresponde a una media del 4% de las personas comprendidas entre 15 y 64 años.

Respecto al consumo de cocaína, el citado Informe estima que 12 millones de europeos adultos han consumido alguna vez esta sustancia, alrededor de un 4% de los europeos adultos y que en el último año 4,5 millones de europeos adultos consumieron cocaína, lo que supone una revisión al alza con respecto a los 3,5 millones que se mencionan en el Informe de 2006. Los últimos datos no respaldan los indicios de estabilización en el consumo de cocaína a los que se hacía referencia en el Informe de 2006. En todos los países se han registrado incrementos en la prevalencia del consumo de esta sustancia en el último año dentro del grupo de edad de 15 a 64 años, aunque se puede hablar de cierta estabilización en España y Reino Unido, los Estados con los niveles de prevalencia más altos. Italia y Dinamarca muestran aumentos significativos.

Este Informe no aporta datos sobre la percepción de la disponibilidad de estas drogas ilegales.

La Encuesta domiciliaria sobre Abuso de Drogas en España 2005-2006 permite constatar esta tendencia en el consumo de estas sustancias en España. Respecto al consumo de cannabis en España, la Encuesta confirma que se ha estabilizado la experimentación y el consumo esporádico, pero sigue aumentando

el consumo mensual (del 7% en 2003 se ha pasado a un 8,7% en 2005) y el consumo diario (de un 1,5 en 2003 a un 2% en 2005). Se estima que el 28,6% de la población entre 15 y 64 años en España ha probado alguna vez en su vida esta sustancia, el 11,2% la consumió alguna vez en el último año, el 8,7% la consumió alguna vez en el último mes y el 2% la consume a diario.

Por lo que se refiere al consumo de cocaína, las tendencias temporales han aumentado en los últimos años. Así la proporción de consumidores en los últimos 12 meses pasó de 1,8% en 1995 a 2,7% en 2003 y a un 3% en 2005. En el consumo actual (último mes) las cifras ascendieron de un 0,9 en 1995 a 1,1% en 2005.

Esta Encuesta aporta otro dato significativo sobre el tráfico de estas sustancias ilegales: la disponibilidad de drogas percibida. En general, la población española percibe que es bastante fácil acceder a las drogas de comercio ilegal. Más del 43% de la población entre 15 y 64 años considera fácil o relativamente fácil conseguir cualquiera de las principales drogas de comercio ilegal en un plazo de 24 horas. Si se trata de cannabis el porcentaje asciende al 55,9% y de cocaína se reduce al 42,8%.

La tendencia respecto a la disponibilidad percibida es un aumento creciente entre 2001 y 2005, aumento de 4 puntos en relación al cannabis y 3 puntos por lo que se refiere a la cocaína respecto al 2003.

Por último, el Informe de la Encuesta estatal sobre uso de drogas en estudiantes de enseñanzas secundarias 2006-2007 confirma respecto a esta población la tendencia al alza en la prevalencia del consumo de cannabis y la cocaína, si bien desde 2004 al 2006 se ha observado un importante descenso. Los datos respecto al consumo de cannabis son los siguientes: un 36,20% de los estudiantes de secundaria han consumido cannabis alguna vez en su vida, un 20,1% son consumidores actuales y un 11,9% lo han hecho más de 10 veces en el último mes. A pesar de los niveles altos de consumo, se observa un descenso

significativo respecto a 2004, tanto en la proporción que ha consumido alguna vez (42,7% en 2004 a 36,2% en 2006) como en los que la consumen actualmente (25,1% en 2004 a 20,1% en 2006).

En el consumo de cocaína, desde 1994 hasta 2006 se constata un ascenso en todos los índices de prevalencia: respecto a los estudiantes que han consumido alguna vez, se pasa de un 2,5% en 1994 a un 5,75% en 2006, en el consumo en los últimos 12 meses de 1,75% en 1994 a 4,15% en 2006 y en el consumo actual, los últimos 30 días, de 1,05% en 1994 a un 2,35% en 2006. También respecto al consumo de cocaína se aprecia un descenso importante desde 2004 al 2006 en todas las prevalencias de consumo. La prevalencia del consumo alguna vez en la vida en 2004 alcanzó el 9,05%, en los últimos 12 meses un 7,5% y en los últimos 30 días 3,85%.

Por lo que respecta a la disponibilidad percibida, tanto en el cannabis como en la cocaína se constata un aumento progresivo desde 1994 hasta 2004 y un descenso desde este año hasta 2006. En 1994 el 30,8% de los estudiantes españoles pensaba que era fácil o muy fácil conseguir cannabis; este porcentaje aumenta hasta un 71,8% en 2004 y cae al 66,8% en el 2006. Igual ocurre con la cocaína pero con índices menores: en 1994 el porcentaje de estudiantes que consideraban fácil o muy fácil adquirir cocaína era de 26,7%, en 2004 asciende hasta 46,7% y en 2006 desciende a un 37,4%.

Es cierto que estos estudios también ponen de manifiesto que se han disminuido los problemas más graves relacionados con el consumo de drogas, como las muertes relacionadas con el consumo de drogas y el número de inyectores de drogas infectados por SIDA. Según el Informe anual de 2007 del Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías, Europa registró un fuerte incremento de las muertes provocadas por el consumo de drogas durante la década de los años ochenta y principios de los años noventa, coincidiendo con la expansión del consumo de heroína y el consumo de esta droga por vía parenteral. Entre 1990 y 2000 las muertes por consumo de

droga aumentaron, aunque de forma menos destacada. Desde el año 2000 ha disminuido el número de muertes relacionadas con las drogas: un 6% en 2001, 14% en 2002 y 5% en 2003. Pero este descenso no ha continuado en 2004 y 2005. Se concluye que, después de alcanzar niveles máximos de muertes entre 1999 y 2001, seguidos de un claro descenso durante dos o tres años, se ha observado un aumento en el número de muertes notificadas en los años 2004 y 2005. En Europa la sobredosis por opiáceos es una de las causas principales de muerte entre los jóvenes, en especial entre la población masculina en las zonas urbanas. En España se sigue produciendo entre 800 y 900 muertes anuales directamente relacionadas con el consumo de drogas.

En 2005 los índices de nuevas infecciones entre consumidores de drogas por vía parenteral era bajo en la mayoría de los países. Estos resultados son consecuencias de la mayor oferta de medidas de prevención, tratamiento y reducción de daños. Una mayor facilidad de acceso a tratamientos y un mayor repertorio de enfoques, incluyendo tratamientos de sustitución, mejoran los índices de retención en el tratamiento, lo cual contribuye de forma importante a reducir las muertes relacionadas con las drogas.

Por otra parte en Europa se han incrementado los programas de reducción de daños. El suministro de agujas y jeringuillas constituye una práctica en todos los países, y las Salas de consumo son consideradas por algunos Estados miembros de la Unión Europea como un componente vital dentro de sus respuestas a algunas formas de consumo problemático. Actualmente hay más de 70 Salas de consumo en la Unión Europea y Noruega: alrededor de 40 en los Países Bajos, 25 en Alemania, 6 en España y otro tanto en Luxemburgo y noruega.

En cualquier caso los problemas graves no han desaparecido: en España entre los inyectores de droga más del 30% continúan infectados de SIDA y más del 70% por el virus de la hepatitis C. Y, aunque se ha disminuido fuertemente el ascenso del SIDA y de la hepatitis,

se siguen produciendo todavía muchas infecciones.

Por otra parte, las denuncias por consumo y/o tenencia ilícita de drogas en 2005 han ascendido a 173.096, lo que supone un incremento del 255% respecto al año 1998, con 67.677, y continúa la tendencia alcista. En Europa las infracciones relacionadas con el cannabis aumentaron un 36% en el periodo entre el año 2000 y el 2005. El Informe anual de 2007 de la OEDT afirma que esta situación podría estar cambiando, ya que la mayoría de los países experimentan un cierto descenso en las infracciones relacionadas con el cannabis; descenso que se relaciona con la idea de que los cuerpos y las fuerzas de seguridad persigan con menos vehemencia el consumo de esta droga.

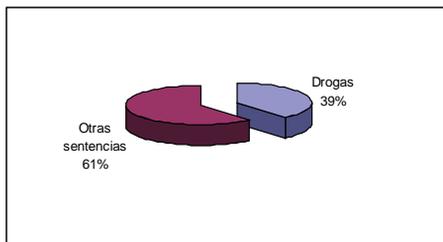
Por lo que se refiere a los efectos colaterales que conlleva esta política criminal de drogas, me centraré en los efectos que produce en la Administración de Justicia. Para ello expondré los resultados de un estudio empírico realizado por el Instituto de Criminología de la Universidad de Málaga sobre la relación entre las drogas y la delincuencia, a partir de los datos suministrados por la jurisdicción penal.

Este Proyecto, subvencionado por el Consejo General del Poder Judicial, trataba de estudiar las sentencias penales dictadas en España en 1999. Se revisaron 41.590 sentencias penales; de ellas se han analizado 11.313 sentencias relacionadas con las drogas, que se corresponden con 12.476 inculpados y 14.297 imputaciones. De este estudio se extraen una serie de datos relevantes a los efectos que aquí nos interesan.

1. La Administración de Justicia dedica gran parte de sus recursos materiales y personales a resolver hechos delictivos vinculados con las drogas. Del conjunto de sentencias penales vistas por los tribunales españoles más de 1 de cada 3 tienen relación con las drogas. Las drogas aparecen en el 40% del total de las sentencias.

a. Tribunal Supremo:

Figura 1. Sentencias del Tribunal supremo



De las 1854 sentencias dictadas, 721 estaban vinculadas a drogas, esto es, el 40%.

De estas el 67% se refieren a delitos contra la salud pública

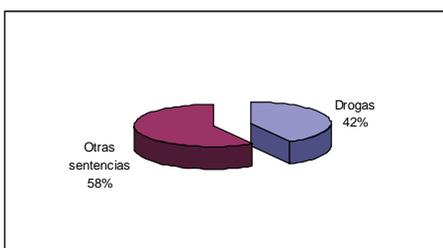
Tabla 1. Casos vinculados con las drogas en las sentencias del Tribunal Supremo

	Frecuencia	Porcentaje
Salud pública	859	56,6
Propiedad	311	20,5
Contrabando	151	9,9
Integridad personal	63	4,1
Falsedades	28	1,8
Tenencia armas	24	1,6
Libertad sexual	20	1,3
Detención ilegal	19	1,2
Blanqueo de capitales	6	,4
Seguridad del tráfico	5	,3
Otros delitos	31	2,0
Total	1517	100,0

b. Audiencia nacional

Un 42% de las sentencias en primera instancia dictadas por la Audiencia Nacional está relacionada con la drogas.

Figura 2. Sentencias de la Audiencia Nacional



De éstas el 72,4% son delitos contra la salud pública, y si sumamos los delitos de contrabando resultan 90%

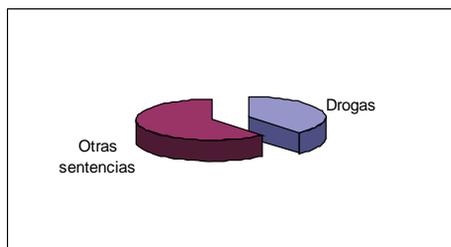
Tabla 2. Casos relacionados con la droga en las sentencias de la Audiencia Nacional

	Frecuencia	Porcentaje
Salud pública	21	72,4
Falsedad	5	17,2
Total	29	100,0

c. Audiencias provinciales en primera instancia

Casi un 39% de las sentencias de primera instancias de las Audiencias provinciales tiene relación con las drogas.

Figura 3. Sentencias en primera instancia de las Audiencias Provinciales



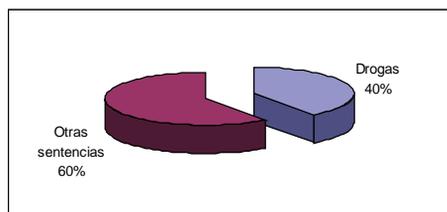
De ellas el 62,5% corresponden a delitos contra la salud pública.

Tabla 3. Casos relacionados con las drogas en las sentencias en primera instancia de las Audiencias Provinciales

	Frecuencia	Porcentaje
Salud pública	556	62,5
Patrimonio	235	26,4
Integridad personal	45	5,1
Libertad sexual	10	1,1
Tenencia ilícita de armas	10	1,1
Falsedades	6	,7
Seguridad del tráfico	5	,6
Detención ilegal	4	,4
Contrabando	3	,3
Otros delitos	16	1,8
Total	890	100,0

d. Audiencias provinciales en segunda instancia

Figura 4. Sentencias en segunda instancia en las Audiencias Provinciales



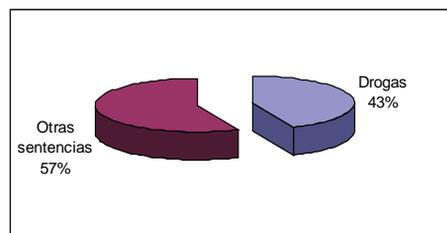
El 40% de las sentencias penales están relacionadas con drogas. De estas corresponden a delitos contra la salud pública cerca del 60%.

Tabla 4. Casos relacionados con las drogas en las sentencias en segunda instancia de las Audiencias Provinciales

	Frecuencia	Porcentaje
Seguridad del tráfico	5516	56,8
Patrimonio	1987	20,4
Salud pública	830	8,5
Desobediencia	633	6,5
Integridad personal	262	2,7
Resistencia/Atentado a la autoridad	215	2,2
Quebrantamiento de condena	82	,8
Falsedades	55	,6
Amenazas	26	,3
Tenencia ilícita de armas	22	,2
Daños	18	,2
Libertad sexual	12	,1
Otros	57	,6
Total	9715	100,0

e. Juzgados de lo Penal

Figura 5. Sentencias de los Juzgados de lo Penal



El 43% tienen relación con drogas. Aquí solo 9,6% es de delitos contra la salud pública, en función de la competencia de estos juzgados.

Tabla 5. Casos relacionados con drogas en sentencias de Juzgados de lo Penal

	Frecuencia	Porcentaje
Seguridad del tráfico	1346	63,5
Patrimonio	319	15,0
Salud pública	204	9,6
Desobediencia	88	4,1
Integridad personal	71	3,3
Quebrantamiento de condena	28	1,3
Falsedades	19	,9
Tenencia ilícita de armas	9	,4
Libertad sexual	2	,1
Otros	33	1,5
Total	2119	100,0

2. Las **eximentes** introducidas en el nuevo Código penal para excluir la responsabilidad de las personas sometidas a la acción de las drogas rara vez se aplican. Las eximentes incompletas y atenuante de grave adicción se aprecian con más frecuencia, aunque también en niveles bajos.

En las sentencias en primera instancia de las Audiencias provinciales se recoge

- Eximente por síndrome de abstinencia en un 0,2% del total de imputados
- Eximente incompleta por intoxicación en un 1,6% de los imputados
- Eximente incompleta por síndrome de abstinencia en un 0,3% de los imputados

En los Juzgados de lo Penal no se apreció ninguna eximente.

En cuanto a la atenuante de grave adicción, se aprecia en las Audiencias provinciales en primera instancia en el 11,5% de los imputados y la atenuante muy cualificada de grave adicción en un 2,1%. En los Juzgados de lo Penal se apreció en un 9,3% de los inculpados.

3. Los autores de estos delitos no suelen ser **reincidentes**: 3 de cada 4 inculpados por delito de tráfico de drogas no tiene antecedentes penales.

4. Se confirma que la actual regulación de los delitos de tráfico de drogas **impide gradual adecuadamente la diversa responsabilidad de los intervinientes**: apenas se aprecian grados de ejecución distintos de la consumación.

5. INTENTOS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES DE RACIONALIZACIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS

La actual política criminal de drogas y sus efectos ha determinado que tanto la doctrina como la jurisprudencia se ocupen de ofrecer soluciones racionalizadoras a los problemas que plantea en la práctica y que se propongan cambios de orientación en la misma.

El marco legal deja muy poco margen a una política de reducción de daños que trata de minimizar los daños que este enfoque represivo produce en los ciudadanos y en particular en los consumidores de droga. Sin embargo, en la actualidad tanto en nuestro país como en los países de nuestro entorno cultural coexisten una política prohibicionista a nivel legal y una política de reducción de daños a nivel asistencial. Tal convivencia presenta importantes contradicciones teóricas y no está exenta de tensiones en la práctica.

Por lo que se refiere a las **contradicciones**, hay que destacar que desde la perspectiva de la reducción de daños se acepta el fenómeno del consumo de las drogas, pero desde la perspectiva legal se sigue prohibiendo tal consumo. Ello determina contradicciones como que mediante un programa nos ocupemos de crear condiciones higiénicas de consumo o se repartan jeringuillas limpias a los consumidores, pero no se pueda controlar la calidad de la sustancia consumida, o no se permita al con-

sumidor obtener esta sustancia de forma legal, ni siquiera se considere lícita la mera tenencia de esa sustancia para el consumo.

En relación con las **tensiones** que generan en la práctica la coexistencia de estos dos modelos, se constata que tales tensiones han tenido un efecto dinamizador de la actual política de drogas, pues al intentar solucionarlas se han dado pasos importantes de cara a una mayor racionalización de la política de drogas. En este sentido es importante destacar que en los últimos años se ha realizado en España un esfuerzo doctrinal y jurisprudencial orientado a ofrecer una respuesta racionalizadora de los problemas que plantea la regulación legal de las drogas.

Por una parte, se ha ido afianzando una interesante jurisprudencia que en base a consideraciones de orden teleológico-valorativa ha realizado una interpretación restrictiva de los tipos penales que, sin llegar a contradecir el Derecho positivo vigente, ha permitido aproximar su aplicación a las exigencias de una política criminal más abierta a la realidad social. Con ello se ha conseguido introducir criterios de corrección de la excesiva amplitud dada por la tipificación penal con el fin de dejar fuera del Derecho penal supuestos que no suponen peligro para la salud pública y, sin embargo, contribuyen de manera decidida a reducir los daños asociados al consumo de drogas ilegales.

Por otra parte, y atendiendo a las mismas consideraciones, la doctrina mayoritaria interpreta restrictivamente los preceptos de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana, dejando al margen de la sanción administrativa conductas inofensivas para la seguridad ciudadana, como son el consumo privado y, sobre todo, la tenencia para tal consumo.

Estas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales han permitido en la práctica flexibilizar la política criminal impuesta por el legislador y han dado una cobertura legal a las distintas iniciativas que se ofrecen desde la perspectiva de la política de reducción de daño.

A) INTERPRETACIONES QUE TRATAN DE ADAPTAR EL ACTUAL MODELO REPRESIVO A LAS EXIGENCIAS DE LA POLÍTICA DE REDUCCIÓN DE DAÑOS

Las interpretaciones que tratan de conformar el sistema legal vigente a una política de reducción de daños se han dado, si bien con distinto alcance, tanto a nivel jurídico-penal, como en el ámbito sancionador administrativo.

A nivel penal, la doctrinal jurisprudencial, hoy totalmente consolidada, se caracteriza porque trata de aplicar los criterios elaborados por la doctrina para la restricción de los delitos de peligro abstracto al tipo penal del artículo 368 del Código penal, reduciendo así el excesivo ámbito de punibilidad del delito de tráfico de drogas. Según el Tribunal Supremo, el delito de tráfico de drogas se concibe como un tipo que, si bien no reclama la producción de un peligro efectivo para la salud pública, sí exige una acción apta para producir tal peligro. Es decir, el tipo penal requiere una acción que por sus posibilidades materiales sea susceptible de ser considerada, según un juicio de pronóstico, como peligrosa para la salud pública y la posibilidad de un resultado de peligro para la salud pública; esto es, que el juez verifique si en la situación concreta ha sido posible un contacto entre la acción y la salud pública, en cuya virtud hubiera podido producirse un peligro efectivo para ésta.

En base a esta reducción teleológica del tipo del art. 368 del Código penal, la jurisprudencia sostiene la atipicidad de dos supuestos:

a. Los casos del llamado **“consumo compartido**.

b. Los casos de **donación de drogas por personas allegadas a personas adictas, con fines de deshabitación o para evitar los riesgos que la crisis de abstinencia origina**.

A. Bajo la denominación de **“consumo compartido”** la jurisprudencia agrupa tres supuestos distintos:

1. Lo que se ha denominado indistintamente “servidor de la posesión”, “posesión en nombre de los demás”, que aluden a aquellos casos donde varios adictos realizan aportaciones para crear un fondo común con el fin de que uno adquiera la sustancia que se ha de consumir conjuntamente [SSTS 18 de diciembre de 1992 (*Tol 400708*), 7 de junio de 1993 (*Tol 400925*), 11 de febrero de 1994 (*Tol 402878*), 27 de enero de 1995 (*Tol 403258*), 3 de marzo de 1995 (*Tol 405261*), 23 de mayo de 1995 (*Tol 405054*), 2 de noviembre de 2002 (*Tol 229126*), 27 de febrero de 2003 (*Tol 265679*), 14 de junio de 2004 (*Tol 487732*), 2 de marzo de 2006 (*Tol 863891*), 20 de mayo de 2008 (*Tol 331002*)].

2. Lo que denomina “recíprocas invitaciones entre adictos” o “consumo colectivo compartido”, que se refiere a aquellos supuestos en los que varios drogodependientes comparten el consumo de droga [SSTS de 2 de noviembre de 1992 (*Tol 398520*), 25 de marzo de 1993 (*Tol 402330*), 14 de abril de 1993 (*Tol 401116*), 29 de mayo de 1993 (*Tol 400878*), 27 de junio de 1993 (*Tol 400784*), 27 de septiembre de 1993 (*Tol 401325*), 3 de marzo de 1994 (*Tol 398657*), 17 de junio de 1994 (*Tol 402537*), 19 de julio de 1994 (*Tol 403701*), 28 de marzo de 1995 (*Tol 403245*), 28 de octubre de 1996 (*Tol 406471*), 10 de diciembre de 1998 (*Tol 77581*), 22 de diciembre de 1998 (*Tol 115250*), 2 de marzo de 2001 (*Tol 36142*), 19 de diciembre de 2002 (*Tol 229716*), 1 de enero de 2003 (*Tol 265551*), 27 de marzo de 2003 (*Tol 265679*), 24 de agosto de 2003 (*Tol 274507*)].

3. Y, por último, la entrega o invitación gratuita de droga para su consumo inmediato a personas adictas [SSTS 14 de febrero de 1994 (*Tol 404165*), 2 de noviembre de 1995 (*Tol 404970*), 25 de enero de 1996 (*Tol 405916*), 5 de febrero de 1996 (*Tol 406206*), 26 de diciembre de 1996 (*Tol 405934*)] y excepcionalmente a personas no adictas [22 de febrero de 1993 (*Tol 6479*), 10 de noviembre de 1994 (*Tol 404881*), 19 de febrero de 1996 (*Tol 406522*), 23 de octubre de 1996 (*Tol 406285*)].

La exclusión de la tipicidad en esta constelación de casos se fundamenta en la inexistencia del peligro general de difusión, de facilitación o de promoción del consumo entre terceras personas indiscriminadamente, que es elemento del tipo del art. 368 del Código penal. Este fundamento se ha venido reiterando desde las primeras sentencias hasta la actualidad. Así la STS de 22 de febrero de 1993 (*Tol 6479*) declara que “*se debe excluir la tipicidad en aquellos casos en los que el peligro que caracteriza la acción de estos delitos quede totalmente excluido... es posible afirmar la exclusión de la tipicidad en aquellos casos en los que está totalmente descartada la posibilidad de difusión de la droga entre el público*”. En este sentido las SSTS 25 de marzo de 1993 (*Tol 402330*), 14 de abril de 1993 (*Tol 401116*), 25 de junio de 1993 (*Tol 400784*), 27 de septiembre de 1993 (*Tol 402325*), 3 de marzo de 1994 (*Tol 298657*), 16 de marzo de 1994 (*Tol 404119*), 17 de junio de 1994 (*Tol 402537*), 19 de julio de 1994 (*Tol 403701*), 10 de noviembre de 1994 (*Tol 404881*), 27 de enero de 1995 (*Tol 403258*), 3 de marzo de 1995 (*Tol 405261*), 28 de marzo de 1995 (*Tol 403245*), 23 de mayo de 1995 (*Tol 405054*), 2 de noviembre de 1995 (*Tol 404970*), 5 de febrero de 1996 (*Tol 406206*), 23 de noviembre de 1996 (*Tol 406488*), 18 de noviembre de 1996 (*Tol 406578*), 26 de diciembre de 1996 (*Tol 405934*), 19 de diciembre de 2002 (*Tol 229716*), 19 de junio de 2004 (*Tol 614292*), 20 de enero de 2005 (*Tol 639307*), 29 de abril de 2005 (*Tol 725643*), 19 de enero de 2006 (*Tol 866155*), 24 de septiembre de 2006 (*Tol 1002357*), 21 de noviembre de 2006 (*Tol 1006870*).

En otras sentencias [SSTS 18 de diciembre de 1992 (*Tol 400708*), 29 de mayo de 1993 (*Tol 400878*), 11 de febrero de 1994 (*Tol 402895*), 29 de septiembre de 2005 (*Tol 738371*), 5 de mayo de 2005 (*Tol 648865*)] se fundamenta la atipicidad en la ausencia del tipo subjetivo, afirmando que “*se excluye el factor tendencial de transmitir la droga a terceras personas*”. Este elemento subjetivo no es necesario analizarlo si previamente se descarta el tipo objetivo por falta del elemento de peligro abstracto.

Para poder afirmar que falta el elemento del tipo de peligro general o abstracto, es decir, que queda totalmente descartada la posibilidad de difusión de la droga entre terceras personas, el Tribunal Supremo viene exigiendo los siguientes requisitos o condiciones:

- a. que la acción tenga lugar en un recinto o círculo cerrado,
- b. no haya existido contraprestación alguna,
- c. que la cantidad de droga no rebase el límite de un consumo normal,
- d. ha de tratarse de un consumo inmediato.

Estos requisitos se exigen de forma unánime por toda la jurisprudencia. Así las SSTS de 22 de febrero de 1993 (*Tol 6479*), 3 de junio de 1993 (*Tol 402372*), 27 de septiembre de 1993 (*Tol 401325*), 17 de junio de 1994 (*Tol 402537*), 10 de noviembre de 1994 (*Tol 404881*), 28 de marzo de 1995 (*Tol 403245*), 18 de noviembre de 1996 (*Tol 406578*), 31 de marzo de 1998 (*Tol 78602*), 9 de febrero de 2000 (*Tol 15579*), 14 de marzo de 2003 (*Tol 156498*), 27 de febrero de 2003 (*Tol 265679*), 18 de septiembre de 2003 (*Tol 316506*), 19 de junio de 2004 (*Tol 614292*), 20 de enero de 2005 (*Tol 639307*), 27 de septiembre de 2005 (*Tol 718591*), 12 de diciembre de 2005 (*Tol 28463*), 12 de enero de 2006 (*Tol 821079*), 13 de febrero de 2006 (*Tol 850061*), 6 de abril de 2006 (*Tol 935077*), 14 de septiembre de 2006 (*Tol 1014132*), 17 de enero de 2007 (*Tol 1044188*), 21 de septiembre de 2007 (*Tol 156731*), 26 de noviembre de 2007 (*Tol 213972*), 5 de diciembre de 2007 (*Tol 229901*), 14 de mayo de 2008 (*Tol 330996*).

Además, se requiere otra exigencia en relación con la naturaleza de los destinatarios. La mayoría de las sentencias condicionan la impunidad a que se trate de personas adictas, o, al menos, habituadas al consumo. Así las SSTS de 23 de mayo de 1995 (*Tol 405054*), 2 de noviembre de 1995 (*Tol 404970*), 18 de noviembre de 1996 (*Tol 406578*), 31 de marzo de 1998 (*Tol 78602*), 4 de mayo de 1998 (*Tol 77110*), 18 de septiembre de 2003 (*Tol*

316506), 5 de mayo de 2005 (*Tol 648865*), 12 de enero de 2006 (*Tol 815707*), 13 de marzo de 2006 (*Tol 925397*), 2 de marzo de 2006 (*Tol 863891*), 12 de diciembre de 2006 (*Tol 1026953*), 12 de julio de 2007 (*Tol 229901*), 12 de junio de 2008 (*Tol 343768*). Otras sentencias, por el contrario, declaran la impunidad por falta del peligro de difusión incontrolada entre múltiples consumidores aun cuando el destinatario no sea adicto o persona habituada al consumo. Así las SSTS de 22 de febrero de 1993 (*Tol 6475*), 19 de octubre de 1996 (*Tol 406522*).

B. Respecto al segundo supuesto, **la entrega de droga por parte de personas allegadas a personas adictas con el fin de deshabitación o de evitar los riesgos que la crisis de abstinencia origina**, no se puede afirmar que la jurisprudencia haya mantenido de forma unánime la atipicidad de la conducta. Se han distinguido dos posiciones en la Sala 2ª del Tribunal Supremo.

Una línea jurisprudencial minoritaria afirma la tipicidad de tales conductas. Así la STS de 14 de octubre de 1994 (*Tol 404497*) declara que “*la entrega de sustancias psicotrópicas a una persona ya drogadicta, cualquiera que sea la intención que la presida, incluso ayudarla a calmar su estado de carencia, constituye el ilícito penal*”, basando tal decisión en que con la entrega de la droga “*no se auxilia a quien vive momentos de alteración por drogadicción*”.

La posición mayoritaria, por el contrario, sostiene la atipicidad de la conducta, consolidándose esta corriente jurisprudencial hasta el punto que desde 1994 todos los pronunciamientos de la Sala 2ª del Tribunal Supremo aceptan la tesis de la impunidad.

Esta tesis se formula en palabras de la STS de 16 de septiembre de 1996 (*Tol 406288*) de la siguiente forma: “*En los supuestos en los que un familiar o persona allegada proporciona pequeñas cantidades de droga con la sola y exclusiva idea de ayudar a la deshabitación o a impedir los riesgos que la crisis de abstinencia origina, movidos por un fin loable y altruista, sin ventaja ni contraprestación alguna, no puede llegarse al*

delito si de ninguna forma se potencia los actos o verbos contenidos en el art. 344— hoy 368— del Código penal. En estos casos falta evidentemente el sustrato de antijuricidad, pues no existe entonces posibilidad de difusión, facilitación o de promoción del consumo por terceras personas indiscriminadamente, lo que lleva a la ausencia del peligro más arriba dicho”.

Este planteamiento aparece por primera vez en la STS de 29 de mayo de 1993 (*Tol 400878*), donde se afirma que “*Si bien es cierto que entre las conductas comprendidas en el citado art. 344 está la de facilitar el consumo de la droga por terceros, se hace preciso por razones sociales, humanitarias y la finalidad de la norma distinguir, a efectos de su relevancia penal, los tipos o fines de facilitación, diferenciando los supuestos en los que se pretende promover la expansión del producto de aquellos otros en que la finalidad es reducir el consumo de una persona adicta a efectos de una paulatina deshabituación hasta el posterior ingreso en un centro de desintoxicación, en cuyo caso la acción no debe considerarse plenamente típica*”. Esta doctrina se ha mantenido de forma reiterada en las siguientes sentencias: 15 de julio de 1993 (*Tol 406859*), 16 de septiembre de 1993 (*Tol 402166*), 7 de febrero de 1994 (*Tol 404745*), 8 de abril de 1994 (*Tol 404602*), 16 de enero de 1995 (*Tol 403259*), 11 de diciembre de 1995 (*Tol 404913*), 25 de enero de 1996 (*Tol 405916*), 8 de febrero de 1996 (*Tol 406276*), 18 de noviembre de 1996 (*Tol 406578*), 3 de febrero de 1997 (*Tol 408222*), 18 de mayo de 1997 (*Tol 407546*), 11 de junio de 1997 (*Tol 407102*), 10 de noviembre de 1997 (*Tol 408530*), 18 de septiembre de 1997 (*Tol 408129*), 3 de noviembre de 1997 (*Tol 408185*), 4 de diciembre de 1997 (*Tol 407124*), 22 de enero de 1998 (*Tol 8402*), 15 de abril de 1998 (*Tol 77786*), 20 de julio de 1998 (*Tol 205268*), 22 de septiembre de 2000 (*Tol 7207*), 10 de julio de 2001 (*Tol 66847*), 11 de noviembre de 2001 (*Tol 440381*), 21 de noviembre de 2002 (*Tol 229814*), 5 de abril de 2004 (*Tol 392767*), 28 de junio de 2004 (*Tol 483669*), 8 de junio de 2006 (*Tol 969527*), 12 de marzo de 2007 (*Tol 1050599*), 21 de noviembre de 2007 (*Tol 177295*)

El conjunto de estas resoluciones señalan los requisitos que deben concurrir en estos casos de donación de drogas para que no se consideren incluidos en el tipo penal. Son los siguientes:

- a. Que no exista difusión de la droga respecto de terceros.
- b. Que no exista contraprestación alguna.
- c. Que la donación lo sea para el consumo inmediato, en presencia o no de quien entrega la droga.
- d. Que se persiga únicamente una finalidad altruista y humanitaria para defender al destinatario de las consecuencias del síndrome de abstinencia, con fines de deshabituación, o con fines de evitar el consumo clandestino.
- e. Que se trate de cantidades mínimas.

El fundamento de la impunidad, como ya se ha indicado, viene determinado porque, aun cuando se trate de actos de tráfico, estos no producen difusión de las drogas entre terceras personas indeterminadas, que es el resultado final que se pretende impedir y que se prohíbe en el art. 368 [SSTS 19 de enero de 2004 (*Tol 348612*), 5 de abril de 2004 (*Tol 392767*), 28 de junio de 2004 (*Tol 483669*), 8 de junio de 2006 (*Tol 964527*), 12 de febrero de 2007 (*Tol 1050599*)].

En relación con la responsabilidad administrativa, la jurisprudencia del Tribunal supremo difiere de la interpretación restrictiva que realiza la doctrina dominante. Para el alto Tribunal la tenencia de droga para el consumo es ilícita y, por tanto, sancionable en virtud del artículo 25.1 de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana. La STS de la Sala III de 28 de septiembre de 1998 (*Tol 43669*) sienta como doctrina legal que la tenencia de drogas sancionable administrativamente es aquella en que la tenencia está destinada al consumo personal, rechazando que pueda entenderse excluida del precepto la tenencia de pequeñas cantidades para el propio consumo porque en la norma no se formula distinción ni excepción de clase alguna. Según esta doctrina el concepto de tenencia ilegal debe deducirse de lo dis-

puesto en el art. 22 de la Ley 17/1967 sobre estupefacientes, en el que se relaciona específicamente los usos permitidos (“los industriales, terapéuticos, científicos y docentes autorizados con arreglo a esta ley”) y, en consecuencia, considera prohibidos cualquier otro.

La doctrina mayoritaria, por el contrario, sostiene que una interpretación sistemática y teleológica de los preceptos de esta Ley conduce a establecer que el consumo de droga que se sanciona administrativamente es el realizado en lugares públicos y no el que se realiza en privado y que la tenencia ilícita de drogas de carácter administrativo es aquella que suponga exhibición en lugares público.

En relación con la prohibición del consumo se argumenta que lo que fundamenta la infracción administrativa no es el mero consumo, sino el lugar donde se realiza el consumo. El carácter público del lugar del consumo es lo que fundamenta que ese comportamiento sea peligroso para la seguridad ciudadana. La *ratio* del precepto sería evitar el consumo de drogas en presencia de otras personas, en orden a evitar que tal conducta pueda promover o favorecer, de uno u otro modo, el consumo ilegal de sustancias prohibidas.

Cabe deducir a *sensu contrario* que el consumo de drogas en lugares que no tengan la consideración de públicos no es constitutivo de infracción administrativa y, por tanto, no debe ser calificado de hecho jurídicamente prohibido. No obstante, en virtud de la Ley 87/1967, de 8 de abril de normas reguladoras sobre estupefacientes, cabe interpretar que dicho consumo en el ámbito privado sigue estando prohibido, pues el art. 22 de esta Ley no permite otros usos de los estupefacientes que “los industriales, terapéuticos, científicos y docentes autorizados con arreglo a esta ley”.

Sin embargo, más allá de esta genérica prohibición de uso, que no dispone ninguna sanción, no existe ningún precepto que prohíba taxativamente el consumo personal de droga en privado.

En relación con la tenencia ilícita de drogas se argumenta, en primer lugar, que parece

lógico que la tenencia, acto preparatorio y el *prius* lógico del posterior consumo, sólo se sancione cuando lo sea exclusivamente en lugares públicos, como ocurre con el consumo; de lo contrario se dará la incongruencia legal de que el consumo privado no constituyen infracción administrativa, pero sí el momento inmediatamente anterior al consumo.

Por otra parte, se interpreta el precepto atendiendo al bien jurídico que se pretende proteger; esto es, se trata de determinar la anti-juricidad material. Con arreglo a este criterio, se trata de precisar en qué condiciones o circunstancias la tenencia de droga es susceptible de atentar o poner en peligro la seguridad ciudadana, concluyéndose que la única forma en que dicha tenencia puede poner en peligro la seguridad ciudadana es cuando se hace exhibición u ostentación pública de la misma, mientras que la posesión de la droga con la finalidad de autocomsumo no puede poner en peligro la seguridad ciudadana.

Esta doctrina jurisprudencial que interpreta restrictivamente el tipo penal, excluyendo de la sanción penal aquellos casos en los que quede totalmente descartada la posibilidad de difusión de la droga entre terceras personas indeterminadas, y la interpretación restrictiva de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana, que no considera ilícito administrativo la tenencia para el consumo privado, permiten abrir ciertos ámbitos a la impunidad, que posibilitan la realización de interesantes iniciativas dirigidas a reducir los daños que el consumo de drogas puede llegar a producir, como la creación de establecimientos donde los toxicómanos puedan adquirir y consumir droga, la administración controlada de heroína en el marco de un programa deshabitador, o el programa de recogida de drogas ilegales para su análisis toxicológico entregando el resultado a las personas que hubieran entregado la droga.

B) PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN LEGISLATIVA

A parte de esta interpretación restrictiva de los tipos penales y de los preceptos que esta-

blecen la responsabilidad administrativa por el consumo y la tenencia ilícita de las drogas, la jurisprudencia ha venido propugnando una modificación legislativa que distinga, a efectos de pena, entre el tráfico de cantidades pequeñas de droga y actos de tráfico importantes. En este sentido el **Acuerdo del pleno no jurisdiccional de la Sala segunda del Tribunal Supremo, adoptado en su sesión de 25 de octubre de 2005** aprueba dos propuestas alternativas al amparo del art. 4.3 del Código penal, en relación con el artículo 368 del mismo texto: la redactada por el magistrado D. José Antonio Martín Pallín, que propone añadir al citado artículo “que cuando se trate de cantidades módicas las penas deberían ser de seis meses a dos años, cuando se trate de sustancias que no causen grave daño a la salud, y de dos a cinco años si se trata de sustancias que sí causen grave daño a la salud”; y la redactada por el magistrado D. Andrés Martínez Arrieta, en el sentido de “añadir un párrafo segundo al artículo 368 con el siguiente texto: “no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del culpable”.

Este acuerdo no jurisdiccional del Tribunal Supremo viene precedido por una práctica extendida en ciertos tribunales que vienen solicitando un indulto parcial por pena excesiva o desproporcionada en los casos de aplicación del tipo básico del art. 368 cuando se refiere a tráfico de pequeñas cantidades de drogas que no sean susceptibles de causar grave daño a la salud, consistente en una reducción de la pena mínima de tres años a la pena inferior a un año, a los efectos de que se le pueda suspender la ejecución de la pena de prisión. También es usual que se solicite el indulto parcial en relación con la pena del tipo agravado del art. 369.1, cuya pena mínima, en caso de drogas susceptibles de causar grava daño a la salud, es de 9 años de prisión, cuando se trata de tráfico de pequeñas cantidades o en atención a las condiciones personales de los imputados.

En la última década, desde 1997 a 2007, en el Tribunal Supremo y en las Audiencias

provinciales se han planteado 83 solicitudes de indulto parcial por pena excesiva o desproporcionada. De este conjunto de peticiones de indulto, 28 se refieren al delito de tráfico de drogas, esto es, el 34% de los casos. Le sigue, con 18 solicitudes, las relativas al antiguo delito contra el deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria.

6. LÍMITES Y PROBLEMAS QUE PLANTEAN LOS PROGRAMAS DE REDUCCIÓN DE DAÑOS

Sin negar el indudable avance que estas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales han representado, resulta ser una vía que presenta serios inconvenientes, que no conviene olvidar. Por una parte, se trata sólo de una interpretación que como tal ha sido contestada por otras resoluciones del Tribunal Supremo y, aunque actualmente esté totalmente consolidada, crea inseguridad jurídica, como lo demuestra que este tipo de iniciativas requieran el previo dictamen legal sobre su viabilidad. Por otro lado, tal construcción se ha realizado al hilo de supuestos individuales que aunque presenten analogía con las iniciativas antes referidas, sobre todo desde el punto de vista de la fundamentación de la impunidad, no se corresponden linealmente. Por último, estas iniciativas se han de presentar en el marco de un proyecto de investigación médica o científica para que no presenten problemas con la regulación administrativa de los estupefacientes y sustancias psicotrópicas, pues, como vimos, en la Ley de estupefacientes de 1967 y en el RD que regula las sustancias psicotrópicas de 1977, solo autoriza la posesión o uso de estas sustancias con fines de investigación médica y científica.

Todo lo anterior supone, en la práctica, un freno considerable a la política de reducción de daños y pone de manifiesto que la solución es optar por otro modelo de control social que no se centre en la represión y persecución penales, como ocurre en la actualidad, sino que

ponga el énfasis en la prevención de la demanda y la asistencia de los consumidores, con una intervención preventiva basada en mensajes positivos y una política asistencial centrada en el objetivo de reducir los riesgos del consumo. Sólo con un cambio legislativo en este sentido se pueden hacer realidad los objetivos de la reducción de daños.

Desde el modelo actualmente vigente, se hace necesario e imprescindible para dar seguridad jurídica a las iniciativas de política de reducción de daños las siguientes reformas legislativas:

1. Una reformulación del tipo penal del art. 368 del Código penal, que excluya del tipo las conductas de entrega o fa-

cilitación de las drogas siempre que no supongan difusión de las drogas entre terceras personas indeterminadas.

2. Reforma de la Ley 17/1967 sobre estupefacientes y del RD 2829/1977 sobre sustancias psicotrópicas, que autorice la tenencia y uso de estupefacientes y sustancias psicotrópicas con fines de consumo privado y de reducir los daños asociados al consumo.
3. Derogación del art. 25.1 de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana de 1992, que considera infracción grave la tenencia ilícita de drogas aunque no estuviera destinada al tráfico, siempre que no constituyan infracción penal.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

Ad. II.1

Sobre los modelos actuales de política de drogas vid. Díez Ripollés. “La política sobre drogas en España, a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente”. *ADPCP*. 1987; DEL MISMO. “Tendencias político-criminales en materia de drogas” en *Jueces para la democracia* n.º 19. 1993; Díez Ripollés/LAURENZO COPELLO. *La actual política criminal de drogas*. 1993; GONZALEZ ZORRILLA. “Política(s) criminal(e)s en materia de drogas. (Prohibicionismo versus reducción de daños)” en *Cuadernos de Derecho Judicial* n.º 4. 1999; Grupo de Estudios de Política Criminal. “Una alternativa a la actual política criminal de drogas”. 1992; JOSET-ALBRECHT. “Entwurf einer liberalen Drogenpolitik: Die Revision des Betäubungsmittelgesetzes”. *ZSR*. 1986; P.A. O’HARE. “Introducción: apuntes sobre el concepto de reducción de daños” en *La reducción de daños relacionados con las drogas*. Grupo IGIA. 1995, pp. 17-22; R. NEWCOMBE. “La reducción de los daños relacionados con las drogas: un marco conceptual para la teoría, la práctica y la investigación” en *La reducción de daños relacionados con las drogas*. IGIA. 1995; DE LA CUESTA ARZAMENDI. “Drogas y política criminal en el Derecho penal europeo” en “Delitos contra la salud pública”. *Cuadernos de Derecho Judicial* XXI. 1993; LAURENZO COPELLO. “Drogas y Estado de derecho. Algunas reflexiones sobre los costes de la política represiva” en *Jueces para la democracia*. 1995; MUÑOZ SÁNCHEZ. “Problemas legales de la política de reducción de daños” en *Eguzkilore* n.º 16. 2003; VÁZQUEZ GONZÁLEZ. “Algunas interpretaciones sobre la eficacia de la política criminal española en materia de drogas” en *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*. 2004.

Ad. III

Una relación bibliográfica limitada de las obras más importantes sobre la regulación de las drogas en el ordenamiento jurídico penal español: LUZÓN PEÑA. “Tráfico y consumo de drogas” en *La reforma penal*. 1982; ARROYO ZAPATERO. “Aspectos penales del tráfico de drogas”. *Revista de la Facultad de derecho de la Universidad Complutense*. Monográfico 6. 1983; DE LA CUESTA ARZAMENDI. “El marco normativo de la droga en España” en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 3. 1988, p. 396; DEL MISMO. “Política criminal en materia de drogas en España tras el nuevo Código penal” en *Cuadernos de Derecho Judicial*. 1998, p. 95; VIVES ANTÓN. “Problemas constitucionales de la prevención y represión del tráfico de drogas tóxicas y estupefacientes” en *Delitos contra la salud pública*. 1977, pp. 545 y ss.; Díez Ripollés. *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*. 1989; PRIETO RODRÍGUEZ. *El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español*, 2ª ed. 1993; REY HUIDOBRO. “El delito de tráfico de estupefacientes. El Tribunal Supremo ante los actos de dudosa tipicidad” en *Actualidad Penal* n.º 34. 1994; DEL MISMO. “La nueva regulación de los delitos de tráfico de drogas” en *La Ley* 1996; JOSHI JUBERT. *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del Art. 368 CP*. 1999; ACALE SÁNCHEZ. *Salud pública y drogas tóxicas*. 2002; MUÑOZ SÁNCHEZ/DÍEZ RIPOLLÉS. *Las drogas en la delincuencia*. 2004; MUÑOZ CONDE. *Derecho penal. Parte Especial*. 16ª ed. 2007; VALLE MUÑIZ/MORALES GARCÍA. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*. 6ª ed. 2007.

Ad. V.1

Sobre la interpretación restrictiva del Tribunal Supremo del Art. 368 del Código penal vid. REY HUIDOBRO. “El delito de tráfico de estupefacientes. El Tribunal Supremo ante los actos de dudosa tipicidad” en *Actualidad penal*. 1994; GARCÍA RIVAS. “Criminalidad organizada y tráfico de drogas” en *Revista Penal*. 1998; MAQUEDA ABREU. “Jurisprudencia penal e interpretación teleológica en materia de drogas” en *La Ley*. 1998; MUÑOZ SÁNCHEZ/SOTO NAVARRO. “El uso terapéutico del cannabis y la creación de establecimientos para su adquisición y consumo” en *Revista de Derecho penal y Criminología* 2ª época nº 7 2001.

Ad. V.2

Respecto de la interpretación restrictiva de los preceptos de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana vid. PORTILLA CONTRERAS. “Infracciones graves relacionadas con el consumo, la tenencia de drogas y el abandono de instrumentos utilizados para el consumo” en COBO DEL ROSAL (dir) *Comentarios a la legislación penal*. T. XL Vol. I. 1994; TOMILLO CID. “Aspectos sociológicos, criminológicos y jurídicos del consumo de drogas ilegales” en *Revista de Derecho Penal y Criminología* 5/1995.; FRIGOLS BRINES. “Sobre la tenencia ilícita de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas para el propio consumo: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, sección 6ª, Sala III, de 28 de septiembre de 1998” en *Revista de Ciencias Penales* nº 1 Vol. 2º. 1999; QUERALT. “La tenencia de drogas para el autoconsumo” en *La Ley* 4370, 8 de abril 1999; BOLDOVA PASSAMAR. “Tenencia y consumo de drogas: los límites de las prohibiciones en el Derecho español.” *Actualidad Penal* nº 20. 2000 p. 8.

Fecha de recepción de originales: 4 de septiembre de 2008

Fecha de aceptación de originales: 5 de noviembre de 2008

RESUMEN

El artículo es un intento de explicar dos actitudes diversas de los jueces sobre la cuestión de quién debe tener la última palabra en aquellas materias que afectan a la seguridad. La alternativa entre una mirada basada en la deferencia hacia quienes adoptan las decisiones, y una fundada en el compromiso del juez con la defensa de los derechos, es decisiva para comprender los límites en los que se enmarca la llamada “guerra contra el terrorismo”, y la responsabilidad que corresponde en ella a cada una de las tres ramas del gobierno. Aunque el artículo se basa en el estudio de una reciente e importante decisión del Tribunal Supremo norteamericano, las dos tendencias descritas en el trabajo podrían valer como marco general de análisis sobre las dificultades del razonamiento judicial en un contexto de excepción o pseudo-bélico.

PALABRAS CLAVE

RAZONAMIENTO JUDICIAL, LUCHA CONTRA EL TERRORISMO, TRIBUNAL SUPREMO NORTEAMERICANO

ABSTRACT

The article tries to explain two different attitudes of judges when they confront the problem of deciding who must have the last word in those questions related to collective security. The alternative between a judicial view based in deference and self-restraint, and another one founded in the allegiance to a system of individual rights' implications, seems decisive to understand the limits of the (so called) “war on terrorism”, and the following responsibilities of the three branches of government. The article was written as a consequence of a recent and important decision of the American Supreme Court, but it tries to establish a general frame of analysis on the difficulties of judicial reasoning in a context of emergency.

KEY WORDS

JUDICIAL REASONING, WAR ON TERRORISM, SUPREME COURT OF UNITED STATES

TIPOS DE DISCURSO JUDICIAL EN LA GUERRA CONTRA EL TERRORISMO

A propósito de la Sentencia
del Tribunal Supremo de los
Estados Unidos en el caso
Boumediene contra Bush

Miguel Revenga Sánchez

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Cádiz

Investigador del Instituto de Derecho Público Comparado
Universidad Carlos III de Madrid

Sumario: 1. Introducción: *Boumediene* como pretexto y como laboratorio para el análisis de tipos de discurso judicial en las causas por terrorismo. 2. Primer modelo: el juez *responsable* y, por ello, deferente para con las decisiones que adoptan quienes tienen un conocimiento especializado en materia de seguridad. 3. Segundo modelo: el juez *consciente* de su función como guardián de la Constitución y de los derechos reconocidos en ella, y baluarte contra los excesos y malas prácticas en que puedan incurrir las “ramas” políticas. 4. Conclusión. Nota bibliográfica

1. INTRODUCCIÓN. *BOUMEDIENE* COMO PRETEXTO Y COMO LABORATORIO PARA EL ANÁLISIS DE TIPOS DE DISCURSO JUDICIAL EN CAUSAS DE TERRORISMO

El 12 de junio de 2008, el Tribunal Supremo norteamericano hizo pública la Sentencia del caso *Boumediene et al. contra Bush*. Se trata de la última (por el momento) de las grandes decisiones del alto tribunal que afectan directa y medularmente a la política antiterrorista diseñada por la Administración Bush en res-

puesta a los ataques del 11 de septiembre, una saga que comenzó con las dictadas en junio de 2004 en los casos *Hamdi et al. contra Rumsfeld*, *Rumsfeld et al. contra Padilla*, y *Rasul et al. contra Bush*. Los tres casos recién citados, al igual que *Boumediene*, versan sobre la medida en que la garantía constitucional del *habeas corpus* es aplicable a los demandantes, todos ellos detenidos a raíz del 11-S, y bajo custodia de las autoridades norteamericanas en el momento de plantear sus demandas. Pero los tres casos tienen importantes factores diferenciales. *Hamdi* se centra en definir cuáles son las garantías constitucionales de un ciudadano norteamericano capturado en Afganistán y enviado, su-

cesivamente, a Guantánamo y a una prisión de Carolina del Sur; *Padilla* versa sobre cuál es el tribunal al que corresponde la competencia objetiva para decidir acerca de las pretensiones de un ciudadano igualmente norteamericano, pero detenido y preso en el suelo de los Estados Unidos; y *Rasul* se refiere al debate sobre la titularidad de garantías constitucionales, o ausencia de ellas, por parte aquellos internos en la base de Guantánamo que carecían de la ciudadanía norteamericana. Hasta *Boumediene*, estos tres casos de 2004 eran, junto a *Hamdam contra Rumsfeld* (fallado en junio de 2006), los casos de referencia en la materia y, como tales, están en el trasfondo de un agrio debate doctrinal cuyo objeto no es otro, una vez más, que el del *lugar y las responsabilidades constitucionales* que corresponden, respectivamente, en el escenario político abierto tras los atentados del 11 de septiembre, al Presidente de los Estados Unidos, al Congreso y al Tribunal Supremo; esto es, a las tres “ramas del gobierno” cuya separación y sistema de relaciones son, junto a la división territorial del poder, los argumentos principales del texto de 1787.

Pero, aparte del debate doctrinal sobre las implicaciones de la posición del Presidente como “Comandante en jefe” y sobre la pertinencia de hacer un uso más o menos incisivo de la facultad de revisión judicial de la ley frente a éste y el Congreso, el diseño de la política antiterrorista está dando lugar en los Estados Unidos a una efectiva confrontación entre los tres poderes, en el medio del cual cada uno de ellos emplea su autoridad constitucional para imprimir un sesgo característico a lo que podríamos llamar, tomada en su conjunto, la respuesta norteamericana al desafío del terrorismo. Desde la famosa Ley Patriótica, con sus disposiciones a término (*sunset provisions*), que han sido objeto de prórroga, derogación o confirmación definitiva por parte del Congreso, hasta la decisión del Tribunal Supremo en *Boumediene*, discurre un hilo de continuidad cuyos episodios más relevantes son consecuencia de unos “turnos” jugados sucesivamente por las *ramas políticas* y por la *rama judicial*: a la ansiedad garantista mostrada por

el Tribunal Supremo de manera cada vez más ambiciosa, el Presidente ha respondido con estrategias (que han recibido el respaldo de la mayoría del Congreso) concebidas para “circunvalar” las tachas de inconstitucionalidad y los reparos afirmados o dejados entrever por el Tribunal Supremo, en decisiones tortuosas y marcadas por la divisoria profunda entre jueces liberales y jueces conservadores. En 2005, y como respuesta a la decisión *Rasul*, la Ley sobre el trato de los detenidos (*Detainee Treatment Act*) otorgó ciertas garantías procesales a los detenidos en Guantánamo, una especie de sucedáneo de la garantía constitucional del *habeas corpus*, completada con la creación a instancias del Departamento de Defensa (como respuesta a *Hamdi*) de unas Comisiones Judiciales Militares para la Revisión del Estatuto de Combatiente Enemigo (*Combatant Status Review Tribunals*). Pero en el caso *Hamdam contra Rumsfeld*, fallado en junio de 2006, el Tribunal Supremo decidió que el Ejecutivo, por sí solo, carecía de autoridad constitucional para poner en pie un sistema de (seudo) reconocimiento de las garantías de los presos, que no cuadraba con el estatuido en el Código de Justicia Militar (*Uniform Code of Military Justice*), ni era respetuoso con las normas de los Convenios de Ginebra de 1949, sobre derechos de los presos de guerra. La respuesta a *Hamdam* fue la inmediata aprobación por el Congreso de una ley, la *Military Commissions Act*, que conserva en lo sustancial el sistema de revisión judicial diseñado *ex professo* por la Administración Bush para “ajustar” la exigencia constitucional de control judicial sobre las decisiones que conllevan privación de libertad del individuo a las necesidades de la (llamada) “guerra contra el terrorismo”.

Lo que el Tribunal Supremo accedió a decidir en *Boumediene* es si tales ajustes eran constitucionalmente legítimos, esto es, si entre la plenitud de las garantías establecidas en la Constitución, y la aplicación *sui generis* de las mismas por razón de las características personales de quienes pretenden acogerse a ellas (falta de ciudadanía y/o apresamiento en combate contra los Estados Unidos), o por razón

del lugar en el que permanecen privados de libertad (territorio sometido a la soberanía *de iure* de otro Estado), caben situaciones intermedias, como las diseñadas, bajo el impulso de concretas decisiones judiciales, por la Ley de las Comisiones Militares. La respuesta de la mayoría de los jueces del Tribunal Supremo en *Boumediene* —con los cinco votos del magistrado ponente, Kennedy, más los de los jueces Stevens, Souter, Ginsburg y Breyer, contra los cuatro del *Chief Justice* Roberts más los de Scalia, Thomas y Alito— es ahora que *tertium non datur*: los detenidos en Guantánamo tienen derecho a la plenitud de una garantía como la del *habeas corpus*, central en el esquema constitucional originario, y reforzada mediante la *Suspension Clause* del artículo I, Sección 9, Apartado *b* de la Constitución (“El privilegio del procedimiento de *habeas corpus* no se suspenderá sino en aquellos casos en los que, por razón de rebelión o invasión, la seguridad pública así lo exija”), lo cual lleva a que el Tribunal declare la inconstitucionalidad de aquella parte de la ley sobre el trato de los detenidos (concretamente el § 7 de la misma) en la que se excluye la competencia de los jueces federales para conocer acerca de las peticiones de *habeas* formuladas por los presos a quienes las Comisiones Militares hubiesen confirmado como combatientes enemigos.

Con los votos concurrentes y discrepantes, la Sentencia *Boumediene* ocupa 126 páginas del repertorio, a lo largo de las cuales la mayoría y la minoría van desgranando sus argumentos, dirigidos, sobre todo —tal cual es característico del modo de revisión practicado en un sistema *judicialista* como el norteamericano— a descubrir al lector las razones por las que procede desvincularse, o seguir a pies juntillas, los precedentes del propio Tribunal. En la opinión de la mayoría vemos así aparecer nada menos que *Marbury*, para repudiar que el Ejecutivo pueda decidir a su antojo cuándo la Constitución se aplica o no se aplica; y en dicha opinión, y en la de la minoría discrepante, se analizan minuciosamente, y hasta la saciedad, los argumentos del Tribunal en *Johnson contra Eisentrager*, un caso de 1950, en el que el Tribunal Supremo

decidió que la jurisdicción del *habeas corpus* no era aplicable a los prisioneros de guerra internos en la prisión de Landsberg (Alemania) al término de la Segunda Guerra Mundial. En el análisis de la mayoría, prevalecen, como es lógico, los factores que hacen diferente la situación de los prisioneros en Guantánamo, entre otras razones porque no se da la relevancia que el voto particular de Scalia, y de quienes le siguen, pretende dar al emplazamiento físico del tristemente célebre enclave situado en suelo cubano: “las cuestiones de aplicación extraterritorial han de decidirse —leemos en la página 34 de la Sentencia— sobre la base de factores objetivos y preocupaciones prácticas, y no mediante formalismos”.

Las brevísimas consideraciones que anteceden no pretenden en absoluto resumir uno de los debates constitucionales más apasionantes de los últimos años. Su interés es altísimo, no sólo para cuantos nos ocupamos de los entresijos técnicos, y las dificultades políticas, de una tarea como la de la interpretación constitucional, sino para todos aquellos que tengan alguna preocupación por la salud de los derechos y libertades *tradicionales* —y el *habeas corpus* lo es en grado máximo— bajo la presión de unas circunstancias que son novedosas, por la importancia del desafío, y por la relevancia simbólica y efectiva que las decisiones adoptadas en los Estados Unidos alcanzan más allá de sus fronteras. La pretensión es más modesta: lo que queremos resaltar, al hilo de la decisión del caso *Boumediene*, es hasta qué punto las preconcepciones (que dirían los partidarios de la ya-no-tan-nueva-retórica) de los jueces sobre las responsabilidades que les corresponden en el entramado constitucional, y especialmente en el presente contexto de la amenaza terrorista, influyen en la resolución de los conflictos sometidos a su consideración.

Al igual que muchas otras sentencias en las que, gracias a la caída definitiva de las ilusiones y los mitos del positivismo mecánico, nos es dado conocer a fondo los acuerdos y las discrepancias de los jueces, *Boumediene* es un excelente “laboratorio” para captar puntos de vista diametralmente opuestos sobre el papel

de los jueces y, en último extremo, sobre el significado y las concepciones del constitucionalismo en el contexto de una situación de riesgo y amenaza para la seguridad pública como la planteada por el desafío terrorista. Se trata de puntos de vista en absoluto peculiares del contexto norteamericano, sino bastante comunes y susceptibles de detectarse en muchas de las decisiones judiciales que afectan, no importa dónde, a lo que, simplificando al máximo, podemos llamar el dilema libertad/seguridad.

A propósito del referido dilema, se enfrentan, y van decantándose poco a poco los dos paradigmas sobre la función judicial que intentaremos describir en Epígrafes sucesivos de este trabajo, valiéndonos, sobre todo, de las opiniones expresadas por los propios jueces, en el marco formal de las decisiones que dejan escritas, o fuera de ellas, esto es, en trabajos académicos o en foros de debate.

2. PRIMER MODELO: EL JUEZ RESPONSABLE Y POR ELLO DEFERENTE PARA CON LAS DECISIONES QUE ADOPTAN QUIENES TIENEN UN CONOCIMIENTO ESPECIALIZADO EN MATERIA DE SEGURIDAD

La opinión discrepante del juez Scalia en *Boumediene* es un acabado ejemplo del tipo de ideología judicial que concibe las decisiones de las *ramas políticas* en la guerra contra el terrorismo como una zona de no acceso para los jueces. De los nueve jueces del Tribunal Supremo, Scalia no es, sin embargo, quien viene sosteniendo de manera más rotunda la doctrina de la deferencia. El juez Thomas, que aquí se adhiere a Scalia, al igual que lo hacen Roberts y Alito, es bastante más radical. En realidad, Scalia se manifiesta en *Boumediene* de manera coherente con su tesis de que el *habeas corpus* no es una garantía de la que puedan beneficiarse presos extranjeros detenidos en el extranjero

ro. Esa posición de fondo, que le llevó *a sensu contrario*, en *Hamdi contra Rumsfeld*, a coincidir con el muy liberal Stevens en la defensa de la idea de que un ciudadano norteamericano no podía ser tratado como un combatiente enemigo, le conduce aquí a la elaboración de un iracundo voto de desacuerdo con la mayoría cuyo punto de arranque es precisamente una descripción de las desastrosas consecuencias que, según él, va a producir en el conflicto bélico la intromisión judicial:

“América —afirma rotundamente Scalia en las primeras líneas de su opinión— está en guerra contra los radicales Islámicos”. Y continúa haciendo una somera relación de los ataques terroristas realizados contra ciudadanos e intereses norteamericanos, con su punto culminante en los del 11 de septiembre, que representan el “paisaje de fondo” de la situación actual: “Nuestras Fuerzas Armadas se encuentran hoy en el campo de batalla combatiendo contra el enemigo en Afganistán y en Irak. La pasada semana 13 de nuestros compatriotas fueron asesinados”. Se trata, cuando menos, de un tipo de observaciones llamativas en el contexto de una literatura, la judicial, que suele revestirse de un manto de distancia y frialdad analítica. Y enseguida descubre sus cartas. Si la decisión *Boumediene*, a largo plazo, va a cambiar poco la situación de quienes están presos en Guantánamo, en el futuro más inmediato, nos dice Scalia, lo más probable es que produzca el resultado de presos de guerra que, una vez liberados, vuelven a tomar las armas contra América, como lo demuestra la experiencia ya habida con ciertos individuos que no fueron calificados por la Justicia militar como combatientes enemigos: “su vuelta al asesinato demuestra las increíbles dificultades que reviste comprobar quién es y quién no es un combatiente enemigo en un teatro de operaciones situado en el extranjero y cuyo contexto no da pie para recolectar pruebas sometidas a las exigencias del rigor procesal”. Scalia ironiza desde las páginas iniciales de su voto con la posibilidad de que oficiales de las Fuerzas Armadas tengan que comparecer ante la jurisdicción civil para satisfacer los requisitos procesales de

carácter ordinario que rodean al *habeas corpus*, y lo hace precisamente porque, según él, a resultas de la sentencia, “las decisiones acerca de qué hacer con los prisioneros enemigos en esta guerra van a quedar al albur de la rama del gobierno que menos sabe sobre las implicaciones del asunto en materia de seguridad nacional”.

Tomado en su conjunto, el voto de Scalia es una contundente reconstrucción de la vieja doctrina (con sólido respaldo en la jurisprudencia del Tribunal) de la deferencia judicial en los asuntos exteriores y militares, una doctrina causante de algunos de los más manifiestos excesos, errores (y ulteriores rectificaciones) que jalonan la historia constitucional norteamericana. Uno de los componentes centrales de tal doctrina es la idea de que los ataques al principio de la separación de poderes pueden venir tanto del Poder Ejecutivo como del Poder Judicial, lo que en el caso en examen, se traduce en la acusación, dirigida contra la mayoría de los jueces, de haber manipulado el alcance personal y territorial de la garantía del *habeas corpus*, y los límites tradicionales de la jurisdicción en la materia, “que depositan en las manos del Presidente la crucial decisión, propia de tiempos de guerra, sobre el estatus y la continuidad del confinamiento de los enemigos”. Según Scalia, el haberse separado indebidamente del precedente sentado en el caso *Eisentrager* no es, pues, una novedosa lectura de la cláusula sobre la suspensión del *habeas* del artículo I.9 de la Constitución, sino simple y llanamente un ejemplo de “exorbitante concepción de supremacía judicial”, que usa la facultad de revisión de la ley más allá de los límites en la que tal facultad se enmarca, y va en contra del *original understanding* de la cláusula en cuestión. Todo ello desemboca en unas líneas finales en las que Scalia resume de la manera más elocuente su postura y vuelve sobre la carga de la imposible tarea que representa para los oficiales militares comparecer ante la jurisdicción civil para acreditar mediante pruebas las razones del confinamiento de todos y cada uno de los prisioneros enemigos: “La Nación —concluye Scalia, sin añadir siquiera el usual

adverbio “respetuosamente” al *I dissent*— lamentará lo que hoy ha decidido el Tribunal”.

El paradigma del juez cauteloso y complaciente para lo que deciden las ramas políticas en asuntos “delicados”, ha encontrado, sin duda, en la actual coyuntura de la guerra contra el terrorismo un clima ideal para expandirse y abundar en sus razones. Tiene famosos valedores, como el juez y profesor Richard Posner, autor de un par de trabajos recientes, muy combativos en esa línea: uno cuyo expresivo título es *Not a Suicide Pact: The Constitution in a Time of National Emergency*, y otro (escrito en colaboración con Adrian Vermeule), llamado *Terror in Balance: Security, Liberty and the Courts*. Se trata de trabajos en los que se habla con desdén de las paranoias de los *civil libertarians* sobre la erosión de los derechos, y en los que se realiza una apología de la idea de que los jueces, especialmente en tiempos de emergencia, se mantengan al margen de todo lo que tenga que ver con los asuntos militares y de inteligencia. Y también John Yoo, el famoso profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de California en Berkeley y consejero de la Administración Bush, cuya contribución técnica en el diseño de la guerra contra el terror (incluidos los *interrogatorios coercitivos* para obtener información) pasa por ser decisiva. Los Informes de John Yoo, muchos de ellos accesibles a través de la red, deberían ocupar un lugar destacado en la historia universal de la infamia jurídica. Pero, por lo demás, los Escritos del Yoo teórico son plenamente coherentes con la idea de que los ataques del 11 de septiembre equivalen a una declaración formal de guerra; una guerra que exige profundos ajustes en el sistema constitucional y entre ellos, desde luego, y de manera destacada, el olvidarse de aquellos resabios garantistas que obligan a los jueces federales a inmiscuirse en ámbitos de decisión —los relativos a la seguridad— cuyas implicaciones no pueden conocer en su plenitud. Su trabajo *Enemy Combatants and the Problem of Judicial Competence*, escrito al hilo de las sentencias del Tribunal Supremo de junio de 2004, contiene una detallada elaboración de las inadecuaciones de las que, según él,

adolece el Poder Judicial para habérselas con las complejidades de la guerra contra el terror; inadecuaciones y discapacidades que se manifiestan en los dos niveles, el *micro* y el *macro*, bajo los que la actuación del mismo puede ser vista.

En el nivel *micro*, el juez individual que conoce de un caso determinado, tiene un ámbito de decisión que se enmarca en los confines del debate procesal, por lo que raras veces llega a su alcance toda la información de la que sí disponen las otras ramas de gobierno, y que le sería necesaria para decidir con conocimiento de causa en cuestiones relacionadas con la seguridad. El propio despliegue de los procesos está además sujeto a un *tempus* y a unos condicionamientos que cercenan de raíz la posibilidad de una coordinación con la actividad de las otras ramas de gobierno. Y en el nivel *macro*, prosigue Yoo, el tipo de formación generalista del juez —que es el que se corresponde con una organización global de la Justicia Federal que también lo es— dificulta no ya el conocimiento especializado del juez individual, sino la consistencia y coherencia de decisiones que quedan al alcance de los 94 Tribunales de Circuito (con sus 667 jueces) y los 13 Tribunales de Apelaciones (con 179 jueces). Tal dispersión potencial de líneas de juicio, que la organización escalonada de la Planta judicial, con el Tribunal Supremo a la cabeza, y la regla del *stare decisis* atenúan, pero no eliminan, resulta, según Yoo, especialmente dañina en los asuntos exteriores y de seguridad. “La Constitución —concluye Yoo— buscó de manera deliberada, en lo que concierne a tales materias, centralizar la autoridad, para que la Nación pudiera disponer de una sola voz en las relaciones internacionales, evitando así la posibilidad de que otras Naciones pudieran verse favorecidas por el desorden que había sido característico de los artículos de la Confederación”.

En esa alabanza de la *one single voice in international relations* está condensada la ideología constitucional de quienes piensan que la *expediency* del presidente y su camarilla es el mejor instrumento para hacer frente a unos tiempos que no admiten las maniobras retardadoras,

y los legalismos, a los que habitualmente se entregan los tribunales de justicia, auténticos campeones en el arte de eludir los problemas que verdaderamente importan. Se trata de una forma de ver las cosas que cuenta, como decimos, con abundantes adeptos entre la “gente corriente”, los políticos, la academia... Y ciertos jueces, convencidos de que hay una “Constitución de la Seguridad Nacional” que exige un entendimiento de la función del juez incompatible con las intromisiones en ciertos ámbitos de decisión que aparecen como esencialmente *políticos* (en el sentido *schmittiano*), y cuyas puertas el juez no debe traspasar.

El modelo del juez dedicado a la interpretación “técnica” del Derecho y alérgico a las contaminaciones procedentes de la pasión política —que en los Estados Unidos aparece a menudo bajo la especie del “originalista” en materia de interpretación de la Constitución— aparece reforzado por los “asaltos” teóricos contra el excesivo protagonismo de los tribunales en la decisión de ciertos asuntos. Pero las tomas de postura contra la revisión judicial de la ley (Waldron), o los argumentos dirigidos a cuestionar el hecho de que los tribunales sean el foro por excelencia de la interpretación constitucional (Tushnet), tienden a olvidar las enseñanzas de una tradición, pretérita y no tan pretérita, de manipulaciones y abusos del Ejecutivo, a los que los controles institucionales de la instancia política no pusieron freno. El Tribunal Supremo, por lo demás, raras veces se ha caracterizado por su audacia para remediar la falta de control en tal instancia.

Un ejemplo bien reciente de la renuncia judicial a conocer los entresijos de ciertos asuntos, respaldando de lleno el recurso por el Ejecutivo a un dudoso Privilegio constitucional, como el de la guarda de secretos de Estado, lo encontramos en las sucesivas desestimaciones de la demanda de indemnización por daños formuladas por el ciudadano alemán Khaled El-Masry, secuestrado (y mantenido preso por espacio de cinco meses), debido a un error en la identidad cometido por los agentes de la CIA durante la ejecución del llamado *Extraordinary Rendition Program*. Una detallada información

sobre los pormenores del caso puede encontrarse en el *brief* deducido ante el Tribunal Supremo, intentando convencerle (sin éxito) para que concediera el *certiorary*, a solicitud de las organizaciones que actuaron en el caso como *Amicus Curiae*, por Dick Marty, el senador de nacionalidad suiza, autor de los dos exhaustivos Informes sobre las actividades ilegales de la CIA en suelo europeo, que fueron aprobados en su día por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

3. SEGUNDO MODELO: EL JUEZ CONSCIENTE DE SU FUNCIÓN COMO GUARDIÁN DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LOS DERECHOS RECONOCIDOS EN LA MISMA, Y BALUARTE CONTRA LOS EXCESOS Y MALAS PRÁCTICAS EN QUE PUEдан INCURRIR LAS “RAMAS” POLÍTICAS

En *Boumediene* la mirada de la mayoría sobre los cometidos garantistas del juez no tiene la carga dogmática con la que ocasionalmente se presenta en algunas decisiones muy renombradas. El argumento central se refiere simplemente a la necesidad de preservar un sistema de vinculación a la Constitución que no permite al Ejecutivo, ni a los otros poderes, determinar libremente la medida en la que ésta es aplicable por razón del ámbito de incidencia de ciertas actuaciones, ni consiente cercenar un sistema de separación de poderes en el que corresponde a los jueces decidir sobre el significado de las estipulaciones constitucionales. Una aproximación, por tanto, de carácter muy pragmático, y alumbrada por la imagen de un juez cuyo cometido como intérprete último de la Constitución incluye controlar ciertas actuaciones políticas, en la medida en que puedan poner en peligro el originario diseño constitucional de poderes separados y mutuamente controlados.

El juez Kennedy (nombrado en los tiempos de la presidencia Reagan, y cuyas posiciones oscilantes entre un bando ideológico u otro son a menudo la clave para la formación de las opiniones mayoritarias del tribunal) considera aquí, como ponente de la mayoría, que la estrategia puesta en pie por el Gobierno para hacer de Guantánamo un lugar de aplicación de la Constitución a conveniencia, por ausencia de vínculo formal de soberanía norteamericana, es inconsistente y falaz. Si aceptáramos un planteamiento como ése, escribe Kennedy, “las ramas políticas del gobierno tendrían a su disposición la posibilidad de gobernar sin limitaciones legales”. Y prosigue: “Abstenerse de entrar en el fondo de asuntos que tengan que ver con el ejercicio de la soberanía formal o con la gobernanza territorial es una cosa; pero dejar que las ramas políticas dispongan del poder de decidir cuándo rige la Constitución, o cuándo no, es otra bien distinta. Lo primero refleja el reconocimiento de este Tribunal de que ciertos asuntos, que exigen juicios de carácter político, es mejor dejarlos en manos de las ramas políticas. Lo segundo, en cambio, supondría respaldar una manifiesta anomalía de nuestro esquema tripartito de gobierno, dando lugar a un sistema en el que correspondería al Presidente y al Congreso, y no a este Tribunal, decidir el significado de la ley” (p. 36 de la Sentencia, con remisión expresa a *Marbury contra Madison*).

La opinión mayoritaria se aparta del precedente *Eisenrager*, de un lado, porque en aquella ocasión no estaba en disputa la condición de “combatientes enemigos” de los detenidos y, de otro, porque una comparación entre el contenido de las garantías otorgadas entonces a los detenidos para hacer valer sus derechos ante el Tribunal, y las reconocidas ahora a los mismos efectos ante las Comisiones Militares (restricciones en la aportación de pruebas y presunción de validez de las invocadas por el Gobierno, entre otras) dejan a estas últimas “bien lejos de las exigencias procesales de limpieza e igualdad de armas que harían innecesaria la revisión mediante el procedimiento ordinario de *habeas corpus*”.

De manera muy acertada, la mayoría de los jueces del tribunal consideran, pues, que la historia no aporta conclusiones que permitan al Congreso eludir sus obligaciones constitucionales en punto a la hipotética suspensión de la cláusula del *habeas corpus*; entre otras cosas, “debido a las peculiaridades de un ‘conflicto’ (*sic*) que, medido desde el 11 de septiembre de 2001, hasta nuestros días, se encuentra ya entre las guerras más duraderas de la historia norteamericana” (p. 41 de la Sentencia). Y la misma falta de precedentes concretos se acusa en lo relativo a un posible contenido *aminorado* de la garantía constitucional del *habeas* que pudiera considerarse adecuado para los detenidos en Guantánamo.

La necesidad de dar respuesta a una situación de hecho que se presenta como novedosa, combinada con un entendimiento generoso y sustantivo de significado del procedimiento de *habeas corpus* como una garantía contra los abusos y la posibilidad de errores *in iudicando*, así como un baluarte para la efectividad del principio de la separación de poderes, llevan al Tribunal a una declaración de inconstitucionalidad parcial de la Ley sobre las Comisiones Militares, que la doctrina de la *constitutional avoidance* —esto es, la de apurar las posibilidades interpretativas del texto antes de llegar a la declaración de inconstitucionalidad— no puede aquí evitar, habida cuenta de las limitaciones sustanciales ante las que igualmente se encuentra, por obra de la ley, el Tribunal encargado de revisar las decisiones adoptadas por las Comisiones Militares (páginas 58 y siguientes de la Sentencia).

Hasta aquí un apretado resumen de la opinión mayoritaria, a la que no podríamos sino adscribir plenamente al segundo de los paradigmas en la forma de “mirar” las responsabilidades del juez en el contexto de un sistema constitucional acosado por la amenaza terrorista. Las primeras líneas de la página 64 de la Sentencia concluyen con una tajante declaración de inconstitucionalidad. Pero entre las páginas 64 y 70 del texto de la Sentencia, en la que termina la opinión de la mayoría, ésta se embarca en una serie de consideraciones situa-

das a medio camino entre los deseos de reafirmar los cometidos del juez y los de atemperar en la práctica las consecuencias de la decisión judicial, dadas las circunstancias excepcionales de la guerra contra el terrorismo. El Tribunal inicia su *excursus* dando una especie de voto de confianza al Gobierno y al Congreso para que, a la vista de la declaración de inconstitucionalidad realizada en la sentencia, se esfuercen por encontrar el modo más adecuado para satisfacer lo exigido en ella. “Tratándose de casos que afectan a extranjeros detenidos en el extranjero por el Ejecutivo —leemos en la página 65— la exigencia de que el *habeas corpus* estuviera a disposición de ellos desde el mismo momento en el que comienza la detención, equivaldría a una intromisión sin precedentes del Poder Judicial, y carente además de sentido de la realidad”. De ahí, prosigue el voto de la mayoría, se deduce la necesidad de que el Ejecutivo pueda disponer de un período razonable de tiempo para determinar el estatus concreto de cada detenido, antes de que cualquier tribunal intervenga por la vía de una solicitud de *habeas corpus*. Y precisamente toda la “ingeniería jurídica” diseñada por el Congreso y el Presidente (en esencia, Comisiones Militares que emiten un juicio preliminar sobre la condición de combatiente enemigo, con posibilidad de que dicho juicio preliminar sea objeto de apelación ante el Tribunal de Circuito de Columbia) es la que permite satisfacer dicha necesidad: “Excepto en aquellos casos en los que se incurra en dilación indebida, los tribunales federales deberían abstenerse de entrar a conocer una solicitud de *habeas corpus*, al menos hasta que el Departamento (de Defensa) no haya tenido la oportunidad, a través de las Comisiones Militares, de decidir sobre la condición del detenido” (páginas 66-67).

En resumen, el Tribunal Supremo declara la inconstitucionalidad de la proscripción genérica del procedimiento ordinario de *habeas corpus* para los detenidos de Guantánamo, pero al mismo tiempo sostiene y reafirma la constitucionalidad del sistema en su conjunto. La posibilidad misma de conciliar una cosa con la otra es algo que dependerá de la

voluntad reformadora de quienes tienen la competencia para promover las leyes y aprobarlas. Por lo pronto, la mayoría del Tribunal Supremo da otra vuelta de tuerca en el sentido garantista; pero, como es consciente de las enormes implicaciones que puede alcanzar la dispersión de intervenciones de jueces ordinarios al conocer sobre las solicitudes de *habeas corpus* de los detenidos, la última parte de la opinión mayoritaria es una encendida defensa de la pertinencia de un sistema que opta por la concentración de la competencia revisoria (en el Tribunal de Apelación del Circuito de Columbia), en aras de la adecuada protección de las fuentes y los métodos de recolección de información. La mayoría no se refrena en esto de cambiar su tono más pragmático, deslizándose por el camino de una pedagogía judicial que, no por conocida y orientada hacia el polo libertad del dilema, deja de sonar menos altisonante: “Quienes tienen la responsabilidad de velar por el día a día de nuestra seguridad, pueden considerar completamente desfasado y ajeno a nuestras preocupaciones actuales el discurso judicial sobre la historia de la ley de *habeas corpus* de 1679 (...). Remoto en el tiempo puede ser, pero irrelevante para nuestro presente, no. Nuestra seguridad depende del funcionamiento de un sofisticado aparato de información y de la habilidad de nuestras Fuerzas Armadas para actuar e impedir. Pero otras consideraciones son también pertinentes. La seguridad sólo puede subsistir si permanece fiel a los principios fundamentales en materia de libertad. Y entre ellos ocupa un lugar prominente la libertad frente a la privación arbitraria e ilícita de la libertad personal, asegurada mediante el compromiso con el principio de la separación de poderes (...).

Y la mayoría concluye con una pertinente invitación, dirigida (una vez más) a las *political branches* para que prosigan la búsqueda del adecuado equilibrio: “Debido a que los conflictos militares que nuestra Nación padeció en el pasado tuvieron una duración limitada, fue posible dejar sin definir los límites últimos del poder en tiempos de guerra. Pero si, como algunos temen, el terrorismo persis-

te como grave amenaza en los años venideros, el Tribunal no puede permitirse ese lujo (...). Las ramas políticas, consecuentes con su obligación de interpretar de forma independiente, y sostener, la Constitución, pueden también embarcarse en un genuino debate sobre la manera mejor de defender nuestros valores constitucionales al mismo tiempo que protegen a la Nación contra el terrorismo (...). Las leyes y la Constitución están pensadas para sobrevivir y permanecer vigentes en tiempos de emergencia. La libertad y la seguridad pueden convivir; y en nuestro sistema conviven en el marco de la ley” (páginas 69 y 70 de la sentencia).

Es un tipo de prosa judicial característico de bastantes jueces norteamericanos, apegados a la concepción de la Constitución como un largo camino común en libertad, que ellos mismos, con sus resoluciones, ayudan a recorrer. Y debido a su espíritu moderado y acomodaticio está, desde luego, bastante lejos del tono visceral y apodíctico empleado a veces en ciertos votos discrepantes, o en algunas decisiones de altos Tribunales de otros países, que pueden considerarse ya como de referencia en esta historia del conflicto libertad/seguridad en la que estamos inmersos.

Entre ellas, una muy conocida es la adoptada por la Cámara de los Lores del Reino Unido, en diciembre de 2004, anulando una disposición de la Ley antiterrorista de 2001 que permitía la detención por tiempo indeterminado de aquellos extranjeros calificados, mediante certificación del Secretario de Estado, como sospechosos de colaborar con el terrorismo. Este medio de combatir el terrorismo, debido a su problemático encaje en el sistema de los derechos previsto en el Convenio Europeo (incorporado formalmente al derecho interno del Reino Unido con la *Human Rights Act* de 1998) fue precedido de una Ordenanza de derogación del artículo 5.1 del Convenio, invocando la cláusula de “guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la Nación” del artículo 15.1 del mismo Convenio. La decisión de los Lores tenía, pues, como objeto la proporcionalidad o falta de ella de una medida como la incluida en la legislación antiterrorista

y, en definitiva, el ajuste o desacierto de la consideración del terrorismo como una amenaza para la vida de la Nación, a los efectos del artículo 15. En *A y otros contra el Secretario de Estado de Interior* (comúnmente conocida como la decisión *Belmarsh* por el nombre de la prisión donde se hallaban reclusos los litigantes), ocho de los nueve *Law Lords* decidieron que la medida no estaba justificada. Toda la sentencia es una contribución al debate de siempre: el de las razones que sustentan las potestades del juez para afectar el fondo de apreciaciones políticas. E incluye una vigorosa defensa de la función del juez independiente como una de los rasgos esenciales del edificio democrático, universalmente reconocido (Lord Bingham), y alguna “perla” muy citada como la de Lord Hoffman, en la que se sostiene que la verdadera amenaza para la vida de la Nación proviene de quienes, al diseñar los modos de combatir el terrorismo, no consideran las limitaciones inherentes al Estado de Derecho: “esta es una nación que ha sido puesta a prueba en la adversidad, que ha sobrevivido a la destrucción física y a una pérdida catastrófica de vidas. No subestimo la capacidad de matar y destruir de los grupos terroristas fanáticos, pero éstos no amenazan la vida de la Nación. Podían haber dudas sobre si sobreviviríamos a Hitler, pero no hay duda de que sobreviviremos a Al-Qaeda. El pueblo español no ha dicho que lo que sucedió en Madrid, pese a lo espantoso del crimen, amenazara la vida de la nación. Su legendario orgullo no lo permitiría. La violencia terrorista, por muy grave que sea, no amenaza las instituciones de gobierno ni nuestra existencia como comunidad civil” (Párrafo 96 de la sentencia).

Tras los atentados de Londres, en julio de 2005, esta decisión y particularmente alguno de sus pasajes, desataron una auténtica tormenta constitucional, con acusaciones contra los jueces-habitantes de torres de marfil e incapaces de entender las preocupaciones comunes de la gente, y pintorescas amenazas (“Las reglas del juego han cambiado”) y conatos de iniciativas gubernamentales para “orientar” a

los jueces sobre la manera ortodoxa de interpretar la ley.

La “mirada” de los Lores al paisaje de fondo de la cláusula de emergencia del Convenio Europeo, junto a las sentencias del TS de Estados Unidos de junio de 2004, y otras dictadas ese mismo año por el Tribunal Supremo de Israel sobre el muro y otras restricciones impuestas a la población civil de los territorios ocupados de Gaza y Cisjordania, ha servido para el ensayo, por parte de un reputado constitucionalista norteamericano, Michel Rosenfeld, de una tipología de aproximaciones judiciales a las medidas anti-terroristas, según diferentes paradigmas: el de un Derecho de guerra, basado en la excepción, el de un Derecho Penal, basado en la normalidad, y el de un Derecho propio de tiempos de tensión, que es, según él, el apropiado para decidir la medida hasta la que puede llegar la ponderación judicial en materia de lucha contra el terrorismo. Rosenfeld no asocia tales paradigmas con sentencias o decisiones concretas; más bien se esfuerza por mostrar cómo se amalgaman dentro de una misma sentencia y, a veces dentro de un mismo razonamiento, los dos paradigmas: el de la excepción o el de la normalidad, que conducen, según él, a inclinar demasiado la balanza a uno u otro de los lados, el de la seguridad (bajo el de la excepción), o el de la libertad (bajo el de la normalidad). Pero tanto en el planteamiento (“¿Es apropiada la ponderación judicial en la lucha contra el terrorismo?”), como en el esfuerzo taxonómico que contiene, y en la conclusión, el trabajo nos parece fallido. Rosenfeld descalifica unos supuestos excesos en la ponderación judicial (que no acaba uno de ver en las decisiones por él analizadas) y propugna, bajo el paradigma “guerra contra el terrorismo, un protagonismo de los legisladores, cuya incompatibilidad con el recto entendimiento de la función del juez en un Estado constitucional tampoco se ve por lado alguno.

Si se trata de buscar ajustes y proponer acodos, en lugar de dirigir el dardo contra la figura de los supuestos jueces *ultra vires*, nos parece mucho más atinada una propuesta como la formulada por Ackerman en *Before the Next*

Attack. Ackerman construye su propuesta de una Constitución de la Emergencia, sobre la base de un par de negaciones: la amenaza terrorista no equivale a una situación de guerra, ni responde a las características de los desafíos de la criminalidad común. Es, propiamente, una situación de emergencia, que requiere previsión de formalidades constitucionales por si sucede lo peor. La receta Ackerman trata sobre lo que debería hacer el legislador con el fin de descartar razonablemente del horizonte constitucional aquellas respuestas de tipo emocional que suelen concretarse en excesos y errores. Pero no contiene entre sus ingredientes ninguna llamada a la medida o a la prudencia del juez; al contrario, llama a la responsabilidad del juez para sostener la Constitución de la excepción, si llega el caso, y para desempeñar en el contexto de ella las relevantes funciones de control de la legalidad que se le asignan. En sus palabras, “aunque (bajo la Constitución de la excepción) se confiere el poder operativo al ejecutivo, se asigna tanto al Congreso como a los jueces un papel decisivo en el debate acerca de los usos y abusos del poder de excepción y sobre la necesidad de prorrogarlo. Al separar el poder de administrar el estado de excepción de la facultad de supervisar el ejercicio que se haga de tal poder, se introducen frenos y contrapesos en la situación de excepción, lo que garantiza que tanto el líder como los ciudadanos de a pie tengan una idea más clara de lo que está pasando. Los subordinados dejarán de pensar que la mejor forma de proteger sus intereses es ocultar al presente las verdades más molestas, porque a la postre acabarán sabiéndose, gracias a las comisiones de control parlamentario y al carácter público de las vistas judiciales en las que los detenidos denuncian las presuntas violaciones de sus derechos”.

Lamentablemente, se trata de un cuadro que parece destinado a ser contemplado más desde los muros del debate académico que desde los del debate público reclamado a los actores políticos en cierto pasaje de *Boumediene*. Pero es, en todo caso, una meditada propuesta que, en punto a la importancia del marco normativo (y, en definitiva, a las potestades del

juez), no está lejos de otro muy citado *dictum* de un conocidísimo magistrado que, durante su desempeño como presidente del Tribunal Supremo de Israel, tuvo que habérselas con el dilema libertad/seguridad en circunstancias bien dramáticas y bajo la máxima presión. Me refiero, como se adivina a Aharon Barak, quien en un caso fallado en 2006 por el Tribunal que él presidía dejó escrito lo que sigue a continuación: “Es cuando rugen los cañones cuando más necesitados estamos particularmente del Derecho. Cualquier lucha llevada a cabo por el Estado, ya sea contra el terrorismo o contra otro enemigo, debe caer bajo las reglas y en aplicación del Derecho. Siempre habrá una legislación que el Estado habrá de cumplir. No hay *agujeros negros* (...). Y la razón que subyace a esta aproximación no es solamente una consecuencia práctica de la realidad política y normativa. Sus raíces son mucho más profundas. Se trata de la expresión de la diferencia entre un Estado democrático que lucha por sobrevivir, y el combate de los terroristas que se alzan contra él. El Estado combate en nombre del Derecho y del respeto del Derecho. Los terroristas combaten el Derecho vulnerándolo. La guerra contra el terrorismo es igualmente una guerra sostenida por el Derecho contra quienes lo combaten”.

4. CONCLUSIÓN

Quien busque en el texto de las sentencias justificaciones teóricas para sustentar uno u otro de los papeles del juez que venimos contraponiendo, el del juez deferente para con las razones del poder político en los asuntos que suelen denominarse “sensibles” —y los que afectan a la llamada guerra contra el terrorismo suelen tener siempre algún componente de tal naturaleza— y el del juez guardián de los derechos y vigilante de los poderes políticos, es probable que encuentre mayor abundancia de argumentos dentro del segundo grupo. La razón de ello tiene un componente histórico y un componente lógico.

Por tradición histórica, el juez está acostumbrado a concebir la interpretación del Derecho como una abstracción que planea sobre la realidad del conflicto cuya resolución se le pide, y cuyos pormenores sólo se incorporan al razonamiento una vez que el juez ha desvelado el significado de las normas con los instrumentos de la hermenéutica tradicional. Es una forma de “inmunizar” el egregio cometido de dispensar *iuris-prudentia* frente a las contaminaciones y los juegos sucios de la política práctica, que cuenta con más (a veces) inconscientes sostenedores de los que podríamos sospechar. Bajo tales presupuestos es mucho más sencillo montar una estrategia de silencios y exclusiones, parapetada tras la asepsia de las interpretaciones jurídicas, que desbordar ciertos confines que inevitablemente conducen hacia el coladero de las argumentaciones de cariz político. En toda decisión judicial subyace un pacto —o la autoimposición de un límite— relativo al punto hasta el que se quiere llegar, como lo explica muy bien, en la doctrina norteamericana, Cass Sunstein en sus escritos sobre los “Acuerdos teorizados de manera incompleta”. Es verdad que la interpretación constitucional “empuja” inevitablemente a alcanzar en la resolución de los problemas unos niveles de abstracción que casan mal con el *modus operandi* de la hermenéutica tradicional. Quizás por eso, en los Estados Unidos, la operación de neutralización de la pasión política en sede judicial cobra la especie de una abstracción llevada hasta el paroxismo: el originalismo pretende nada menos que rendir tributo a una supuesta *intent* de quienes escribieron el texto con la pretensión de alzarla como barrera contra el intento de dirimir en sede judicial los desacuerdos que, según los adeptos de tal doctrina, son propios de la arena política.

En cierto sentido, el constitucionalismo de nuestros días ha dejado ya resuelto de qué lado del tejado tiene que caer la pelota: quien precociniza el abstencionismo judicial y la deferencia tiene que justificarlo no menos que quien postula (¡incluso invocando el Derecho Comparado!) el activismo en defensa de los derechos. Pero aparte de la inercia histórica, que algún

peso tiene, la razón lógica del mayor arsenal de justificaciones que suelen expresar quienes se encuadran en el segundo de los modelos descritos, es tan simple como la idea de que el no hacer nada no requiere tanta argumentación como el decidir hacer. El abstencionismo judicial significa *business as usual*; no hay correctivo, sino confirmación y reforzamiento de una línea de conducta. Decidir hacer, en cambio, significa innovar, establecer límites, hacer de la sentencia un componente en ocasiones decisivo de los problemas sobre los que recae la decisión judicial, con consecuencias además cuya gestión no es de la incumbencia de quienes deciden.

No es de extrañar que una de las reglas de oro relativas a la interpretación de la Constitución sea el no desentenderse de sus resultados, lo que explica la abundancia de razonamientos prospectivos o especulativos que encontramos muy a menudo en las decisiones de la jurisdicción constitucional. En el caso *Boumediene*, al igual que en las decisión *Hamdam*, o en las tres que inauguraron la saga, en 2004, abundan desde luego las justificaciones y las consideraciones de alcance práctico que relativizan (y hasta ningunean), los componentes más innovadores de las mismas. De manera paradigmática, el voto concurrente de Souter (al que se adhieren Ginsburg y Breyer) es todo un modelo de irónica constatación de que los litigios relacionados con Guantánamo, lejos de haber producido una victoria de la rama judicial sobre las ramas políticas, como pretende el sector más conservador del Tribunal, han sido de escasa valía para muchos prisioneros que llevan allí reclusos más de seis años sin haberse beneficiado aún de una revisión judicial sobre su situación de la suficiente calidad. La sentencia, dice Souter, es tan sólo “un ejercicio de perseverancia para intentar hacer del *habeas*, y de la obligación de los tribunales de dispensarlo, algo provisto de algún significado para los prisioneros y para la Nación”.

La disidencia del presidente Roberts (al que se suman Scalia, Thomas y Alito) es, en cambio, un ejercicio de realismo pero de signo inverso. Contiene un repertorio de las di-

facultades prácticas (¿cómo dar cumplimiento en Basora a un mandamiento judicial?) y los males (acceso por los detenidos a material clasificado) que se le avecinan a la Nación como consecuencia de haber sentado las bases para que los jueces de Distrito puedan entrometerse en cuestiones relacionadas con los asuntos exteriores y la seguridad nacional (*All that today's opinion has done is shift responsibility for those sensitive foreign policy and national security decisions from the elected branches to the Federal Judiciary*).

Más allá de la retórica grandilocuente sobre el principio de la separación de los poderes y el lugar de cada uno de ellos, las disidencias citadas ponen de relieve, desde dos formas contrapuestas de ver las cosas, todas las limitaciones inherentes a la decisión judicial. Al juez se le pide una respuesta razonada para una cuestión concreta (¿respeto la garantía constitucional del *habeas corpus* el sistema de revisión judicial estatuido *ad hoc* por el legislador para los detenidos en Guantánamo?), pero la que pueda dar nunca cercenará, como parecen hacernos creer los maximalistas del *nacional securitismo*, la responsabilidad de aquellos que obtienen la confianza de los electores para gobernar en el marco de las reglas del juego, y con las limitaciones, que establece la Constitución

Boumediene contiene pocas novedades con respecto a la saga de los casos decididos por el Tribunal Supremo, sobre el trato que merecen los detenidos de la guerra contra el terrorismo. No da pie para celebrar el triunfo de la causa de las garantías, ni supone, por supuesto, una merma para las posibilidades de que los Estados Unidos puedan dar algún día por ganada esa supuesta “guerra”. De hecho, ninguno de los casos de la saga dicen nada distinto a lo que ha sido la respuesta tradicional, medida a largo plazo, del Tribunal Supremo norteamericano al interrogante último y decisivo; esto es, la medida en que una situación pretendidamente bélica afecta al diseño constitucional establecido por los *Founders*. Un tipo de respuesta que elude de propósito los planteamientos del tipo “aquí no pasa nada”, o bien “*inter arma silent leges*”, y se decanta sin estridencias hacia lo que algunos llaman un “minimalismo judicial”, compuesto por tres ideas básicas: a) la de que el Ejecutivo necesita la autorización del Congreso para ejercer sus poderes de guerra; b) la de que la Constitución garantiza el acceso a los tribunales de todos aquellos a quienes el Ejecutivo haya detenido; y c) la de que, por razones de tipo práctico, es preferible que las decisiones judiciales no se embarquen en consideraciones innecesarias para la resolución de los casos, estableciendo para el futuro limitaciones o pautas de conducta que no sean claramente deducibles de la Constitución.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

Un par de buenos comentarios sobre las decisiones del Tribunal Supremo de junio de 2004 son los de Ronald Dworkin, “What the Court Really Said”, *New York Review of Books*, vol 51, nº 13 (2004) (hay versión en castellano en *Claves de Razón Práctica*), y Owen Fiss, “The War Against Terrorism and the Rule of Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, nº 2 (2006).

En relación con el caso *Hamdam contra Rumsfeld* y los avatares de la regulación legislativa relacionada con los presos de Guantánamo y sus garantías, hasta desembocar en la decisión *Boumediene*, puede verse David Franklin, “Enemy Combatants and the Jurisdictional Fact Doctrine”, *Cardozo Law Review*, vol. 29, nº 3 (2008).

Las referencias completas de los trabajos citados en el texto de Richard Posner, y de éste, junto a Adrian Vermeule, son: R. Posner, *Not a Suicide Pact: The Constitution in a Time of National Emergency*, Nueva York, Oxford University Press, 2006; R. Posner y A. Vermeule, *Terror in the Balance: Security, Liberty and the Courts*, Nueva York, Oxford University Press, 2007. Una discusión sumamente crítica hacia los planteamientos de Posner y Vermeule, en los trabajos de Stephen Reinhardt (que es juez del Tribunal de Apelación del Noveno Circuito), “Weakening the Bill of Rights: a Victory for Terrorism”, *Michigan Law Review*, vol. 106 (2008), y Mark S. Davies, “Quotidian Judges vs. Al-Qaeda”, *Michigan Law Review*, vol. 105 (2007). Las posiciones del consejero de Bush y profesor en Berkeley, Jon Yoo, pueden verse en el trabajo que cito en el texto: “Enemy Combatants and the Problem of Judicial Competence”, disponible en <http://media>.

www.boingboing.net/2008/04/02/declassified-memo-au.html. El Informe sobre los interrogatorios coercitivos está disponible en “www.boingboing.net/2008/04/02/declassified-memo-au.html”.

Sobre los elementos que integran la llamada “Constitución de la Seguridad Nacional” continúa siendo de enorme utilidad el libro de Harold Hongju Koh, *The National Security Constitution*, New Haven, Yale University Press, 1990.

Las referencias a Waldron y a Tushnet, a propósito de las posiciones contrarias a la *judicial review*, aluden, respectivamente, a sus trabajos “The Core of the Case Against Judicial Review”, *Yale Law Journal*, vol. 115, n.º 6 (2006), y *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999.

El *brief* de Dick Marty a petición de las asociaciones que actuaron como *amicus curiae* ante el Tribunal Supremo en el caso El-Masry está accesible a través de www.libertysecurity.org/article1608.html. En general, sobre el privilegio de la guarda de secretos de Estado, remito a mi libro *El Imperio de la Política*, Barcelona, Ariel, 1995, y más recientemente al trabajo de Christopher Yamaoka, “The State Secrets Privilege: What’s Wrong With It, How It Got That Way, and How the Courts Can Fix It”, *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 35, n.º 1 (2007). La decisión del caso El-Masry por el tribunal de Apelación del cuarto Circuito está además disponible en “mhtml:file://E:/479 F_3d 296 EL MASRY.mht”

Un comentario del caso británico de 2004 al que se alude en el texto en A. Tomkins, “Readings of A v Secretary of State for the Home Department”, *Public Law*, 259 (2005). Comenta críticamente la reacción contra los jueces a raíz de los atentados de Londres, José Antonio Martín Pallín, “Los habitantes de las torres de marfil”, *El País*, 17 de septiembre de 2005.

El trabajo de Michel Rosenfeld se llama “¿Es apropiada la ponderación judicial en la lucha contra el terrorismo? Contrastando tiempos normales, emergencias y tiempos de tensión”. Está disponible en la página web del Real Instituto Elcano, y es la versión en español de “Judicial Balancing in Time of Stress. Comparing Diverse Approaches to the War on Terror”, *Cardozo Legal Studies*, Research Paper 119 (April 1, 2006), Working Paper Series.

El libro de Ackerman, traducido al español (y con un interesante epílogo) por Agustín Menéndez es *Antes de que nos ataquen de nuevo. La defensa de las libertades en tiempos de terrorismo*, Barcelona, Península, 2007

En relación con Aharon Barak, que es seguramente uno de los jueces más conocidos a escala planetaria, es de gran interés su trabajo “The Role of a Supreme Court in a Democracy and the Fight Against Terrorism”, *Hong Kong Law Journal*, vol. 35, n.º 2 (2005), así como más recientemente su libro *The Judge in a Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2006. Una posición bien contraria al activismo propugnado por Barak se encuentra, por cierto, en el artículo del juez Richard Posner “Enlightened Despot”, *The New Republic*, 29 de abril de 2007

Desde la perspectiva norteamericana, tratando sobre la persistencia del mito del juez que decide sin mezclarse en política, es muy interesante el trabajo de Erwin Chemerinsky, “Seeing the Emperor’s Clothes: Recognizing the Reality of Constitutional Decision Making”, *Boston University Law Review*, vol. 86 (2006).

De Cass Sunstein, por último, aparecen en el texto un par de referencias: una explícita, a los “Acuerdos teorizados de manera incompleta”, que está desarrollada en su libro *Legal Reasoning and Political Conflict*, Nueva York, Oxford University Press, 1996; y la otra implícita en la llamada que realizo en el párrafo final del trabajo al “minimalismo judicial”. Se trata de un argumento sólidamente desarrollado por Sunstein en su trabajo “Minimalism at War”, *Working Paper* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago (John M. Olin Program in Law and Economics), disponible en “<http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>”

TEMAS DE HOY

La lealtad institucional como principio de relación entre las Administraciones Públicas

Augusto González Alonso

EXAMEN DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL

¿Estado democrático o estado autoritario? (Reflexiones jurídico-políticas a propósito de un Anteproyecto de Código Penal)

Tomás S. Vives Antón

Examen específico de la reforma de los *delitos sobre la ordenación del territorio* en el *Anteproyecto de Código Penal*

Elena M.^a Górriz Royo

RESUMEN

Este artículo pretende situar en valor, a la luz de la doctrina, de la jurisprudencia y de las reflexiones a que éstas invitan, un principio vaporoso y de compleja definición que, sin embargo, cobra especial relevancia en un Estado altamente descentralizado como el nuestro en el que las relaciones entre los entes públicos y sus instituciones se multiplican y hacen necesario un instrumento de engrase entre la unidad del Estado y la autonomía reconocida a sus nacionalidades y regiones

La lealtad institucional, trasunto de la lealtad constitucional, exige el cumplimiento de unos deberes para todas las partes en relación, entre los que hay que mencionar la obligación de realizar un uso no abusivo de las competencias atribuidas, ejecutar las mismas de un modo leal, coordinarse con todos los entes públicos implicados, respetar los intereses de la otra parte, cooperar y auxiliarse en el ejercicio de las competencias propias. Estas obligaciones, lejos de convertirse en una carga, consiguen aligerar el peso específico que frecuentemente adquieren los principios de unidad y autonomía, exigiendo unas reglas de conducta que van más allá de las debidas legalmente, al llevar implícitas un componente de adhesión interno a todo un sistema de organización de un Estado social y democrático de Derecho

PALABRAS CLAVE

LEALTAD INSTITUCIONAL, ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, ESTADO DESCENTRALIZADO, ESTADO DE DERECHO

ABSTRACT

This essay tries to strengthen, in the light of the legal doctrine, the case law and the considerations arisen from these, a light and complex principle. This principle gains a special importance in a highly decentralized state, as ours, in which the connections between the public entities and its institutions are so many. These connections also require an instrument of connection between the state unity and the recognized autonomy of its nationalities and regions.

The institutional loyalty, faithful representation of constitutional loyalty, demands the fulfilment of some duties for everyone. Among them, we find the duties of not carrying out an outrageous use of the ascribed competences, carrying out these ones in a loyal way, coordinating with all the public entities, respecting the concerns of others, and cooperating and assisting in the practice of the own competences. These duties, far from being a burden, manage to make lighter the specific weight that the unity and autonomy principles usually acquire. They demand rules of behaviour, which go beyond those legally owed. This is because they entail an internal adhesion component to the whole organization system of a social and democratic Rule of law.

KEY WORDS

INSTITUTIONAL ROYALTY, PUBLIC AD MINISTRATION, DECENTRALIZED STATE, RULE OF LAW

LA LEALTAD INSTITUCIONAL COMO PRINCIPIO DE RELACIÓN ENTRE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Augusto González Alonso

Subdirector General de Relaciones con la Administración de Justicia y el Ministerio Fiscal, Ministerio de Justicia
Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado

Sumario: 1. Introducción. 2. Principios constitucionales de relación entre entes públicos territoriales. 3. Lealtad *versus* fidelidad. 4. La lealtad constitucional. 5. La lealtad institucional. A) Eficacia externa de la lealtad institucional en la LRJAP y PAC y en la LRBRL. B) Eficacia interna de la lealtad institucional en la LRJAP y PAC. C) Otra normativa sobre lealtad institucional. Nota bibliográfica

1. INTRODUCCIÓN

En los modernos Estados complejos, en los que las relaciones entre los distintos escalones territoriales son constantes e imprescindibles para la consecución del objetivo constitucional de servir con objetividad los intereses generales, se hace necesario contar con un marco general, con unas reglas de conducta y comportamiento que, a modo de las que se imponen a los ciudadanos para una adecuada convivencia, permitan el pacífico desenvolvimiento de todos sus entes públicos entre la miríada de competencias y funciones que a cada uno de ellos atribuye el ordenamiento jurídico.

Cuando el principio de jerarquía como elemento definidor de las relaciones entre los

entes públicos territoriales y entre sus órganos internos es superado —como hoy en día ocurre en la mayoría de los ordenamientos constitucionales contemporáneos— por otros principios como los de autonomía y competencia, y sus complementarios de unidad y solidaridad, se torna imprescindible engrasarlos con otros tantos que consigan hacer más livianos aquellos otros de tanto “peso” institucional y jurídico. Esos principios que aportan ligereza al sistema de relaciones son especialmente los de lealtad institucional, cooperación y colaboración, actuando de frontispicio de todo el sistema el sometimiento pleno a la Ley y al Derecho que consagra el artículo 103.1 de la Constitución Española.

Este estudio se va a centrar en el principio de lealtad como un principio de relación, si bien parece conveniente hacer algunas precisiones previas respecto a otros grandes principios de relación entre los entes públicos territoriales y los entes administrativos, principios todos ellos de previsión y garantía constitucionales. Para ello, habrá que diferenciar entre los principios constitucionales y los principios administrativos de relación, que permitan un análisis sistemático y coherente, aunque no sea más que una clasificación con fines expositivos. Dentro de los primeros se encuentran especialmente los principios de unidad, autonomía, competencia, interés general, igualdad y solidaridad. Como principios administrativos de relación, cabe mencionar los de lealtad institucional, cooperación, colaboración y auxilio mutuo.

No se hará referencia, por tanto, a los principios de actuación de las Administraciones Públicas, los cuales despliegan su eficacia en la actividad administrativa *ad extra* en el sentido de tener como interlocutor a un ciudadano y no a otra Administración Pública. Así, en las relaciones de los entes públicos territoriales y sus órganos con los ciudadanos han de respetarse los principios de buena fe, confianza legítima, eficiencia, servicio a los ciudadanos, transparencia y participación.

2. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE RELACIÓN ENTRE ENTES PÚBLICOS TERRITORIALES

Sólo brevemente se hará referencia a estas reglas que permiten que cada Administración Pública de base territorial pueda ejercer las competencias que se le atribuyen constitucional o legalmente, de manera originaria o derivada, con los límites propios de un Estado constitucional como el nuestro en el que han de respetarse también las competencias de los demás entes, debe garantizarse un orden económico y social justo mediante la igualdad de trato de todos los ciudadanos en cualquier par-

te del territorio nacional y debe reforzarse la solidaridad entre todas las regiones de España que asegure a todos una digna calidad de vida y una sociedad democrática avanzada.

Efectivamente, los principios de autonomía y competencia invocables por las comunidades autónomas, las provincias y los municipios, y que consagran los artículos 2, 137, 140 y 141 de la Constitución, sólo alcanzan toda su dimensión y dignidad constitucional cuando respetan el principio de unidad de la nación española proclamado en el artículo 2 del texto constitucional, así como el principio de solidaridad entre todas las nacionalidades y regiones al que hacen referencia los artículos 2 y 138 de dicha norma. Son principios generales de la organización territorial del Estado.

Autonomía, como es bien conocido por todos, no significa soberanía, sino la capacidad de dictar normas, de crear un ordenamiento jurídico propio de aplicación en el escenario territorial limitado a una comunidad autónoma o entidad local, de constituir sus propias instituciones de autogobierno y ser responsables por ello ante sus ciudadanos; en definitiva, la autonomía política está garantizada por la Constitución Española, mientras que la autonomía administrativa se despliega a través de una garantía institucional de base constitucional, pero que requiere de otros mecanismos de garantía y desarrollo normativos.

Es ya tradicional mencionar la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 1981 para recordar que el principio de autonomía no puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de éste donde alcanza su verdadero sentido. El principio de unidad despliega sus efectos en varios frentes pero sólo adquiere su madurez dentro del principio de soberanía, que es la que reside en el pueblo español y que supuso, en su momento, que sólo hubiese un único poder constituyente. Así, unidad significa que existe un cuerpo jurídico uniforme, coherente y sin diferencias perfectamente justificables entre todas las partes del territorio. Por tanto, supone que los ciudadanos tienen iguales derechos y deberes en todo el territorio, y que el princi-

pio de igualdad alcanza sentido cuando se da el mismo trato a situaciones iguales (lo que no impide que situaciones desiguales puedan ser objeto de un trato distinto, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional). Además, la unidad tiene como consecuencia que quedan vedadas las medidas que puedan obstaculizar la libertad de establecimiento o circulación de personas, bienes y capitales. Y, por último, que la solución de conflictos en la interpretación de todos estos principios corresponde a un órgano constitucional y estatal como es el Tribunal Constitucional (en adelante, TC).

El Alto Tribunal parece que ha ido aclarando que, entre la unidad de la nación española, y la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran, hay un océano de relaciones que deben respetar unas reglas de juego.

En primer lugar, el interés general, concepto jurídico indeterminado que, sin embargo, resulta *a priori* sencillo de alegar cuando el interés de una autonomía o entidad local por algo afecta o puede afectar a un ámbito territorial superior al propio. Como consecuencia de ello, el TC salvaguarda la posición superior del Estado frente a las comunidades autónomas, las provincias, las islas y los municipios, cuando el interés general de la nación se encuentra por encima del interés particular de esos otros entes territoriales. Así lo proclamó la misma sentencia mencionada de 2 de febrero de 1981. Ello supone que el Estado y, por tanto, las administraciones territoriales superiores tienen sobre las inferiores una “potestad de vigilancia”, tal y como confirmó la sentencia del TC de 5 de agosto de 1983.

Sin embargo, el Alto Tribunal dejó claro que esa potestad atribuida al Estado no puede suponer en ningún caso anular la autonomía reconocida constitucionalmente, debiendo ejercerse en términos compatibles con la capacidad de autogobierno. El interés general hizo, por ejemplo, que el constituyente atribuyese al Estado unas competencias exclusivas en el artículo 149, sobre unas materias que quizá pueda decirse que son las de más “elevado espíritu” que existen en la Constitución y que se pueden atribuir a una comunidad política, como

la Administración de Justicia, nacionalidad con todo lo que ello conlleva en derechos y obligaciones incluso extraterritoriales, defensa y fuerzas armadas, relaciones internacionales, obras públicas de interés general, y un buen número de materias y ámbitos en los que el Estado dicta legislación básica, de obligado cumplimiento y respeto para todas las demás instancias territoriales. Además, el interés general pudo hacer pensar al constituyente que era conveniente que la competencia sobre las materias que no se hubiesen asumido por los Estatutos de Autonomía deberían corresponder al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas (artículo 149.3 de la Constitución Española).

Y de ese mismo espíritu de interés general de España también derivan las leyes de armonización que prevé el artículo 150.3 y la facultad de coacción que se atribuye al Gobierno para adoptar las medidas necesarias para obligar a una comunidad autónoma al cumplimiento forzoso de las obligaciones que le impone la Constitución o las leyes o para la protección del interés general (*ex* artículo 155 CE).

En segundo lugar, la autonomía tiene otro límite: la igualdad en derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado, lo que supone que las diferencias entre los Estatutos de las comunidades autónomas no pueden implicar, en ningún caso, privilegios económicos y sociales (*ex* artículo 138.2 CE) y que ninguna autoridad puede adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español (*ex* artículo 139.2 CE). En este sentido, es conveniente precisar que el Tribunal Constitucional ya aclaró, en su sentencia de 5 de agosto de 1983, que igualdad no significa igualdad de derechos, sino igualdad en el ejercicio de tales derechos. Ello supone respetar el orden económico nacional, pero no impide —a juicio del Tribunal Constitucional— que las comunidades autónomas adopten alguna medida que incida en estos

aspectos, como es bien conocido en materia fiscal y tributaria; por ejemplo, en el caso de la Comunidad Autónoma del País Vasco (Ley 12/2002, de 23 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco) y de Navarra (Ley 28/1990, de 26 de diciembre, por la que se aprueba el Convenio Económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra, modificada por Ley 48/2007, de 19 de diciembre).

El tercer límite del ejercicio de la autonomía por los entes públicos territoriales es el de solidaridad, al que se refieren los artículos 2 y 138 de la Constitución. La solidaridad opera en todos los ámbitos de actuación de esos entes, pero cobra especial significado en el ámbito tributario al ser un claro límite a la autonomía financiera de que gozan las comunidades autónomas para el desarrollo y ejecución de sus competencias, al exigir el artículo 156.1 de la Constitución la coordinación con la Hacienda estatal y la solidaridad entre todos los españoles. En los últimos tiempos, en consideración al cambio climático global y apreciable en nuestro país con evidentes señales estructurales de escasa hidraulicidad y de progresiva desertización, la solidaridad ha sido esgrimida en materia de agua por varias Autonomías sedientas de la misma o con problemas crónicos de abastecimiento. El mecanismo de la solidaridad debe, por tanto, entrar en juego cuando la situación de ventaja de un ente territorial es notable respecto de otros necesitados de esos mismos medios o recursos y que, en igualdad de condiciones de derechos, no pueden alcanzar aquellos sin ayuda pública. Esto es lo que pretende, en la práctica, el fondo de compensación interterritorial destinado a gastos de inversión, cuyos recursos son distribuidos por las Cortes Generales entre las comunidades autónomas y las provincias, en su caso (*ex* artículo 158.2 CE), así como la asignación que establecen los presupuestos generales del Estado a favor de las comunidades autónomas en función del volumen y actividades estatales que éstas hayan asumido y de la garantía de un nivel mínimo en la prestación de los servicios

públicos fundamentales en todo el territorio nacional.

3. LEALTAD VERSUS FIDELIDAD

Antes de entrar en materia, quizá no sea inoportuno distinguir jurídicamente los términos lealtad y fidelidad. Si se extrapolan al ámbito jurídico las definiciones que de ambos sustantivos realiza la Real Academia de la Lengua Española, resultaría que la fidelidad consiste en observar la fe que un ente debe a otro, entendiendo por fe el conjunto de normas que obligan a que las relaciones entre ellos sigan ciertos parámetros, mientras que la lealtad añade un plus muy significativo por cuanto no sólo significa ser fiel a unas normas de conducta debidas, sino que además hay que mantener una suerte de comportamiento ético o moral en esas relaciones (la RAE menciona las “leyes del honor y hombría de bien”).

Algunos autores han entendido que fidelidad significa sujeción o acatamiento a la supremacía constitucional, mientras que lealtad supone, además, una adhesión interna al contenido constitucional, no sólo un acatamiento normativo. Esta es una diferenciación jurídica interesante que invita a una reflexión sobre comportamientos recientes de algunas comunidades autónomas frente a la legislación aprobada por el Estado en materias como la lucha contra el tabaquismo (con la *Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco*) o la nueva asignatura “Educación para la Ciudadanía” introducida en la etapa de educación primaria y en la educación secundaria obligatoria en la *Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación*. Así, las Comunidades Autónomas de Madrid, Castilla y León, Valencia y La Rioja aprobaron disposiciones de desarrollo y ejecución de la *Ley 28/2005, de 26 de diciembre*, que casi en su totalidad tiene carácter básico, si bien dichas disposiciones —con rango de Decreto aprobados por los respectivos Consejos de Gobierno— terminaban

desnaturalizando la ley estatal al no respetar los principios inspiradores de la misma y la clara voluntad del legislador, en una muestra evidente de anteposición de intereses políticos frente al valioso principio de lealtad institucional que se viene comentando. Esa actuación de dichas comunidades autónomas hizo que el Gobierno interpusiese sendos recursos contencioso-administrativos ante las Salas de lo Contencioso de los Tribunales Superiores de Justicia. El TSJ de La Rioja ya se ha pronunciado al respecto y ha estimado en su totalidad el recurso interpuesto por el Estado frente al Decreto aprobado por ese Ejecutivo autonómico, al considerarlo contrario al espíritu de la ley aprobada por el legislador estatal. Habrá que esperar, por tanto, al resto de pronunciamientos de los TSJ cuando resuelvan los recursos interpuestos, si bien una primera línea doctrinal parece haber sido marcada por el Tribunal riojano.

Parece indudable que la actitud mostrada por esas comunidades autónomas no sólo puede ser inconstitucional, sino que, a los efectos exclusivos de este artículo, quiebra de modo indudable el principio de lealtad constitucional, por un lado (y sobre ello dirá lo que convenga, si procede, el Tribunal Constitucional, aunque ya anticipo que una sentencia suya anterior, la número 122/1983, ha dejado claras ciertas reglas del juego vulneradas por esas comunidades autónomas), pero sobre todo, el principio de lealtad institucional, que debe presidir las relaciones entre el Estado y las comunidades autónomas. Esa cooperación leal, esa lealtad que contribuye a fortalecer la esencia de un Estado de Derecho y que hace respetar y respetables a las instituciones, que son la esencia de una vida en comunidad armoniosa y respetuosa, ha resultado evidentemente vulnerada ante los atónitos ojos de los ciudadanos que observan cómo ciertos principios y valores son cuestionados ya no por una sociedad cada vez más desarraigada en ellos, sino por sus propias instituciones y la comunidad política que las dirige, mal ejemplo para la consecución de una nación más justa y feliz, como diría la Constitución de Cádiz de 1812.

En definitiva, parece que a las Administraciones Públicas no se les debe exigir sólo fidelidad, sino también lealtad, se les debe exigir lo máximo porque de lo máximo que den en sus relaciones depende el servicio que se presta a millones de ciudadanos, afectando para bien o para mal al interés general.

Las normas de conducta debidas son, por supuesto, el resto de principios constitucionales de relación ya mencionados así como todos los principios administrativos enunciados en el artículo 103 de la Constitución Española y en los artículos 3 y 4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJAP y PAC).

La lealtad parece surgir cuando existe un pacto voluntario sobre un objeto determinado para acatar ciertas normas mínimas de organización de la vida en comunidad, de unos derechos y deberes esenciales para el desenvolvimiento de la democracia. El pacto voluntario fue, desde este punto de vista, el pacto constituyente que dio lugar a la Constitución misma, y que convino entre todos unos derechos y unas obligaciones que persiguen el logro de los valores superiores del ordenamiento jurídico en un Estado social y democrático de Derecho. La lealtad, desde luego, es un comportamiento recíproco, que como tal pacto voluntario, exige que ambas partes se comporten lealmente la una con la otra, y en muy escasas ocasiones se puede exigir lealtad de manera unilateral a una sola de ellas. Se trata de un *do ut des* que adquiere todo su sentido cuando las dos partes cumplen las normas lealmente y que se quiebra cuando una de ellas las incumple de manera injustificada. La lealtad, en definitiva, genera seguridad jurídica y evita la incertidumbre.

Permítase una digresión curiosa, pero no deja de ser sorprendente que, para el desempeño de los cargos públicos de mayor relevancia en un Estado de Derecho como el nuestro, la clásica fórmula protocolaria y solemne del juramento o promesa del cargo que hay que proclamar en los actos públicos no haga men-

ción a la lealtad a la Constitución, sino que esta conducta se exija respecto de la Corona, mientras que a nuestra Carta Magna se le debe fidelidad. Véase la fórmula que se emplea, por ejemplo, cuando el presidente y los demás magistrados del Tribunal Constitucional asumen sus respectivos cargos ante el Rey (*ex* artículo 21 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional):

"Juro (o prometo) guardar y hacer guardar fielmente y en todo tiempo la Constitución Española, lealtad a la Corona y cumplir mis deberes como Magistrado Constitucional."

E, igualmente, la fórmula empleada para el juramento o promesa por un miembro de la carrera judicial, antes de posesionarse del primer destino (*ex* artículo 318.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial):

"Juro (o prometo) guardar y hacer guardar fielmente y en todo tiempo la Constitución y el resto del Ordenamiento Jurídico, lealtad a la Corona, administrar recta e imparcial justicia y cumplir mis deberes judiciales frente a todos."

4. LA LEALTAD CONSTITUCIONAL

Puesto que nos encontramos en este punto, es menester también distinguir entre la lealtad constitucional y la lealtad institucional. La primera parece ser el germen de la segunda, de modo que su formulación teórica es notablemente antigua ya que los orígenes del término "lealtad" hunden sus raíces en la Europa del despotismo ilustrado que caracterizó al Estado prusiano desde el siglo XVIII y la Restauración posterior a las guerras napoleónicas, llegando a la Prusia del *canciller de hierro* Otto von Bismarck-Schönhausen (en el siglo XIX), quien acuñó el término "lealtad federal". Incluso antes de esta época ya se empleaba este término para referirse a los deberes recíprocos de ayuda y auxilio militar entre los Estados y el Káiser a mediados del siglo XVI en Prusia. En todo caso, este término y su significado se extendió posteriormente a otros Estados como Suiza, Bélgica y Austria (donde, por cierto, se

emplean sustantivos similares como "respeto recíproco" o "cortesía federal").

Sin embargo, es conveniente aclarar que el principio de lealtad constitucional no rige en todos los Estados federales ni en todos los Estados regionales o tan descentralizados como el nuestro. Así, en los Estados Unidos de América de 17 de septiembre de 1787 se aplica el principio de cooperación intergubernamental.

En un Estado regional como es el italiano, su Constitución de 27 de diciembre de 1947 menciona un término similar como es la "leal cooperación", que ha de regir las relaciones entre sus veinte regiones administrativas, divididas en provincias y éstas a su vez en municipios o comunas (de éstas, el Valle de Aosta, Friuli-Venecia Julia, Sicilia, Cerdeña y Trentino-Alto Adagio cuentan con un estatus especial por su naturaleza geográfica, cultural y social según el artículo 116 de la carta magna italiana; las demás se someten a un estatuto común de administración). Así, el artículo 120 de la Constitución Italiana de 27 de diciembre de 1947 dispone que:

"Una Región no podrá establecer aranceles de importación, exportación o tránsito entre las Regiones, ni adoptar medidas que obstaculicen en modo alguno la libre circulación de personas y cosas entre las Regiones, ni limitar el ejercicio del derecho de trabajar en cualquier parte del territorio nacional."

El Gobierno podrá sustituir a los órganos de las Regiones, de las Ciudades metropolitanas, de las Provincias y de los Municipios cuando no se respeten las normas o tratados internacionales o la normativa comunitaria, o en caso de peligro grave para la incolumidad y la seguridad pública, o bien cuando lo exija la tutela de la unidad jurídica o de la unidad económica y, en particular, la tutela de los niveles esenciales de las prestaciones concernientes a los derechos civiles y sociales, prescindiendo de los límites territoriales de los gobiernos locales. Una ley definirá los procedimientos aptos para garantizar que los poderes substitutivos sean ejercidos respetando el principio de subsidiaridad y el principio de leal colaboración."

En Alemania, hoy en día la Ley Fundamental de Bonn de 23 de mayo de 1949 no

recoge este principio que fue acuñado en su ordenamiento jurídico siglos atrás, si bien se considera que tiene plena vigencia y que sirve de medida de los conflictos constitucionales que se plantean en Alemania Federal, habiendo llegado su Tribunal Constitucional a formular los deberes jurídicos precisos que se derivan de aquél. No obstante, la lealtad se exige por el texto constitucional alemán cuando se imparte enseñanza (el artículo 5 de la Ley Fundamental de Bonn de 23 de mayo de 1949 dispone que *“El arte y la ciencia, la investigación y la enseñanza científica son libres. La libertad de enseñanza no exime de la lealtad a la Constitución”*), a los funcionarios del servicio público (el artículo 33 de esa norma constitucional proclama que *“El ejercicio de facultades de soberanía será confiado, como regla general y con carácter permanente, a funcionarios del servicio público sujetos a una relación de servicio y lealtad, bajo un régimen de Derecho público”*) y cuando exista legislación concurrente de la Federación en materia de función pública (el artículo 74a de esa norma consagra que *“La legislación concurrente se extiende, además, a la remuneración y previsión del personal perteneciente al servicio público, que se encuentren en una relación de servicio y lealtad de Derecho público, en cuanto no corresponda a la Federación la legislación exclusiva en virtud del artículo 73 Nº 8”*). Existen en el país germano algunos pronunciamientos jurisprudenciales que han comentado este principio y que han definido sus contornos. Así, muchas veces se menciona la importante sentencia del Tribunal Constitucional de Karlsruhe de 21 de mayo de 1952, la cual dispuso que *“el principio de lealtad federal significa que todos los participantes de la unión constitucional que supone el Estado federal están obligados a colaborar en el mantenimiento de su esencia, así como contribuir a su fortalecimiento y a su salvaguardia”*.

La lealtad constitucional, por tanto, supone el acatamiento de unas normas constitucionales y legales de organización y convivencia. Esto no significa una adhesión ideológica ni se exime a nadie de las reglas de la sana crítica ni de la libertad de pensamiento o conciencia,

pero sí supone un comportamiento ético y una actitud de respeto ante el espíritu de esas reglas del juego, no sólo a ellas mismas. También supone que existan límites al ejercicio de los derechos fundamentales puesto que de una actuación leal se derivan derechos y deberes para todos los miembros del Estado.

En definitiva, la lealtad constitucional, que parece implícitamente reconocida en el artículo 2 de la Constitución Española cuando combina con extrema finura jurídica los principios de unidad, autonomía y solidaridad, significa ser leal, en los términos explicados, a la propia Constitución positiva y al bloque de constitucionalidad. Algunos autores también entienden que, si bien este principio no está recogido expresamente en nuestra Carta Magna, sin embargo también se puede deducir sin grandes esfuerzos hermenéuticos del artículo 9.1 de dicho texto normativo, cuando obliga a todos a acatar la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, deber éste que está perfectamente constitucionalizado.

Si bien es cierto que la lealtad constitucional no está recogida expresamente en nuestra Constitución, como se ha dicho, se puede afirmar que ha sido construido como principio por la jurisprudencia constitucional, y así ha quedado reflejado, entre otras, en las siguientes importantes sentencias: STC 201/88, de 27 de octubre, STC 46/90, de 15 de marzo, STC 209/90, de 20 de diciembre, STC 156/95, de 26 de octubre, STC 208/99, de 11 de noviembre, STC 235/99, de 16 de diciembre.

En muchas de estas resoluciones del Alto Tribunal se orienta el sentido de la lealtad cuando se relaciona con la negociación, la consulta, el acuerdo previo (STC 181/88, de 13 de octubre), o con el compromiso de aceptar las reglas del juego político y el orden jurídico existente y no intentar su transformación por medios ilegales (STC 122/83, de 16 de diciembre). En este sentido, el TC ha distinguido la lealtad de la fidelidad constitucional. Así, la misma Sentencia 122/83 reflexionó sobre este punto, disponiendo que la lealtad no impide, en ningún caso, representar y perseguir ideales políticos diversos de los encarnados en

la Constitución, siempre que se respeten las reglas del juego, y que no supone una renuncia a las libertades individuales consagradas por la Constitución ni a la libre crítica del ordenamiento jurídico vigente, ni de los actos políticos que se realicen ni siquiera a procurar la reforma de la Constitución por las vías legales, naturalmente. En definitiva, tal y como recalcó la inmediata anterior sentencia del Tribunal Constitucional 101/83, de 18 de noviembre, lealtad no significa adhesión ideológica ni una conformidad con todo el contenido del texto constitucional.

Y, puesto que esta lealtad exige serlo con la Constitución y con el bloque de constitucionalidad, cabe realizar otra reflexión al respecto por cuanto parece que la lealtad exige una codificación de las normas a las que se debe ser leal, y esa codificación está clara en la mayor parte de los preceptos constitucionales, pero no tanto en lo que respecta a las competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, cuyo mapa competencial parece que sigue abierto y que no termina de cerrarse ni dejar claras y estables, si no todas las competencias, al menos la interpretación constitucional de la gran mayoría de ellas. Como digo, la lealtad exige certeza jurídica a las normas que hay que cumplir, por mucho que el principio en sí mismo sea algo vaporoso y de compleja definición.

5. LA LEALTAD INSTITUCIONAL

Con todo lo dicho hasta el momento, resulta más sencillo llegar a explicar la lealtad institucional, que es aquella que opera entre las Administraciones Públicas como principio de relación y que, al igual que ocurría con la lealtad constitucional, da lugar a una serie de derechos y deberes. Antes de entrar en el análisis concreto de las normas que recogen expresamente este principio, puede resultar útil para una mejor comprensión de cuanto recoge la Ley 30/1992, entre otras normas, explicar de una manera genérica lo que exige ser leal desde el punto de vista institucional:

- En primer lugar, exige que cada ente no abuse de sus competencias. Esto, que enunciado de este modo, parece resultar sencillo, no lo es tanto cuando el ente no tiene perfectamente atribuidas sus competencias ya sea por una norma de derecho originario o derivado, y cuando caben distintas interpretaciones sobre esas competencias. De aquí la importancia de que cada escalón administrativo tenga claramente atribuidas sus competencias.
- En segundo lugar, la lealtad exige que se actúe de esa manera también en la ejecución de esas competencias; es decir, que se valoren y ponderen los intereses de cada ente u órgano, aspecto este que también fue puesto de manifiesto por el Tribunal Constitucional en su sentencia 37/81, de 16 de noviembre.
- En tercer lugar, es preciso que, cuando se ejerzan las competencias, se haga coordinadamente con los demás entes públicos implicados, de modo que el principio de competencia y el de autonomía hay que ponerlos en relación con el principio de solidaridad.
- Es preciso que cada ente u órgano del mismo se limite a desplegar sus competencias o a actuar sólo dentro de su propio ámbito, absteniéndose de intervenir y afectar los intereses de la otra parte.
- La lealtad exige que se mantenga una cooperación constante, que las partes se presten mutuo auxilio en el ejercicio de sus competencias. Sobre este punto concreto, en el ámbito de las Administraciones Públicas, se volverá más adelante.
- La interpretación de las normas que atribuyen competencias o asignan facultades también debe realizarse de forma leal, de modo que no se vacíe de competencias a los demás entes u órganos con una interpretación expansiva no deseada por el legislador.
- Por último, la lealtad, que reduce la incertidumbre al intentar siempre navegar

por aguas seguras, jurídicamente hablando, exige también evitar en lo posible la conflictividad judicial. Las formas e instrumentos de solución extrajudicial de conflictos debieran ser suficientes para que este mecanismo alcance todo su sentido sin tener que acudir a los Tribunales de Justicia ordinarios ni, menos aun, al Tribunal Constitucional.

A) EFICACIA EXTERNA DE LA LEALTAD INSTITUCIONAL EN LA LRJAP Y PAC Y EN LA LRBRL

Centrándonos en los textos normativos que contemplan expresamente el principio de lealtad institucional, en primer lugar hay que mencionar la *Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (en adelante, LRJAP y PAC). En esta ley se recogió este principio cuando así lo introdujo la modificación que realizó la Ley 4/1999, de 13 de enero. Antes de esta modificación, el principio estaba recogido, pero en el preámbulo de la Ley 30/92, no en su articulado.

El artículo 4 de la LRJAP y PAC se titula "Principios de las relaciones entre las Administraciones Públicas", y su contenido menciona sólo dos principios realmente: el de lealtad institucional y el de cooperación, en los apartados 1 y 5, respectivamente. El resto del artículo no menciona ningún otro principio, sino más bien los deberes a que da lugar el primero, del que, por cierto, parece derivarse el segundo al estar recogido como uno de esos deberes en la letra d) del apartado 1, junto al de asistencia activa que las otras Administraciones pudieran recabar para el ejercicio de sus competencias. Es decir, que parece que la cooperación es, además de un principio general de relación entre las Administraciones, también un deber del principio de lealtad institucional.

Pues bien, esos deberes a que da lugar la lealtad institucional son los siguientes (así lo aprobó el Congreso de los Diputados con una enmienda del grupo parlamentario de Coalición Canaria en el procedimiento de tramita-

ción parlamentaria, como una enumeración meramente ejemplificativa):

- respetar el ejercicio legítimo por las otras Administraciones Públicas de sus competencias; lo cual, como ya se ha explicado, requiere que éstas estén perfectamente identificadas en el ordenamiento jurídico, de modo que cada ente u órgano sepa a qué atenerse y conozca el marco competencial en el que puede desplegar su actuación.
- Ponderar, cuando se ejercen las competencias propias, todos los intereses públicos implicados y, en concreto, aquellos cuya gestión esté encomendada a las otras Administraciones. En este sentido, ha de observarse que no sólo se exige ponderar las competencias de los demás entes u órganos, sino algo más amplio y general, como son todos los intereses públicos implicados, lo que no deja de ser un concepto muy abierto que parece perseguir la lealtad en el sentido más amplio del término, por mucho que luego se acote respecto a los intereses cuya gestión se encomiende específicamente a otras Administraciones.
- Facilitar a las otras Administraciones la información que precisen sobre la actividad que desarrollen en el ejercicio de sus propias competencias. Esta obligación lleva a dos conclusiones: la primera, que no es posible mantener información oculta u opaca a las demás Administraciones cuando esté relacionada con una competencia que éstas ejerzan legalmente, lo que no parece impedir que pueda obstar esta transmisión de información cuando lo que ejercen no son sus propias competencias, sino que invadan otras ajenas; la segunda, que hay que entender que esta transmisión de información tiene como límites las previsiones de la *Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal*, y las garantías que esta norma prevé en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas

y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar.

Parece indudable que esta es una de las obligaciones más demandadas por las Administraciones y que ha sido objeto de mayores obstáculos, en ocasiones, en las relaciones entre entes públicos, celosos de su información y temerosos de que su cesión pudiera causarle perjuicios de algún tipo, olvidando que el fin de todas ellas es servir con objetividad el interés general, interés que se sirve por todas y cada una de las Administraciones.

- Prestar, en el ámbito propio, la cooperación y asistencia activas que las otras Administraciones pudieran recabar para el ejercicio de sus competencias. Este deber está íntimamente relacionado con el anterior por cuanto también se despliega mediante la remisión de la información y documentación que se requiera para el ejercicio eficaz de una competencia. Así lo dispone el apartado 2 de este artículo 4 que se comenta, al establecer que, para que los deberes de facilitar información, de cooperación y asistencia activas, las Administraciones Públicas podrán solicitar cuantos datos, documentos o medios probatorios estén a disposición del ente al que se dirija la solicitud, pudiendo llegar a solicitar asistencia para la ejecución de sus propias competencias.

Lo cierto es que esta cooperación sólo se puede negar cuando el ente público que recibe la petición de auxilio o asistencia no puede prestarlo por carecer de medios para ello, porque no está dentro de sus competencias o cuando, al prestar esa cooperación o asistencia, pueda causar perjuicio grave a los intereses cuya tutela tiene encomendada o al cumplimiento de sus propias funciones. Así lo prevé el apartado 3 de este artículo 4, el cual exige que la negativa a prestar la asistencia ha de comunicarse motivadamente a la Administración que la ha solicitado.

El Tribunal Constitucional ha dispuesto que la cooperación es un principio consustancial al Estado autonómico que ni siquiera hay que justificar en preceptos concretos, al estar implícito en la propia esencia de la forma de organización territorial del Estado. El Alto Tribunal también considera que la cooperación significa aunar esfuerzos y ponerlos en común (así, la sentencia TC 102/1995, de 26 de junio).

Desde la exposición de este principio de cooperación cabría realizar más precisiones y aclaraciones en lo que respecta a las técnicas o instrumentos en que la misma puede articularse. Así, como técnicas de cooperación interadministrativas se puede realizar una clasificación —ya clásica— entre técnicas orgánicas y funcionales de cooperación: dentro de las orgánicas destaca en primer lugar el Senado como cámara de representación territorial prevista constitucionalmente y pendiente, legislatura tras legislatura, de ampliar sus competencias y situarla en mayor valor del que hoy tiene, las conferencias sectoriales de consejeros de las comunidades autónomas y del ministro o ministros del ramo (muy semejante, por cierto, a las conferencias de responsables políticos y administrativos previstas en el Derecho alemán actual), las comisiones bilaterales de cooperación, las conferencias sectoriales entre el Estado y dos o más comunidades autónomas, con ámbito sectorial, y los consorcios. Dentro de las técnicas funcionales de cooperación, la LRJAP y PAC menciona los convenios de colaboración (que, en la práctica, han terminado convirtiéndose en un cauce de información fluida y recíproca muy consolidada entre Administraciones Públicas), los convenios de conferencia sectorial, los protocolos generales como acuerdos-marco y la encomienda de gestión, que no puede olvidarse como técnica de cooperación prevista en el artículo 15 de la LRJAP y PAC para la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos administrativos o de las entidades de derecho público, las cuales pueden ser encomendadas a otros órganos o entidades de la misma o de distinta Ad-

ministración, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño.

La Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), también prevé técnicas e instrumentos de cooperación interadministrativa entre la Administración General del Estado, la Administración de las comunidades autónomas y la Administración local. Así, se prevé expresamente el deber de información recíproca al exigir que las entidades locales remitan a la Administración General del Estado y a las comunidades autónomas copia o extracto de todos los actos administrativos y acuerdos adoptados por la entidad local, imponiendo, a su vez, el deber recíproco para aquellas Administraciones de facilitar el acceso de las entidades locales a los instrumentos de planificación, programación y gestión de obras y servicios que les afecten directamente. También se prevé, como técnica de cooperación interadministrativa, la cooperación de las comunidades autónomas con las Diputaciones Provinciales, la cooperación de éstas con los entes comarcales, allí donde existan, y los conocidos como planes conjuntos del artículo 36 de la Ley 7/1985, como son los planes provinciales de cooperación a las obras y servicios de competencia municipal, en cuya elaboración deben participar los municipios de la provincia.

Hasta aquí los deberes que exige la Ley 30/1992 para llevar a buen término el principio de lealtad institucional. Sin embargo, no puede dejarse de analizar otro deber que ha sido ampliamente debatido por el Tribunal Constitucional y que considera ínsito en los principios constitucionales ya mencionado y explicados en este estudio. Se trata del deber de colaboración y auxilio mutuo que tienen los tres escalones administrativos territoriales para ejecutar sus actos que deban realizarse fuera de sus respectivos ámbitos territoriales de competencias. Pues bien, se insiste en que el TC ya ha recordado que el deber de auxilio recíproco está implícito en la propia esencia de la forma de organización territorial del Estado que diseña la Constitución española. Así,

la sentencia del Alto Tribunal 96/86, de 10 de julio, incidió en este punto, proclamando que el deber de colaboración no hay que justificarlo en preceptos constitucionales concretos por ser esencia del modelo de organización territorial del Estado que establece la Constitución. Y el TC abunda en la idea de que el deber genérico de colaboración se materializa en instrumentos eficaces de cooperación, de modo que el segundo principio parece derivarse del mencionado deber.

Como establecía el Tribunal Constitucional, el deber de colaboración conduce, según el apartado 5 de la LRJAP y PAC, a que su desarrollo se realice a través de los instrumentos y procedimientos que establezcan común y voluntariamente la Administración General del Estado y la Administración de las comunidades autónomas, sin que la Ley 30/1992 mencione en este punto a las entidades que integran la Administración local, con respecto a las cuales también se establecen instrumentos y procedimientos de colaboración y cooperación, en todo caso también voluntarios, tal y como proclama el artículo 57 de la Ley 7/1985, de 2 de abril:

“La cooperación económica, técnica y administrativa entre la Administración local y las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, tanto en servicios locales como en asuntos de interés común, se desarrollará con carácter voluntario, bajo las formas y en los términos previstos en las Leyes, pudiendo tener lugar, en todo caso, mediante los consorcios o convenios administrativos que suscriban.

De cada acuerdo de cooperación formalizado por alguna de estas Administraciones se dará comunicación a aquellas otras que, resultando interesadas, no hayan intervenido en el mismo, a los efectos de mantener una recíproca y constante información.”

Esta última norma también prevé, en su artículo 58, técnicas de colaboración a través de órganos como un medio para conseguir la coordinación administrativa (no se menciona la cooperación), tales como la importantísima Comisión Nacional de Administración Local (CNAL) como órgano permanente de colaboración entre la Administración General del Estado y la Administración local (*ex* artículos 117

y siguientes de la Ley 7/1985), o las comisiones provinciales de colaboración de la Administración General del Estado con las entidades locales. Asimismo, el artículo 58 de la Ley 7/1985 contempla la posibilidad de que, para asegurar la colaboración entre la Administración General del Estado y la Administración local en materia de inversiones y de prestación de servicios, el Gobierno de la Nación pueda crear en cada comunidad autónoma una comisión territorial de Administración local, y que tanto la Administración del Estado como las de las comunidades autónomas podrán participar en los respectivos órganos de colaboración establecidos por cada una de ellas. Por último, y puesto que se trata de una novedad introducida por la reciente *Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la modernización del Gobierno Local*, el artículo 120 bis dispone que el Estado impulsará la colaboración con las comunidades autónomas con el fin de crear órganos de cooperación conjuntos en materia de régimen local, tanto bajo la forma jurídica de Conferencia Sectorial como de otra naturaleza, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 30/1992.

Por último, la LRJAP y PAC dispone que, cuando se desarrolle el principio de cooperación, que parece derivar— como se ha explicado —del más elevado principio de lealtad institucional, y las relaciones entre los entes públicos suponga tomar decisiones conjuntas para desarrollar una actividad más eficaz, se emplearán los instrumentos y procedimientos de cooperación a que se refieren los artículos 5 y siguientes de esa misma Ley; es decir, las conferencias sectoriales, los órganos de cooperación bilateral o multilateral, de ámbito general o sectorial, que se constituyan, los convenios de colaboración, los consorcios, los protocolos generales y los planes y programas conjuntos, todos ellos ya mencionados anteriormente.

B) EFICACIA INTERNA DE LA LEALTAD INSTITUCIONAL EN LA LRJAP Y PAC

Este principio de lealtad institucional y todos los deberes que conlleva y que se han

expuesto hasta aquí en el ámbito del Derecho Administrativo, ¿operan también *ad intra*, en las relaciones que se dan en el seno de cada ente público, entre sus propios órganos? La respuesta a esta pregunta no puede ser otra que afirmativa, puesto que el artículo 18 de la LRJAP y PAC dispone claramente que los órganos administrativos, en el ejercicio de sus competencias propias, ajustarán su actividad en sus relaciones con otros órganos de la misma o de otras Administraciones a los principios establecidos en el artículo 4.1 de dicha Ley, y la coordinarán con la que pudiera corresponder legítimamente a éstos, pudiendo recabar para ello la información que precisen. Esto supone, por tanto, que el principio de lealtad institucional sea plenamente de aplicación entre los órganos de la misma Administración, entre los cuales —como se sabe— también rigen otros principios de gran peso específico y que regulan con precisión las relaciones internas, como es el caso del principio de jerarquía que hace que éstas se sometan al criterio, a las instrucciones u órdenes de servicio que dicte un órgano superior.

C) OTRA NORMATIVA SOBRE LEALTAD INSTITUCIONAL

Respecto a las demás normas del ordenamiento jurídico administrativo que mencionan la lealtad institucional, aquí no se volverá a mencionar la Ley 7/1985 y las técnicas de colaboración que establece como medios para alcanzar la cooperación interadministrativa (*ex* artículos 55 a 62 de dicho cuerpo legal), pero sí cabe comentar que esta norma prevé las mismas obligaciones que el artículo 4 de la LRJAP y PAC para lograr el principio de lealtad constitucional, pero en este caso para alcanzar la efectividad de la coordinación y la eficacia administrativas. Así, el artículo 55 LR-BRL dispone que:

"Para la efectividad de la coordinación y la eficacia administrativas, las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, de un lado, y las Entidades locales, de otro, deberán en sus relaciones recíprocas:

a. Respetar el ejercicio legítimo por las otras Administraciones de sus competencias y las consecuencias que del mismo se deriven para las propias.

b. Ponderar, en la actuación de las competencias propias, la totalidad de los intereses públicos implicados y, en concreto, aquellos cuya gestión esté encomendada a las otras Administraciones.

c. Facilitar a las otras Administraciones la información sobre la propia gestión que sea relevante para el adecuado desarrollo por éstas de sus cometidos.

d. Prestar, en el ámbito propio, la cooperación y asistencia activas que las otras Administraciones pudieran precisar para el eficaz cumplimiento de sus tareas."

No parecen ser para la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, por tanto, instrumentos o medios para alcanzar ni la lealtad, que no se menciona, ni la cooperación como principio vinculado consustancialmente a aquél. Sin embargo, se mencionan las mismas obligaciones, como podrá verse. Y el artículo 56 de la Ley 7/1985 es la norma "espejo" del apartado 2 del artículo 4 de la LRJAP y PAC, al exigir que las entidades locales remitan obligatoriamente a las Administraciones del Estado y de las comunidades autónomas copia o, en su caso, extracto comprensivo de los actos y acuerdos de las mismas. Además, y en todo caso, se prevé que aquellas Administraciones estarán facultadas, con el fin de comprobar la efectividad en su aplicación y, respectivamente, de la legislación estatal y la autonómica, para recabar y obtener información concreta sobre la actividad municipal, pudiendo solicitar incluso la exhibición de expedientes y la emisión de informes. De manera recíproca, puesto que así lo hemos estado sosteniendo en todo este estudio al hablar del deber de lealtad constitucional o institucional y de las obligaciones recíprocas a que da lugar, el artículo 56 de la Ley 7/1985 consagra la obligación para la Administración del Estado y la de las comunidades autónomas de facilitar el acceso de los representantes legales de las entidades locales a los instrumentos de planificación, programación y gestión de obras y servicios que les afecten directamente. Esta obligación de información

mutua también se encuentra recogida en otras disposiciones normativas, como en el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, cuyo artículo 196 dispone que:

"(...)

3. En el plazo de seis días posteriores a la adopción de los actos y acuerdos, se remitirán al Gobernador civil (hoy hay que entender esta referencia hecha al Subdelegado del Gobierno) o Delegado del Gobierno, en su caso, y a la Administración Autonómica, copia o, en su caso, extracto comprensivo de las resoluciones y acuerdos de los órganos de gobierno municipales. El Alcalde o Presidente de la Corporación y, de forma inmediata, el Secretario de la Corporación, serán responsables del cumplimiento de este deber."

La Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de Organización, Competencia y Funcionamiento del Gobierno, no llega a mencionar el principio de lealtad en su articulado, pero sí hace mención a la lealtad constitucional en su exposición de motivos, cuando justifica la razón por la que se regula, en el título IV y en un solo artículo, el 21, el Gobierno en funciones. Así, se invoca este principio de lealtad constitucional en dicha norma como motivo para delimitar la posición constitucional del Gobierno en funciones, entendiendo que el objetivo último de toda su actuación radica en la consecución de un normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno.

En la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (en adelante, LOFCA) podemos encontrar una mención del término "lealtad" en su artículo 2.1, al disponer que la actividad financiera de las comunidades autónomas se ejercerá en coordinación con la Hacienda del Estado, con arreglo al principio de lealtad institucional, que determinará la valoración del impacto, positivo o negativo, que puedan suponer las actuaciones del Estado legislador en materia tributaria o la adopción de medidas de interés general, que eventualmente puedan hacer recaer sobre las comunidades autónomas

obligaciones de gasto no previstas a la fecha de aprobación del sistema de financiación vigente, y que deberán ser objeto de valoración anual en cuanto a su impacto, tanto en materia de ingresos como de gastos, por el Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas (CPFF).

La *Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, menciona la lealtad institucional como uno de los principios de relaciones entre ellas, ya que el artículo 183 dispone que las Administraciones públicas ajustarán sus relaciones recíprocas en materia patrimonial al principio de lealtad institucional, observando las obligaciones de información mutua, cooperación, asistencia y respeto a las respectivas competencias, y ponderando en su ejercicio la totalidad de los intereses públicos implicados. No se volverá sobre todos estos deberes, suficientemente explicados en párrafos anteriores de este estudio sobre la materia. Nótese que esa misma Ley 33/2003 crea como órgano de cooperación y coordinación entre la Administración General del Estado y la Administración de las comunidades autónomas en materia patrimonial la Conferencia Sectorial de Política Patrimonial (*ex* artículo 184).

Por último, y aunque sólo sea como un mero apunte, la legislación de otras Administraciones Públicas ha llegado a prever, en algún hecho en Maastricht el 7 de febrero de 1992, que los Estados miembros apoyarán activamente y sin reservas la política exterior y de seguridad de la Unión, con espíritu de lealtad y solidaridad mutua.

caso, la lealtad institucional como un principio básico de relación. Así lo ha hecho, a título meramente indicativo, la *Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y Régimen Especial de Madrid*, cuyo artículo 2 dispone que la Ciudad de Madrid goza de autonomía para la gestión de sus intereses, con medios económico-financieros suficientes, y que esa gestión municipal se desarrolla con lealtad institucional y en colaboración, cooperación y coordinación con la Administración General del Estado y de la Comunidad de Madrid.

En otras ramas de ordenamiento jurídico distintas del Derecho Administrativo, también entra en juego el principio de lealtad como obligación recíproca, entre partes, de respetar unas normas mínimas. Es el caso de los contratos, en cuya teoría general del Código Civil se puede exigir esta lealtad, la buena fe y la confianza legítima, o el caso de la gestión de carteras o el contrato de agencia en Derecho Mercantil, ámbitos en los que la lealtad también juega un papel primordial como estándar ético y principio de vigencia social que aporta seguridad jurídica a las relaciones entre las partes.

Y en el Derecho Comunitario, se menciona la lealtad para referirse a la política exterior y de seguridad común, el conocido como “segundo pilar comunitario” (PESC), al disponer el artículo 11.2 del Tratado de la Unión Europea,

NOTA BIBLIOGRÁFICA

- “Administración institucional”. *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. Escuela Judicial.
- BALAGUER CALLEJÓN, F., *Manual de Derecho Constitucional*. Editorial Tecnos, 2007.
- GONZÁLEZ ALONSO, A. “La lealtad constitucional. La Constitución como orden de valores o como procedimiento”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva época)*. Núm. 120. Abril-Junio 2003.
- GONZÁLEZ GARCÍA, M^a A., “Las Relaciones entre la Administración del Estado y las Administraciones territoriales”. *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*. INAP
- IBÁÑEZ MACÍAS, A., *El derecho constitucional a participar y la participación ciudadana local*. Grupo Difusión, 2007.
- LÓPEZ GUERRA, L. y otros autores *Derecho Constitucional*, 3^a edición. Editorial Tirant lo Blanch.
- MONTOSO CHINER, M^a J., *Convenios entre federación y estados miembros en la República Federal de Alemania; solidaridad y lealtad constitucional en los sistemas alemán y español*. Tecnos, 1987.
- MORELL OCAÑA, L., *La lealtad y otros componentes de la ética institucional de la Administración*.

PALOMAR OLMEDA, A. “Los principios de la actividad administrativa y las relaciones entre las Administraciones”. *Documentación Administrativa*/nº 254-255 (mayo-diciembre 1999).

PUNSET, R., “Lealtad constitucional, limitación de derechos y división de poderes”. *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Tomo III, 2002. Primera edición. (Septiembre-Diciembre). Thomson-Aranzadi.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., “La Administración Pública española”. *INAP*; Colección Estudios.

SOSA WAGNER, F., *La lealtad, gozne del Estado*.

Fecha de recepción de originales: 3 de marzo de 2008
Fecha de aceptación de originales: 5 de noviembre de 2008

EXAMEN DEL
ANTEPROYECTO DE
CÓDIGO PENAL

RESUMEN

En estos dos trabajos se analiza la compatibilidad de las reformas propuestas en el Anteproyecto de 2008 (de reforma del Código penal de 1995) con las exigencias de un Derecho penal racional: primero en términos generales y después, concretamente, en el ámbito de los llamados *delitos urbanísticos*.

En ambos casos se llega a la conclusión de que el Anteproyecto de 2008 no responde a esas exigencias; sino que se limita a traducir la política criminal autoritaria que se demanda con ocasión de determinados casos escandalosos, sin reparar en si las concretas reformas son necesarias, útiles y compatibles con la Constitución de 1978.

PALABRAS CLAVE

CASTIGO, ENDURECIMIENTO, DESPROPORCIÓN, SEGURIDAD JURÍDICA, LIBERTAD

ABSTRACT

In this two works it is analyzed the compatibility of the reforms proposed through the 2008 draft bill (of the Spanish Penal Code of 1995) with the requirements of a rational Criminal Law: firstly, in general terms, and afterwards, specifically, in the field of the called crimes against the urban planning.

In both cases it comes to the conclusion that the proposed voting regulation of 2008 does not satisfy these requirements because it is limited to translate the authoritarian criminal policy which is demanded due to some scandalous cases, without taking care about if the specific reforms are necessary, useful and compatible with the Spanish Constitution of 1978.

KEY WORDS

PUNISHMENT, SEVERITY, DISPROPORTION, JURIDICAL SAFETY, FREEDOM

¿ESTADO DEMOCRÁTICO O ESTADO AUTORITARIO? (Reflexiones jurídico-políticas a propósito de un Anteproyecto de Código Penal)*

Tomás S. Vives Antón

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Valencia

Sumario: 1. Introducción. 2. Anteproyecto de Código penal de 2008 y Política Criminal. 3. Conclusiones. Nota bibliográfica.

1. INTRODUCCIÓN

He adoptado como rúbrica de estas notas la alternativa con que Franz Neumann titula una de sus espléndidas investigaciones sobre la estructura del poder en las sociedades cuya economía está en manos del gran capital, del que él llama “capital monopolista”.

Como es sabido, Neumann perteneció al llamado “círculo externo” de la Escuela de Frankfurt, de cuyo núcleo (Marcuse, Horkheimer, etc...) acabó separándose porque, tras averiguaciones empíricas a las que la historia parece haber dado la razón, negó que la economía alemana del período nacionalsocialista pudiese caracterizarse como “capitalismo

de Estado”: por el contrario, sostuvo junto a Kircheimer que la primacía de los intereses del capitalismo privado sobre la gerencia estatal de la economía nunca se había quebrantado. Y, si eso fue así frente a un poder político tan fuerte como el nacionalsocialista, ¿qué no habrá de suceder en el marco, relativamente frágil, de un gobierno democrático?

Al maestro de la teoría política que fue Neumann no le importaba tanto el gobierno como la estructura del poder; y, a lo largo de su extensa obra, puso de manifiesto que el poder no se identifica con el gobierno, sino que es el resultado de un compromiso entre fuerzas políticas diversas, con deseos e intereses contrapuestos, que producen resultados incongruentes.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación “La libertad como proyecto de convivencia: fundamentación y crisis” del Ministerio de Educación y Ciencia (Nº ref. SEJ 2005-0380).

Pero ¿a qué vienen tales reflexiones genéricas sobre el poder a propósito del análisis de algo tan específico como un Anteproyecto de Código Penal? Para responder a esa pregunta cabrá recordar, en primer término, que la pena es la manifestación más fuerte del poder, su “última ratio” como a menudo se dice en la Academia, hasta el punto de que un sociólogo norteamericano decía, no sin razón, que el verdadero poder es el de meter a otro en la cárcel.

Esto sentado, cabe decir, en segundo lugar, que hay algo en este Anteproyecto que llama poderosamente la atención y que, quizás contra los deseos de quienes lo redactaron, lo convierte en emblema de una determinada política criminal, o sea, de un modo determinado de concebir los fines del poder punitivo del Estado (esto es, de su poder más fuerte) y regular su ejercicio. De ahí que, al discutir en términos generales la configuración del poder punitivo, se plantee claramente la alternativa que estudiara Neumann, la alternativa entre el Estado democrático y el Estado autoritario. La virtualidad simbólica de este Anteproyecto nace de un hecho muy simple: si se convirtiera en ley, daría lugar según una opinión generalizada, a lo que el diario “El País” llama “el Código Penal más duro de la democracia”; y esa dureza se anuncia el mismo día (15 de noviembre de 2008) en el que, en el precitado periódico, el Delegado del Gobierno para la Comunidad Valenciana anuncia que la delincuencia ha descendido con respecto al año anterior. El endurecimiento de las penas no obedece, pues, a tratar de combatir un incremento de la delincuencia que no se ha producido. La Exposición de Motivos del Anteproyecto trata de explicarlo en términos técnicos o de tutela de intereses generales; pero, aunque esos argumentos puedan justificar algunas previsiones del Anteproyecto, en modo alguno justifican ni excusan, en general, el incremento de la represión que se propone.

La Exposición de Motivos, al tratar de justificar el texto, dice que, aun reconociendo que la estabilidad es una de las piedras angulares del sistema penal, (¿cómo podía, sin ella, des-

empeñar el papel de “Constitución negativa” que le corresponde?) “puede tener, sin embargo importantes efectos perniciosos si no existe una constante preocupación del legislador por responder a las demandas de la sociedad”. Para los autores del Anteproyecto esas demandas se concretan a partir de diversos e infortunados sucesos, entre los que se menciona expresamente, en el ámbito de los delitos sexuales, el acaecimiento, en los últimos tiempos, de casos de especial gravedad.

La alusión no puede ser más clara: la “demanda social” es una lógica expresión de solidaridad ante el dolor de algunas víctimas de conductas execrables, frente a las que brotan sentimientos de repulsa y de venganza, fácilmente manipulables por poderes fácticos.

Pero, la libertad no es un mercado en el que el legislador tenga como objetivo satisfacer esas demandas. Es más, el Estado surge como una institución que se impone a esos sentimientos y deseos y sustituye la reacción impulsiva de los afectados directa o indirectamente por el delito, por una respuesta racional. Esa respuesta racional —la pena— parte de la idea de que la libertad —incluso de la libertad del imputado— ha de ser sacrificada lo menos posible: por eso no deberían poder imponerse más penas que las estricta y absolutamente necesarias, según expresaran las primeras grandes Declaraciones de Derechos y exige la Constitución española de 1978, en virtud del principio de proporcionalidad.

En el informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Código Penal de 1992, que tuvo el honor de redactar, se decía al respecto lo siguiente:

“Existe una suerte de “reflejo condicionado” de la opinión pública en el ámbito del Derecho punitivo, que se manifiesta en la reacción ante los atentados más frecuentes, si revisten alguna gravedad: frente a ellos surge, inexorablemente la idea de elevar las penas, de la que algunas veces se hace eco el legislador.

Pero, por ese camino pronto se rebasa el límite de la justicia; y, más aún, quiebra la eficacia de todo el sistema punitivo, que se basa en la idea —expuesta magistralmente por Bentham— de que *al orden de las infracciones, según su intensidad, ha de corresponder el de las sanciones, según su gravedad*. Un sistema penal que sancionase lo más

grave con la misma pena que lo menos grave y a ese resultado tiende el entendimiento primitivo de la prevención a que se acaba de hacer referencia, produciría efectos criminógenos.”

Frente a la tendencia a adoptar una intervención penal máxima, se propugnaba entonces atenerse al principio de intervención mínima, esto es, a mantenerse en el espacio propugnado desde el Derecho Penal liberal.

Esa apelación al liberalismo, que entonces fue pacíficamente aceptada, podrá resultar hoy sorprendente a quienes han olvidado que los derechos constitucionales liberales pertenecen a la esencia misma del proceso democrático o, dicho de otro modo, que más allá de ellos (que constituyen el núcleo de lo que llamamos Estado de Derecho) no hay ninguna democracia posible: como ha razonado Habermas hasta la saciedad, democracia y Estado de Derecho se autoimplican, de modo que no puede hablarse de la una sin el otro; y cuando, por el recurso irracional a la pena se menoscaban las exigencias del Estado de Derecho se está menoscabando, a la vez, el sistema democrático y optando por un Estado autoritario.

Pero, quisiera ir aun más allá: con el máximo respeto hacia las víctimas de cualquier delito, y especialmente a las de los delitos más graves, ha de dejarse siempre muy claro que el fin de la pena no es curar las heridas que el delito produjo. La sociedad debe intentar curarlas, hasta donde sea posible, por los medios adecuados; es decir, por aquellos que puedan disminuir el daño sufrido y el dolor que le es inherente; pero la pena ha de limitarse a tutelar el ordenamiento jurídico, y sólo se justifica en la medida en que es útil para proporcionar esa tutela. Por eso si el Estado al configurar la pena procediera según los impulsos que nacen de las víctimas y de su entorno social, acabaría convirtiéndose no en el Estado de la justicia sino en el de la venganza; esto es, en el Estado totalitario que propugnara Carl Schmitt.

2. ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 2008 Y POLÍTICA CRIMINAL

Como ya anticipa la rúbrica, no trataré de analizar con detalle el Anteproyecto; sino que sólo pretendo destacar algunos aspectos que, a mi juicio, ponen de manifiesto la línea político-criminal elegida. Mi rechazo de esa línea no implica la afirmación de que todos y cada uno de los preceptos del Anteproyecto sean censurables, por más que a simple vista pudieran ponerse objeciones a casi todos ellos.

A) LA LIBERTAD VIGILADA

En el número sexto del Anteproyecto se dispone que el apartado quinto del artículo cuarenta del Código Penal queda redactado como sigue: “la pena de libertad vigilada tendrá una duración de uno a veinte años”. Y en el número octavo se añade al código un artículo 49bis que regula dicha pena en los siguientes términos:

- “1. La pena de libertad vigilada tendrá siempre carácter de pena accesoria. Esta pena consistirá en el sometimiento del condenado a control judicial durante el tiempo que se señale en la sentencia a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las obligaciones señaladas en el apartado siguiente, que el juez de vigilancia determinará en la fase de ejecución. El cómputo de esta pena comenzará a partir del cumplimiento de la pena privativa de libertad.
2. La pena de libertad vigilada llevará consigo todas o algunas de las siguientes obligaciones:
 - a) la de estar siempre localizable
 - b) la presentación periódica en el lugar que se establezca
 - c) la de comunicar inmediatamente cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo.
 - d) la prohibición de ausentarse sin autorización del juez o tribunal del lugar donde resida
 - e) la de no aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal
 - f) la de no comunicarse con las personas previstas en la letra anterior
 - g) la de no acudir a determinados lugares o establecimientos
 - h) la de no residir en determinados lugares
 - i) la de no desempeñar determinadas actividades que pueda aprovechar para cometer hechos punibles de similar naturaleza

j) la de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares.

k) La de seguir tratamiento médico externo.

3. Para garantizar el cumplimiento efectivo de esta pena, el Juez o Tribunal podrá acordar la utilización de medios electrónicos que permitan localización y seguimiento permanente del reo.

4. Durante la fase de ejecución el Juez de Vigilancia, oído el Ministerio Fiscal, concretará las obligaciones del condenado, pudiendo modificarlas en lo sucesivo conforme a la evolución del reo, y controlará su cumplimiento, requiriendo periódicamente los informes que considere necesarios a las administraciones públicas correspondientes. Las demás circunstancias de ejecución de esta pena se establecerán reglamentariamente.

5. El Juez de Vigilancia Penitenciaria, oídos el Ministerio Fiscal y el interesado, podrá en cualquier momento reducir la duración de la libertad vigilada o dejarla sin efecto siempre que en vista del pronóstico positivo de reinserción se considere necesaria la continuidad de las obligaciones impuestas.

6. En caso de incumplimiento de una o varias obligaciones el Juez de Vigilancia Penitenciaria, a vista de las circunstancias concurrentes y oído el Ministerio Fiscal, podrá modificar las obligaciones, o bien deducir testimonio para proceder de conformidad con lo establecido en el artículo 468."

Por otra parte, el número decimotercero del proyecto añade al código un artículo 57bis a tenor del cual la pena de libertad vigilada podrá imponerse cuando el autor haya sido condenado por uno o más delitos contra la libertad o indemnidad sexuales o por delitos de terrorismo.

Estamos ante unos preceptos que multiplican las posibilidades de control sobre el reo que se hallaban establecidas en los artículos 48 y 57 del Código Penal; y que las multiplican de una manera, cuando menos desproporcionada en su duración y caótica en su formulación.

Se trata de una pena caótica en tanto en cuanto empezamos por no saber siquiera, más allá de la denominación legal, si es una pena o una medida de seguridad, pues tanto su duración como su misma efectividad dependen de la presencia o ausencia de un *pronóstico positivo de reinserción*; es decir, del futuro como la medida y no del pasado como la pena. El legislador podría y debería haber discrimina-

do cuáles de las obligaciones que constituyen el contenido de la libertad vigilada son penas accesorias, que habrán de tener sus propias vías de extinción, o son medidas de seguridad, que habrán de depender, en efecto, del pronóstico; teniendo, además, muy en cuenta, que esa dependencia del pronóstico, es decir, de un conocimiento de los que, Wittgenstein denominaba "imponderables", cuya falta de seguridad coloca al condenado (y también al Juez) en una situación inaceptable. Se rompe, así, a la vez, con el sistema básicamente vicarial adoptado por el Código y con las reglas de proporcionalidad (básicamente el art. 6.2) con las que éste pretendía sujetar la medida de seguridad al Estado de Derecho, actuando con la "falta de claridad" con que, en nuestro tiempo, se intentan encubrir los abusos.

Por otro lado, no todas las medidas previstas son adecuadas para los delitos en los que es posible imponerlas: hubiera sido exigible al legislador que, en lugar de establecer esa suerte de noche donde todos los gatos son pardos, en la que a cualquier delito puede corresponder cualquier reacción penal, hubiese tratado de ser más específico.

Finalmente, cabe decir que la duración de las medidas pasa a ser muy superior a las que ya preveía el artículo 48 del Código Penal. ¿Para qué era necesario ese espectacular incremento? En mi opinión, por algunas razones que no me parecen aceptables, a saber: en primer lugar, para tratar de presentar la supuesta pena como un remedio efectivo frente a la delincuencia que intenta combatir; y, en segundo lugar para crear un *estigma* sobre ciertas figuras de delincentes.

Pues, pese a su contundencia, no va a ser eficaz, o va a serlo en mucha menor medida de la esperada sencillamente porque la delincuencia sexual no se puede erradicar: nadie lo ha conseguido nunca; y para reducirla, el incremento de las penas no es la única ni la mejor opción; y no va a ser eficaz porque no vamos a ser capaces, o por lo menos es muy dudoso que vayamos a serlo, de establecer un sistema de vigilancia efectivo que no tenemos ni siquiera en materia de control de la conde-

na condicional. Establecer un sistema efectivo requiere unos medios y un tiempo de los que, hoy por hoy, no se dispone y un esfuerzo que no se va a poder llevar a cabo. No estamos, pues, ante una solución sino ante un desafortunado brindis al sol.

B) LA PUNICIÓN COMO ESTIGMA: DELINCUENCIA SEXUAL Y TERRORISMO

No voy a hacer una crítica completa de la configuración penológica que resultaría, en el ámbito de estos delitos, si el Anteproyecto llegase a convertirse en ley. Me limitaré, por obvias razones de tiempo y espacio, a subrayar dos aspectos que, en mi opinión, pueden servir de botón de muestra de lo que, en su conjunto, puede llegar a significar el Anteproyecto.

Por lo que a la *delincuencia sexual* respecta quiero destacar el castigo que se propone para los llamados pedófilos. El número vigésimo noveno del Anteproyecto modifica el número primero del artículo 183 del Código Penal castigando a los que realizaren actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años con la pena de prisión de 3 a 6 años. Me detendré en ese tipo básico, que procede comparar con las penas previstas para el abuso sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis interviniendo engaño, castigado con la pena de prisión de 1 a 2 años o multa de 12 a 24 meses (art. 182.1); o con la pena de prisión de 1 a 5 años prevista en el modificado artículo 178 para el que atentare contra la libertad sexual de otra persona con violencia o intimidación. No es necesario un gran esfuerzo de raciocinio para concluir que la pena señalada al tipo básico de pedofilia, tan superior a las otras con las que se ha comparado, carece de toda justificación racional y obedece sólo al impacto de un caso concreto, en el que lo que está en juego no es el tipo básico sino la muerte ulterior de una niña, que ha podido producirse por la no ejecución temporánea de las penas impuestas por otros delitos a su agrasor.

¿Qué tiene que ver ese hecho con la desmesurada elevación de la pena en los casos comu-

nes de pedofilia? ¿Acaso no sabemos de sobra, siquiera sea por las informaciones que nos llegan de otros países, cuál es el tipo más corriente de pedófilo? ¿Presenta quizás ese tipo usual algunos rasgos especialmente relevantes que hagan de él un homicida en potencia? ¿O más que valorar la gravedad del acto y la concreta personalidad del autor se trata de proyectar un estigma sobre toda una clase de individuos contra los que se hace recaer una reprobación social específica, una especie de odio personal, que nada tiene que ver con la justicia?

En ese sentido, poco cabe añadir respecto a la *delincuencia terrorista*, máxime tras lo decidido en el llamado “caso Parot”, en el que, con escasísimas protestas, el Tribunal Supremo ha sentado una doctrina generalmente aplicable, en virtud de la cual ya es posible, en ciertos casos, aplicar retroactivamente la ley penal en perjuicio del reo: que eso signifique una profunda quiebra del Estado de Derecho importa, al parecer, bastante poco a nuestra sociedad y a sus dirigentes; con lo que cabe decir que, en la confrontación, de la que tanto se habla, entre terroristas y demócratas, los terroristas van ganando la partida, pues sus adversarios son, cada vez, menos demócratas. Pero, volviendo al Anteproyecto, quisiera referirme especialmente a la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo y de las penas correspondientes que establecen los modificados artículos 131.4 y 133.2 “si éstos hubieran causado la muerte de una persona, lesiones de las previstas en el artículo 149, o bien cuando hubieren consistido en el secuestro de una persona”.

Hay una especie de descrédito de la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad criminal que, en mi opinión, obedece a impulsos, sentimientos y creencias metajurídicos difíciles de defender en Derecho. Pues, innecesario es decirlo, el juicio jurídico no es, ni puede ser, el juicio de Dios. La pena sólo puede justificarse por su necesidad; y esa necesidad se debilita, incluso hasta desaparecer, con el paso del tiempo. Los mismos hechos cobran significados distintos, las pruebas son menos fuertes y, sobre todo, después de muchos años, ni las personas ni sus circunstancias

son las mismas. La imprescriptibilidad significa hacer caso omiso de todo eso, sustentar una concepción del hombre y del mundo petrificada en el momento de los hechos que se declaran imprescriptibles: y, ni que decir tiene que, si es que eso puede hacerse desde una perspectiva democrática (esto es, desde una perspectiva incompatible con la idea de la pena como venganza), habrá de hacerse con sumo cuidado y, desde luego, sólo cuando responda a una necesidad palmaria.

No parece que ese sea el caso de los delitos de terrorismo, máxime cuando, al hallarse establecida la imprescriptibilidad meramente por la ley interna, es obvio que en cualquier momento puede sustituirse por una ley más favorable que, al serlo, tendría eficacia hacia atrás. Pues, con independencia de que se defienda la naturaleza sustantiva o procesal o mixta de la prescripción, la Constitución Española de 1978, en su artículo 9.3, al prohibir la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, parece imponer claramente (en relación con lo dispuesto en el artículo 15 del Pacto de Nueva York) la retroactividad de las favorables, con independencia de su naturaleza. A lo que cabe añadir que, desde la perspectiva de la imprescriptibilidad, no se entiende bien que junto a la muerte o las lesiones graves de una persona aparezca, también, el secuestro. ¿Acaso se trata de enviar a los posibles secuestradores el mensaje de que, hagan lo que hagan, esto es, pongan o no en libertad al secuestrado o secuestrados, su pena no prescribirá? No creo que ese sea un mensaje acertado.

Aquí también, como en el caso de la delincuencia sexual a la que se acaba de hacer referencia, parece que se trata, ante todo, de estigmatizar, de identificar enemigos y crear para ellos un derecho penal “especial”: algo así como lo que se ha llamado en la dogmática un “derecho penal del enemigo” que acaba prescindiendo, frente a quien resulta calificado de tal, de toda clase de garantías. Pues no se crea que la estigmatización agota sus efectos en el ámbito del derecho penal material; sino que, sin derogarlas, destruye las garantías procesa-

les básicas del Estado de Derecho. En efecto, tratándose de un presunto enemigo ¿cuántos jueces se atreven a ponerlo en libertad o a absolverlo si no consigue destruir los indicios más o menos fuertes que han llevado a acusarle? Desde luego, no todos; y, así, se produce una inversión, más o menos generalizada, de la carga de la prueba que amenaza con acabar con la garantía básica del proceso penal que es la presunción de inocencia.

C) PRESCRIPCIÓN Y NON BIS IN IDEM

Las consideraciones que acaban de efectuarse sobre la prescripción obligan a examinar la modificación del artículo 132.2 que se lleva a cabo en el Anteproyecto, relativa a la interrupción de la misma.

Dice al respecto la Exposición de Motivos:

“En el ámbito de la prescripción del delito, la disparidad de los criterios adoptados por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en recientes pronunciamientos ha revelado la necesidad de introducir una reforma en el Código Penal con el objetivo de aumentar la seguridad jurídica. Para llevar a cabo esta tarea, se ha prestado especial atención a la necesidad de precisar el momento de inicio de la interrupción de la prescripción, estableciéndose que la prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra persona determinada que aparezca indiciariamente como penalmente responsable. Para entender que ello ocurre se requiere actuación material sustancial del Juez instructor o que ordene a la Policía judicial la práctica de diligencias orientadas a la detención de aquella.

Se considera necesario abordar el problema de los efectos que para la interrupción de la prescripción puede tener la presentación de denuncias o querellas y para ello se opta por dar efecto suspensivo a dicha presentación siempre que sea ante un órgano judicial y contra una persona determinada. Si el órgano judicial no la admite a trámite continúa el cómputo de prescripción desde la fecha de presentación.”

Ante esa declaración, sorprende, ante todo, que aparezca como justificación de la reforma la disparidad de criterios entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. ¿Acaso ignoraba quien redactó el Anteproyecto que tenemos una Constitución, la de 1978, según la cual la última palabra en materia de derechos fundamentales corresponde al Tribunal

Constitucional, cuyas decisiones obligan a todos, Gobierno, Parlamento y Tribunal Supremo? ¿O tal vez, lo que desconocía es que sólo el Tribunal Constitucional puede, en última instancia, decidir cuándo está en juego un derecho fundamental y cuándo no, sin que ni el Tribunal Supremo ni nadie pueda discutirle esa decisión, pues hacerlo sería tanto como situarse por encima de él justo en aquella materia en la que con mayor profundidad la Constitución Española le atribuye su defensa *erga omnes*?

Pero, más aún que ese revelador *lapsus* en la Exposición de Motivos sorprende la regulación que se da al artículo 132.2. Veámosla:

“La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra persona determinada que aparezca indiciariamente como penalmente responsable, comenzando a correr de nuevo el tiempo de prescripción desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena. El procedimiento se entenderá dirigido contra la persona referida en el momento en que se produzca actuación material sustancial del Juez Instructor o cuando éste ordene a la Policía judicial la práctica de diligencias orientadas a su detención.

La presentación de denuncia o querrela ante un órgano judicial y contra una persona determinada, suspenderá el cómputo de prescripción, continuando el mismo desde el día de la presentación una vez que el órgano judicial correspondiente no la admitiese a trámite.”

El tema debatido en torno a la interrupción de la prescripción, versaba, precisamente, sobre si la denuncia o querrela podrían interrumpirla; y el Tribunal Constitucional había decidido que no. El Anteproyecto parece atenerse a esa decisión en el primer párrafo del apartado 2 del art. 132; pero, en el segundo, dispone que la presentación de denuncia o querrela suspenderá el cómputo de la prescripción que sólo continúa cuando el juez no las admite a trámite.

Así pues, la situación resultante es la siguiente: si se presenta una denuncia o una querrela, la prescripción no se interrumpe; pero se suspende indefinidamente el cómputo del plazo de modo que, si el juez admite la denuncia o la querrela 10 años, después el delito no ha prescrito todavía por más, que los plazos

señalados en el Código se hayan verbigracia duplicado. De modo que el segundo párrafo niega abiertamente el primero y establece un sistema en el que los derechos del presunto reo pueden quedar a merced de sus acusadores y, lo que es tanto o más grave, en el que la negligencia de los órganos estatales encargados de la persecución de los delitos perjudica, no a la acción penal con la que se trata de perseguirlos, sino a los derechos del imputado. Lo verdaderamente tranquilizador es que eso se hace, como dice la Exposición de Motivos que se acaba de transcribir, “con el objetivo de aumentar la seguridad jurídica” ¡Es verdaderamente admirable que el prelegislador conciba la seguridad jurídica, no como seguridad de los derechos individuales, sino como aseguramiento del ejercicio de la acción penal! Cosa que, por otra parte no es ninguna novedad en nuestro ordenamiento, pues así se entendía ya en una Instrucción de la Fiscalía General del Estado.

Ni que decir tiene que la regulación propuesta es, no sólo inaceptable, sino inconstitucional por los cuatro costados.

No entraré a analizar el dislate (punitivo, pero también económico) que supone fijar, de modo generalizado, en 10 años el plazo de prescripción en los delitos contra la Hacienda Pública contemplados en los artículos 305 a 309 del Código en lugar de limitar ese plazo extraordinario —o cualquier otra configuración adecuada— a los casos en que, por motivo exclusivamente técnicos —y no de negligencia o astucia— el plazo normal imposibilite la persecución de los delitos; sino que me limitaré a esbozar un último apunte para tratar de perfilar hasta qué punto podrían quedar vulnerados los derechos constitucionales del acusado si el flamante Anteproyecto se convirtiese en ley. El añadido 385bis dispone que los que se agruparen de forma transitoria con el objeto de cometer delitos serán castigados con prisión de 1 a 3 años; pena que se impondrá en su mitad superior si los delitos fueran contra la vida, o la integridad de las personas, la libertad, la libertad o indemnidad sexual, el patrimonio o la Hacienda Pública y la Seguridad Social.

Ulteriormente, añade el precepto que las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos efectivamente cometidos.

Nótese, en primer término, que lo que se castiga no es una asociación ilícita sino una agrupación temporal para cometer delitos concretos; y adviértase, inmediatamente después, que en cuanto a los delitos de que se trata, la vieja asociación transitoria para cometer el delito de robo se ha convertido ahora en una ceremonia de la confusión en la que reciben un trato igual bienes jurídicos de muy diversa índole: si a ello se añade la proliferación de preceptos semejantes desparramados a lo largo del articulado del Anteproyecto, se convenirá conmigo en que eso no es hacer un nuevo Código, sino convertir el existente en un puro galimatías.

Pero, por encima de esas consideraciones, quisiera destacar que no en todo caso resulta permitido por el principio de proporcionalidad penar de ese modo la participación de varias personas en delitos concretos. Pues, si tales delitos no llegan a cometerse, estaríamos ante un acto preparatorio que, en general, sólo debería ser punible en los términos del art. 17 del Código Penal; y, si efectivamente se cometen, resulta inconstitucional y contrario al principio *non bis in idem* penar acumulativamente la preparación y la ejecución del delito, pues la segunda contiene inexorablemente la primera. ¡No parece sino que el precepto se ha introducido para que no quede ningún principio sin vulnerar!

3. CONCLUSIONES

Tras el 11-S y el 11-M, la libertad no está de moda, hasta el punto de que algún autor ha hablado de “la libertad olvidada” y ha señalado el terrorismo internacional como un desafío para los principios jurídicos de la vieja Europa. Incluso en España, donde nació la palabra *liberal* por oposición a *servil*, es decir, con un significado ligado indisolublemente a la defen-

sa de las que John Rawls ha llamado libertades básicas, se enarbola la bandera de Cádiz por un supuesto liberalismo económico, que no es una doctrina de la libertad sino que se ofrece sólo como un discutible camino para conseguir el bienestar material.

Bienestar material y seguridad material aparecen hoy en primer plano, acompañados de la animadversión a todo lo que los ponga en peligro, es decir, acompañados de un miedo a cualquier clase de riesgo; y la libertad, desde luego, comporta riesgos indudables.

Por ese camino se deslizan con facilidad políticos de todo signo, que no ven más allá de lo inmediato; y por ese camino se va construyendo un Derecho Penal que no se ajusta en absoluto a los ideales de la Ilustración ni a las exigencias de la democracia. El triunfo de ese Derecho Penal propio de un Estado Autoritario parece difícilmente evitable; pero no lo es. Y no lo es porque en su falsa promesa —implícita o explícita— de acabar con la delincuencia lleva escrito su fracaso, pues olvida que, como señalara Durkheim, la delincuencia es un fenómeno *normal*; esto es, un mal que dentro de ciertos límites hay que soportar a cambio de las innumerables ventajas, que comporta una sociedad libre; y que, cuando desciende por debajo de ciertos niveles, indica la existencia de un trastorno social muy grave, mucho más grave que la delincuencia misma (v.gr., la guerra o el Estado totalitario). De modo que cada paso dado en el sentido de incrementar irracionalmente las penas es un paso en falso, un paso inútil y antidemocrático.

Según cuenta Neumann, el 6 de enero de 1941, es decir, en circunstancias tan dramáticas o más que las presentes, el presidente Franklin D. Roosevelt proclamó las cuatro libertades: libertad de palabra, libertad de religión, libertad frente a la necesidad y *libertad frente al miedo*.

Por eso, cuanto más parecen adueñarse de la situación la desesperanza y el *miedo a la libertad*, más necesario resulta esgrimir *la libertad frente al miedo*, el aspecto *positivo* de la libertad, que tanto subrayara E. Fromm; ese

aspecto positivo que nos dice que no somos seres impotentes en manos de un destino inexorable, sino que podemos y debemos cambiar y mejorar el mundo en que vivimos. Las últimas

elecciones norteamericanas demuestran que los pueblos son capaces de asumir, e incluso de asumir con entusiasmo, ese discurso. A él debe Occidente su grandeza, y a él ha de volver,

si es que es capaz de retenerla. De modo que parece que la política criminal de este país debiera dar un giro de ciento ochenta grados.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

- ALBRECHT, P.-A.: *The Forgotten Freedom*, BWV, Berlín, 2003.
DURKHEIM, E.: *Las reglas del método sociológico*, Ed. Dédalo, Buenos Aires, 1964.
FAYE, J. P.: *Los lenguajes totalitarios*, Taurus, Madrid, 1977.
FROMM, E.: *El miedo a la libertad*, Paidós, Buenos Aires, 1959.
HABERMAS, J.: *Die Einbeziehung des Anderen*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1997.
NEUMANN, F.: *El Estado Democrático y el Estado Autoritario*, Paidós, Buenos Aires, 1968.
RAWLS, J.: *El liberalismo político*, Grijalbo Mondadori, Barcelona, 1996.
VIVES ANTÓN, T.S.: *Métodos de determinación de la peligrosidad*, en *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

Fecha de recepción de originales: 28 de noviembre de 2008

Fecha de aceptación de originales: 1 de diciembre de 2008

EXAMEN ESPECÍFICO DE LA REFORMA DE LOS DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL

Elena M.^a Górriz Royo

Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Valencia

Sumario: 1. Valoración de los posibles fundamentos político-criminales de la reforma. 2. Análisis de las concretas modificaciones propuestas. 3. Conclusiones. Nota bibliográfica

1. VALORACIÓN DE LOS POSIBLES FUNDAMENTOS POLÍTICO-CRIMINALES DE LA REFORMA

Con la aprobación, el pasado 14 de noviembre de 2008, de un nuevo *Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* se incorpora una importante propuesta de modificación de los *delitos sobre la Ordenación del Territorio* (art. 319 y 320 CP) que se inscribe, en gran medida, en la clase de legislación “a golpe de escándalo” en la que parece basarse el resto de la reforma penal allí propuesta.

Así en la *Exposición de Motivos* del citado Anteproyecto se justifican las modificaciones que allí se proponen, presentándolas como unas meras “mejoras técnicas” y consistiendo, resumidamente, en que “se amplían las obras ilegales o clandestinas que pueden ser objeto de delito a las de urbanización, construcción o edificación, ya que las obras de urbanización pueden tener un mayor impacto sobre el territorio que las de construcción o edificación, las que además suelen preceder. Asimismo, se incluye en el tipo de prevaricación especial la ocultación de actos ilícitos observados por la inspección, y se agravan las penas en correspondencia con la gravedad de este tipo de conductas.”

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación “La libertad como proyecto de convivencia: fundamentación y crisis” del Ministerio de Educación y Ciencia (Nº ref. SEJ 2005-0380).

Como se observa, de la mera dicción de este párrafo puede extraerse que los fundamentos que subyacen a esta reforma, serían básicamente dos: de un lado, *agravar la responsabilidad penal derivada de los delitos sobre la Ordenación del territorio* —aumentando la gravedad de las penas en ellos previstas—; de otro, *adelantar la intervención penal en esta materia* al incluir en los tipos penales propuestos, conductas que en la actualidad quedan fuera del ámbito de aplicación de los arts. 319 y 320 CP.

Lo cierto es que estas concretas iniciativas de modificación previstas respecto a los delitos sobre la Ordenación del Territorio son, en su mayoría, tributarias de otros trabajos de reforma precedentes y, en líneas generales, presentan escasas novedades con respecto a los mismos (véase *Proyecto de Código penal publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 15 de enero de 2007*, asimismo basado en el *Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modificaba la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre del Código penal*, aprobado por el Consejo de Ministros de 15 de diciembre de 2006). Podría incluso afirmarse que no son más que propuestas de modificación de poco calado. Pero suficientes para lograr transmitir mediante ellas, a la ciudadanía, la sensación de preocupación por parte de las instituciones públicas, para atajar una problemática verdaderamente acuciante en los últimos tiempos y que ha causado alarma social en nuestro país debido a los múltiples escándalos urbanísticos que se han destapado con amplia difusión mediática. Es decir, *los cambios propuestos en la legislación penal relativa a la ordenación del territorio son suficientes para desplegar la eficacia meramente simbólica que parece caracterizar este nuevo paquete de reformas penales*.

Como acabo de indicar, la situación de corrupción y desorden urbanístico en nuestro país es preocupante y, muy probablemente, requerirá una mayor atención desde instancias jurídicas en los años venideros. En efecto, la problemática urbanística heredada de los años precedentes, exige una *respuesta eficaz* por parte de los poderes públicos. Ahora bien, habría que cuestionar, primeramente, si dicha res-

puesta puede y debe proceder principalmente del Derecho penal o ha de realizarse desde instancias previas que aborden la complejidad de todos sus aspectos, sin recurrir al instrumento más grave del que dispone el Estado para limitar los derechos de los ciudadanos.

Conviene justificar estas objeciones en un *breve análisis de la corta historia de la aplicación de estos delitos en nuestro país* hasta la actualidad. En efecto, como es sabido, el Código penal de 1995 realizó una arriesgada apuesta introduciendo “ex novo” los delitos sobre la Ordenación del Territorio por primera vez en un texto penal de nuestro país. Bien es cierto que existían ya, en la experiencia comparada, delitos en materia de urbanismo, y su introducción venía siendo demandada por la doctrina penal, desde las propuestas de reforma penal articuladas en los años 80 en nuestro país (*Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980 y Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983*). Sin embargo, los delitos sobre la Ordenación del Territorio finalmente introducidos en el Código penal de 1995 no tuvieron un parangón exacto con los delitos previstos en esta materia, en los países de nuestro entorno jurídico.

De manera que el reto afrontado al introducir esta delincuencia en el Código penal de 1995 fue doble: de un lado porque hubo que justificar la novedad de prever estos delitos en el contexto de los delitos contra intereses medioambientales (Título XVI) ampliando así notablemente la tutela penal ofrecida a bienes jurídicos de corte colectivo como es el “medio ambiente”; de otro, porque no existía una experiencia ni precedentes en la aplicación de delitos similares en otros ordenamientos penales, más proclives a incluirlos en la legislación administrativa (concretamente en *leyes especiales* sobre urbanismo como sucede en Italia o Francia) o a castigar específicos atentados contra el territorio, sólo si asimismo suponen concretas ofensas al medio ambiente (caso del *StGB* alemán).

La novedad que la inclusión de estos delitos comportó en el doble sentido expuesto, suscitó que incluso antes de la aprobación del Código penal de 1995 fuese criticada, porque,

evidentemente, suponía una ampliación de la intervención penal a ámbitos que hasta entonces sólo eran propios del Derecho administrativo concretamente, urbanístico.

Frente a las críticas de vulneración del *principio de "ultima ratio" del Derecho penal* por la inclusión de estos delitos, el legislador ofreció una explicación, en principio, convincente al manifestar con sinceridad su propósito de afrontar, con la introducción de los mismos, "...la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia, pero eliminando, a la vez figuras delictivas que han perdido su razón de ser. En el primer sentido, merece destacarse la introducción de los delitos contra el orden socioeconómico o la nueva regulación de los delitos relativos a la ordenación del territorio..." (Punto segundo de la Exposición de Motivos del Código penal de 1995).

Puede decirse que, en efecto, la previsión que el legislador penal de 1995 realizó para dotar a la sociedad de modernos instrumentos penales con los que combatir una clase de delincuencia como es la urbanística, en aquel momento incipiente, dio sus frutos a la vista de los numerosos casos de corrupción y abusos urbanísticos que salieron a la luz a finales de los noventa y principios de este siglo, como muestran los estudios criminológicos realizados hasta tiempos recientes, en relación —entre otros lugares— con la Costa del Sol, con el litoral levantino, etc..

Como sucediera con respecto a otros delitos de "nuevo cuño" como el llamado "delito ecológico", en principio la jurisprudencia de nuestro país se mostró reacia a la aplicación de los artículos 319 y 320 CP. No puede, sin embargo, obviarse que tras plantearse y discutir en sede jurisdiccional las múltiples dificultades interpretativas que han suscitado la mayoría de los términos y remisiones normativas sobre los que se configuran los delitos allí previstos (v.gr. el carácter común o especial de estos delitos en atención al sujeto activo, la delimitación de las remisiones "no autorizado"/"no autorizable", etc...), en la actualidad éstos vienen delimi-

tándose, ante nuestros tribunales, de forma más homogénea y sobre parámetros más estables, todo lo cual permite apreciar una mayor seguridad jurídica en su aplicación.

Como consecuencia de este breve repaso, puede extraerse que, frente a las críticas a estos delitos en el sentido de que constituían el paradigma del llamado fenómeno de "expansión del Derecho penal" o de ser exponente del llamado "Derecho penal simbólico", pudo oponerse la realidad criminológica de aquel momento que, como sabemos, se caracterizaba por la proliferación de multitud de infracciones urbanísticas durante la llamada "época prodigiosa del urbanismo" en nuestro país, es decir, desde mediados de los noventa hasta, aproximadamente, el año 2006. La persecución de las infracciones urbanísticas, generalizadas en aquella época, se acometió —y se sigue haciendo— en sede jurisdiccional cada vez con mayor intensidad, a medida que se consolida un entendimiento estable de estos delitos ante nuestros tribunales.

Así las cosas, en contraste con este panorama de años anteriores, han de tenerse en cuenta *algunos datos* que caracterizan el *nuevo escenario de la realidad sociológica de nuestro país vinculada al urbanismo*: en primer término, la llamada "época dorada" del urbanismo español ha tocado a su fin, lastrada, como es bien sabido, por la explosión de la denominada "burbuja urbanística" que ha contribuido, entre otros factores, a configurar el contexto de crisis económica en el que estamos instalados. En consecuencia con lo anterior, en segundo lugar, la demanda de viviendas —nuevas y de segunda mano— ha disminuido estrepitosamente hasta el punto de que las mayores dificultades del amplio sector de la población de nuestro país afectado por la actual crisis económica, están vinculadas, directa o indirectamente, a la imposibilidad para afrontar las hipotecas generadas en aquella época de "esplendor" urbanístico.

Por otra parte, en el ámbito legislativo ha de destacarse la entrada en vigor de recientes leyes dictadas en materia urbanística, particularmente, la *Ley estatal 8/2007, de 28 de mayo*,

de Suelo (BOE del 29 de mayo). A diferencia de leyes anteriores, en ésta *sí se asume la tutela de los aspectos medioambientales implicados en la ordenación del territorio*. Incluso se ha podido constatar que estamos ante una ley que fomenta la intervención pública sobre la propiedad del suelo y, por ende, la acción urbanística dirigida desde la Administración, dejando en un segundo plano las facultades del propietario, para dotar de mayor protagonismo a derechos constitucionales como el derecho a una vivienda digna y a la protección del medio ambiente. Con respecto a las *situaciones del suelo*, dicha ley introduce como importante novedad, la distinción entre dos situaciones básicas: el *suelo urbano y el suelo rural* (art. 12.1), atribuyendo a éste último en su totalidad, *valor ecológico o ambiental* (art. 13). Como última novedad importante, interesa señalar que frente a lo previsto por la *Ley 6/1998 sobre Régimen del Suelo y Valoraciones de 1998* (art. 10) donde la regla general era otorgar la consideración de suelo urbanizable a todo aquel que no tuviera condición de urbano o no urbanizable, la *Ley 8/2007* adopta una nueva orientación en tanto establece que *será considerado suelo rural todo aquél que no reciba la consideración de urbanizable* (art. 12.2 b) *in fine*.

Estas modificaciones en el ámbito administrativo permiten advertir un cambio en la orientación de los instrumentos estatales que regulan los usos y la ordenación del territorio, alzaprímado ahora los intereses ambientales y de desarrollo urbano sostenible en lugar del interés en un mayor desarrollo del sector inmobiliario. Es de esperar que las respectivas legislaciones autonómicas vayan progresivamente acompañándose a esta nueva orientación de la legislación del suelo estatal. Por todo lo cual puede afirmarse que en el ámbito administrativo se están articulando y poniendo en marcha nuevos instrumentos de defensa y tutela de la ordenación del territorio, aunque aún sea demasiado pronto para constatar su eficacia.

Si admitimos que, a grandes rasgos, estos factores condicionan la actual situación del mercado inmobiliario y del urbanismo en nuestro país, conviene dejar apuntadas algu-

nas cuestiones que al menos, de cara a la introducción de una reforma penal en esta materia, habría que plantearse: ¿es razonable deducir, de todo ello, un previsible aumento del número de viviendas en el mercado inmobiliario a corto y largo plazo? Y en consecuencia ¿la comisión generalizada de ilícitos urbanísticos va a seguir produciéndose, en el corto y largo plazo, en el sector de la construcción sumido, en la actualidad, en una profunda crisis?

A colación de estas cuestiones y, por obvio que parezca, interesa ahora destacar un postulado que informa el Derecho penal y no es otro que la *prohibición de irretroactividad de las normas penales no favorables*. Teniendo en cuenta que esta exigencia derivada del *principio de legalidad* (art. 9.2 y 25.2 CE), impone la no aplicación de las leyes penales desfavorables o restrictivas para los derechos del reo, a los hechos que éste haya cometido con anterioridad a la entrada en vigor de las mismas; y, considerando que una de las modificaciones en materia de delitos sobre la Ordenación del Territorio consiste, precisamente, en el aumento de las penas privativas de libertad, parece claro que esta propuesta contiene una *legislación penal posterior más gravosa*. Y por ende, sólo se podrá aplicar a los ilícitos urbanísticos cometidos a partir del momento en que, en su caso, entre en vigor el Anteproyecto que ahora comentamos. Por consiguiente, salvo en el improbable caso de que la reforma de los arts. 319 y 320 CP favoreciera en algo al reo, ésta ya no podría aplicarse a los supuestos de “escándalos urbanísticos” que parecen haber motivado la nueva propuesta de modificación de la legislación penal en materia de protección de la Ordenación del Territorio.

A ello hay, por último, que añadir que, si admitimos como probable que la situación de crisis por la que atraviesa el urbanismo y el mercado inmobiliario en nuestro país no permite albergar un pronóstico de incremento de las infracciones urbanísticas —por razones obvias—, de ello se seguiría que una de las posibles motivaciones para la justificación de esta reforma en materia de urbanismo —la

mayor *eficacia* en la persecución de estos ilícitos— quedaría en entredicho.

Sentada esta valoración general de la fundamentación político-criminal sobre la que pueda basarse la propuesta de reforma del Código penal en materia de delitos sobre la Ordenación del Territorio, procede analizar, a continuación, las principales modificaciones contempladas en el texto del citado Anteproyecto.

2. ANÁLISIS DE LAS CONCRETAS MODIFICACIONES PROPUESTAS

Como se ha comentado al analizar la justificación dada en la Exposición de Motivos, a las reformas que en el *Anteproyecto de Código Penal de 2008* se proponen al Capítulo I del Título XVI del actual Código penal (arts. 319 y 320 CP), éstas comportan, resumidamente, un *aumento de las penas* previstas para los delitos sobre la ordenación del territorio así como la *introducción de nuevas modalidades de conducta en los delitos de los arts. 319.1 y 2 y 320.1 CP*. A lo anterior habría que añadir —aun cuando no se cita en la Exposición de Motivos—, la *novedosa iniciativa de responsabilizar directamente a las personas jurídicas que cometan alguno de los delitos sobre la Ordenación del Territorio* (art. 319 CP en el apartado 4º propuesto).

Estas reformas se contemplan en los *apartados quincuagésimo segundo, quincuagésimo tercero, quincuagésimo cuarto y quincuagésimo quinto* del Anteproyecto de Ley Orgánica para la modificación del Código penal de 1995 (en adelante, ACP de 2008) que ahora analizamos y a los que se dirigen los siguientes comentarios:

De entrada, destaca que en el ACP de 2008 (*apartado Quincuagésimo segundo*) el legislador haya previsto **modificar la propia rúbrica del Título XVI** para añadir una referencia al *urbanismo* que antes no existía, de modo que pasaría a intitularse: “De los delitos relativos a

la ordenación del territorio y *el urbanismo*, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente” (cursiva añadida).

Asimismo el *apartado Quincuagésimo tercero del ACP de 2008* prevé que la **rúbrica del Capítulo I** de dicho Título XVI pase a denominarse “De los delitos sobre la ordenación del territorio y *el urbanismo*” (cursiva añadida).

Puede pensarse que con la iniciativa de añadir el término “urbanismo” en estas rúbricas el legislador ha tratado de enfatizar la “*ratio legis*” que informa, respectivamente, el Título XVI y, particularmente, el Capítulo I, ahora cualificado por la referencia al “urbanismo”. Si ello es así, probablemente, estemos ante una contradicción con trascendencia, en su caso, en el ámbito teórico e interpretativo. Es decir, si como suele admitirse entre la doctrina penal, las rúbricas de los Títulos y Capítulos del CP permiten extraer la aludida *finalidad objetiva de las normas* que albergan, o incluso referencias a los bienes jurídicos que en ellas se tutelan, no se entiende muy bien la propuesta de introducir la referencia al “urbanismo”. Porque si admitimos que el resto de referencias de la rúbrica del Título XVI (a la ordenación del territorio, al patrimonio histórico y al medio ambiente) aluden al “*nomen iuris*” de los bienes jurídicos respectivamente tutelados en los Capítulos I, II y III del Título XVI y si aceptamos, como la doctrina penal especializada viene entendiendo, que el “urbanismo” no es tanto el bien jurídico tutelado cuanto, por lo general, *el medio de ataque a la correcta Ordenación del territorio* —de ahí las constantes alusiones a los “delitos urbanísticos”— no se entiende por qué haya de hacerse referencia a dicho término en las rúbricas indicadas.

Es decir, desde la perspectiva de la interpretación teleológica —o realizando una interpretación que atiende al fin último objetivamente protegido por las normas del Capítulo I y del Título XVI—, no puede afirmarse que el “urbanismo” constituya, en sí mismo, un bien jurídico penal comparable a la “Ordenación del Territorio”, el “Patrimonio Histórico” y el “Medio ambiente”. Más aun, suele admitirse unánimemente entre la doctrina penal que son

precisamente las técnicas urbanísticas (obras, construcciones, edificaciones, etc.) los medios de agresión a aquellos otros bienes jurídicos.

¿Qué se ha pretendido, por tanto, con la propuesta de introducción de la referencia al “urbanismo” en dichos títulos?

A mi modesto entender, dicha propuesta podría enturbiar el entendimiento doctrinal bastante asentado, por cierto, en la jurisprudencia penal y que además está en consonancia con las últimas reformas en el ámbito administrativo introducidas por la citada Ley del Suelo de 2007, en la que —como se ha indicado— el legislador parece hacer prevalecer la tutela de una ordenación sostenible del territorio por encima de otra clase de intereses urbanísticos e inmobiliarios.

Si bien es cierto que desde un punto de vista muy amplio el macro concepto administrativo de la “Ordenación del Territorio” incluiría —en sentido descendente— al “urbanismo”, no lo es menos que desde el ámbito penal se ha apelado al carácter autónomo de este sector del ordenamiento jurídico para acotar aquél amplio entendimiento de la Ordenación del Territorio y circunscribirlo, a los solos efectos penales, a intereses medioambientales y valores derivados de los suelos y lugares previstos en el art. 319 CP.

De lo anterior se sigue que, en definitiva, la propuesta de introducción del término “urbanismo” en los citados títulos podría responder a una de las siguientes razones: o bien se trata de formalizar el bien jurídico protegido penalmente en los arts. 319 y 320 CP, identificándolo con la mera “legalidad urbanística”; o bien se parte de un entendimiento desenfocado de las relaciones entre los conceptos “Ordenación del Territorio” y “urbanismo” en nuestro ordenamiento jurídico.

Si esto fuera así, la propuesta de introducir la referencia al “urbanismo” en aquellos títulos merece, en mi modesta opinión, ser rechazada porque podría desembocar en un entendimiento de estos delitos como ilícitos puramente formales o, como mínimo, introduciría confusión a la hora de aclarar cuál es el bien

jurídico protegido, fundamentalmente, en los delitos del art. 319 CP; propiciando, probablemente, una discusión estéril en tanto referida a un elemento del delito cuya delimitación, al menos en la doctrina jurisprudencial más reciente, resulta cada vez más pacífica.

Podría, por otro lado, haberse aprovechado esta reforma para proponer alguna modificación que sí viene siendo reivindicada doctrinalmente con relación a los citados títulos y que, en concreto, consiste en aludir, en el Título XVI, a los delitos relativos a “..la protección...” de la Ordenación del territorio, etc. Y en el Capítulo I citado, sustituir la genérica referencia a “sobre” (Delitos *sobre* la Ordenación del Territorio) por “contra”. Ambas iniciativas contribuirían, en efecto, a evidenciar que lo que se tutela es el interés colectivo denominado “Ordenación del Territorio” (vid. en este sentido, por ejemplo, la “Propuesta Alternativa al Tratamiento de la corrupción urbanística y otras conductas delictivas relacionadas”, del *Grupo de Estudios de Política Criminal en abril de 2008*).

En segundo lugar, nos centraremos en las **nuevas modalidades de conducta** que, según los apartados *Quincuagésimo cuarto y Quincuagésimo quinto del Anteproyecto de 2008*, se prevé introducir en el articulado del Código penal. En términos generales, éstas *se refieren respectivamente, tanto a los delitos sobre la ordenación del territorio* (art. 319 CP) *como a las prevaricaciones urbanísticas* (art. 320 CP).

Así con respecto a los **delitos del art. 319 CP** las conductas típicas se ven modificadas, al preverse el castigo de: “...llevar a cabo *obras de urbanización*, construcción o edificación...” (apartados 1º y 2º art. 319 CP, con cursiva añadida).

El efecto de esta propuesta es, en primer término, *ampliar las modalidades de conducta típicas allí contempladas*, pues la acción típica “llevar a cabo” ya no se proyecta sobre “la construcción” y “la edificación”, como ahora se desprende, respectivamente, del apartado 1º y 2º del art. 319 CP; sino que al proponerse introducir la expresión “obras de ...” parece

que ello afecte no sólo a la nueva referencia a la “urbanización”, sino también a la “construcción” y a la “edificación.” Y por ende la acción “llevar a cabo.” recaería, en los delitos del apdo.1º y 2º art. 319 CP, sobre “..las obras de urbanización, construcción o edificación”.

Con todo ello parece que se lograrían dos objetivos: primero *ampliar el ámbito de la tipicidad* a actuaciones previas a la edificación y a la construcción y segundo *igualar la acción típica* de los delitos de los apartados 1º y 2º del art. 319 CP.

La ampliación del ámbito de lo punible que la introducción de nuevas modalidades de conductas en el art. 319 CP produciría, merece, a mi modo de ver, un juicio negativo.

En principio, merced a dicha reforma, con la referencia a “obras de urbanización, construcción o edificación” se abarcaría —como en la propia Exposición de Motivos se declara—, supuestos de obras que, por lo general, suelen preceder a las de “construcción” y “edificación”. Es decir, serían punibles casos de meras “obras” —término más genérico y amplio que los de la construcción y edificación—, y por tanto, supuestos hasta ahora únicamente punibles, en su caso, como tentativa de estos delitos (v. gr. colocación de cimientos o paredes provisionales, delimitación del terreno, colocación de mojones etc.). Es cierto que con la introducción de dicha referencia se favorece una interpretación según la cual tendrían cabida en estos delitos los supuestos de “parcelaciones ilegales”. Esto es, casos graves de ilícitos urbanísticos, en la actualidad sancionados por el Derecho administrativo urbanístico pero que, según los delitos vigentes, quedan fuera del ámbito penal, al producirse, por lo general, en la fase previa, a “llevar a cabo una construcción” o “una edificación.”

Sin embargo, esta referencia a las “obras de...” plantea, asimismo, algunos otros interrogantes. Por una parte, no queda claro si dicha expresión afecta sólo a las “...urbanizaciones” o también a las “construcciones” y “edificaciones”. Por otra, en el caso en que esta última opción interpretativa fuera la adecuada, habría

que admitir el entendimiento de que las actuales “construcciones” y “edificaciones” forman parte del concepto más genérico de “obras de urbanización”. Por último —y en consonancia con esta posible interpretación— resultaría redundante la referencia a “edificación” pues, como viene siendo admitido unánimemente, esta clase de obra puede incluirse en el concepto de “construcción.”

Frente a las dudas expuestas, la teórica “ventaja” que se lograría con la introducción del término “obras de urbanización...” es la ampliación del ámbito de lo punible respecto a estos delitos. Con otras palabras, el Derecho penal podría intervenir en los momentos iniciales de la ejecución de la actividad urbanística.

No obstante, parece que con la consecución de este hipotético “logro” se olvidan, por otra parte, los costes de esta propuesta de ampliación de las modalidades de conducta, *en términos de seguridad jurídica*.

Y ello no sólo por las dudas más arriba planteadas acerca de cómo interpretar, en adelante, la referencia “obras de...” sino también porque habría que desechar el consenso alcanzado, doctrinal y jurisprudencialmente, para delimitar el sentido de las acciones típicas de los delitos del art. 319 CP. En efecto, puede decirse que si ha habido algún aspecto en relación con estos delitos que ha logrado aglutinar un nivel importante de consenso es el esclarecimiento del sentido de las conductas típicas “llevar a cabo.” —respectivamente— una construcción (apdo. 1º) o una edificación (apdo.2º). Prácticamente la mayoría de sentencias recaídas en esta materia y emanadas de las distintas Audiencias Provinciales coinciden en admitir que estamos ante *delitos de mera actividad* y reiteran un mismo significado para los términos “construcción” y “edificación” (véase desde las iniciales sentencias que consideraban estos términos como “conceptos jurídicos indeterminados” v.gr. SAP de Palencia de 17 de mayo de 1998, FJ 2º; hasta las posteriores resoluciones en que se afianzó un significado estable de los mismos. *Vid.* entre otras muchas, las SSAP de Palencia de 10 de marzo de 1999, FJ 2º; de

Alicante de 21 de junio de 2001, FD 1º y de Jaén de 18 de enero de 2007, FJ 1º). Dicho entendimiento ha sido incluso manejado por el TS (vid. STS 1182/2006 de 29 de noviembre, ponente: Ramos Gancedo; F.D.5º) en consonancia, todo ello, con la interpretación de estos términos que realiza la doctrina penal especializada en la materia.

Como es sabido, los sentidos comúnmente aceptados de las conductas “llevar a cabo una construcción” y “llevar a cabo una edificación” contribuyeron a fijar el *inicio de la ejecución* de los delitos del art. 319 apdo.1º y 2º CP y, por ende, el momento de la *consumación* y de la *tentativa* respecto a los mismos.

Sin embargo, parece que, en el contexto de esta nueva reforma, el consenso alcanzado en el significado de estos elementos del delito y —lo que es más importante— la *seguridad jurídica* que con ello se había logrado en sede jurisdiccional para la aplicación de los mismos, ha de quedar postergada frente a la “*ventaja*” de *ampliar el ámbito de lo punible* merced a la introducción de las nuevas modalidades de conducta propuestas en los apdos. 1º y 2º art. 319 CP.

No contiene, sin embargo, la reforma ninguna propuesta referida a la necesidad de actualizar las conductas típicas a la vista de las novedades previstas en las leyes administrativas del Suelo recientemente aprobadas. Como es la citada *Ley estatal 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo* que, como se ha indicado, ya no emplea la técnica de la clasificación del suelo ni por ende alude al “suelo no urbanizable” —que sigue previniéndose en el art. 319 CP— sino a la situación básica del “suelo rural”. Planteándose así un verdadero problema interpretativo en tanto habrá que dilucidar si, a efectos penales, se puede equiparar el significado de los conceptos “suelo no urbanizable” y “suelo rural” o equivalentes en las legislaciones de las comunidades autónomas (allí donde existan).

Tampoco se ha aprovechado esta propuesta de reforma para incidir en uno de los problemas más capitales suscitados a raíz de estos delitos como es su consideración como *delitos*

comunes o especiales en atención a los sujetos activos “promotores, constructores o técnicos directores...” Bien es cierto que esta cuestión parece en los últimos tiempos zanjada, habida cuenta de la mayor aceptación de la línea jurisprudencial también apoyada por un sector de la doctrina penalista y según la cual, estamos ante *delitos comunes*. En este sentido se pronunció de manera decisiva la STS de 26 de junio de 2001 (Sala 2ª nº 1250/2001). Sin embargo, no puede decirse que estemos antes una cuestión cerrada por completo al debate; o, cuanto menos, podría darse cauce legislativo a esta reiterada interpretación doctrinal y jurisprudencial para conciliar así mejor el art. 319.1 y 2 CP con el postulado de legalidad, introduciendo una referencia más clara a los sujetos activos como sujetos indiferenciados o no cualificados (vid. en este sentido, de nuevo, la Propuesta Alternativa al Tratamiento de la corrupción urbanística y otras conductas delictivas relacionadas”, del *Grupo de Estudios de Política Criminal en abril de 2008*, donde se alude a “..quien promueva, dirija técnicamente o lleve a cabo.”).

Por último con respeto a los delitos del art. 319 CP, ha de destacarse la *elevación de la pena privativa de libertad* que se prevé introducir. Así los del apdo.1º art. 319 CP pasarían de castigarse con seis meses a tres años, a conminarse con pena de prisión de *un año y seis meses a cuatro años*. Mientras que el delito del apdo.2º ya no se castigaría con pena de prisión de seis meses a dos años, sino con la de *uno a dos años*.

La propuesta de aumento de la pena de prisión en el *límite máximo* del delito del apdo.1º art. 319 CP a 4 años, y la fijación del *límite mínimo* de dicha pena en 1 año, para el delito del apdo.2º art. 319 CP parece que, asimismo, obedece al propósito declarado en la Exposición de Motivos y relativo a agravar el régimen de responsabilidad por estos delitos, con las objeciones que ello plantea desde los presupuestos anteriormente apuntados.

Llama la atención, sin embargo, el que penas como la de *multa* y la de *inhabilitación especial* no han sido modificadas a pesar de que,

en muchos casos, se ha demostrado su eficacia respecto a estos delitos, en términos de prevención general.

En otro orden de cosas, la reforma tampoco se hace eco de la polémica doctrinal acerca del carácter obligatorio o facultativo de la medida de demolición prevista en el apartado 3º del art. 319 CP. Cuestión que, si bien en atención al principio de legalidad, parece que ha de resolverse admitiendo el carácter potestativo de la misma (“...los Jueces o Tribunales, motivadamente, *podrán ordenar* (...) la demolición de la obra...”), viene siendo sometida a revisión, con frecuencia, por un importante sector de la doctrina y de la jurisprudencia —“menor”— que ha abordado esta problemática, a la vista de los indiscutibles efectos preventivo-generales que la demolición despliega y ante la pasividad que la Administración viene demostrando en su aplicación.

A mi modo de ver, esta clase de *medidas tendentes a restablecer la legalidad urbanísticas*, así como otras, por lo general olvidadas en las sucesivas propuestas de reforma en materia de delitos sobre la Ordenación del Territorio (v.gr. reposición y reparación del orden urbanístico conculcado) *son las que pueden desplegar una verdadera eficacia contramotivadora* —en muchas ocasiones, puede que incluso mayor que la pena de prisión—, frente a los potenciales infractores de la correcta Ordenación del territorio.

Para finalizar con el **art. 319 CP**, el Anteproyecto CP de 2008 propone introducir un **apartado 4º** en el que se contempla la posibilidad de *imputar responsabilidad penal directa a las personas jurídicas actuantes en urbanismo*, dado que dispone lo siguiente:

“En los delitos previstos en este artículo, cuando el delito se hubiere cometido en el marco o con ocasión de las actividades de una persona jurídica y procediere la declaración de su responsabilidad penal de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código se le impondrá la pena de multa del tanto al duplo del perjuicio causado. Además podrá imponerse la prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido el delito por un período de uno a tres años.”

El comentario que merece este precepto ha de estar, necesariamente, conectado con la amplia *problemática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas* y, por ello mismo, no considero que sea de este lugar. Baste con indicar al respecto que, si entra en vigor lo previsto en el art. 31 bis) del Anteproyecto de CP de 2008, sería la primera vez que, en nuestro ordenamiento penal, se contemplara la posibilidad de responsabilizar *de forma directa* a las personas jurídicas, en los casos en que en el Código penal se indique expresamente (apdo.1º art. 31 bis) Anteproyecto CP 2008). La cláusula ahora contemplada en el art. 31 CP vigente, se ampliaría notablemente, estableciendo, asimismo, un sistema de “*numerus clausus*” para su aplicación a concretos delitos expresamente señalados por el legislador. Así, la posibilidad de inculpar penalmente, de forma directa, a personas jurídicas ha sido propuesta en el citado apdo.4º art. 319 CP para los delitos del art. 319 CP. En consecuencia, la exigencia de responsabilidad penal directa a personas jurídicas podría ser un instrumento para luchar contra las llamadas “*sociedades fachada*” bastante frecuentes en casos de escándalos urbanísticos, como por ejemplo, en la trama de corrupción destapada en Marbella.

Por lo que toca a la reforma prevista para el delito del **art. 320.1 CP**, se contempla en el *apartado Quincuagésimo quinto* del Anteproyecto CP de 2008. En consonancia con las iniciativas de modificación precedentes, también en este precepto se propone *ampliar las conductas típicas del delito allí contemplado*. Esto es, en relación con la prevaricación urbanística realizada por el funcionario que informa a favor, en esta reforma se propone que el objeto de dicho informe no sólo sean los “*proyectos de edificación*” —ya previstos en la actualidad— sino también proyectos de “*urbanización o... construcción*”; y, por último, también se castiga el informe de la concesión de licencias, siempre que todos los dichos informes sean contrarios a las “*normas de ordenación territorial*” o —como ya se dice— a las normas urbanísticas vigentes. Se amplía, por tanto, el ámbito de aplicación del precepto a *conductas consistentes*

en informar proyectos de “urbanización y construcción”, en lo que parece ser un propósito del legislador por coordinar dicha prevaricación, a la propuesta de reforma introducida en el delito del art. 319 CP.

Precisamente por ello, considero que esta propuesta de ampliación del ámbito de lo punible merece similares críticas a las vertidas con anterioridad.

Las mismas objeciones se plantean, en consecuencia, para admitir la elevación de la pena de prisión prevista que pasaría a ser de *uno a tres años* para los delitos del apdo. 1º y 2º del art. 320 CP, si bien en la actualidad es de seis meses a dos años.

Asimismo, otra importante novedad prevista en el apartado 1º del art. 320 CP es la adición de una *nueva modalidad de prevaricación urbanística* realizada por el funcionario o autoridad que “...con motivo de inspecciones hubiere silenciado la infracción de dichas normas...” Como a nadie se le oculta, esta nueva modalidad es fiel reflejo de la ya contemplada en materia de medio ambiente, en el art. 329.1 CP. En atención a este último precepto, la doctrina penal se había manifestado reiteradamente a favor de extender lo allí previsto mediante una figura específica y similar para los delitos sobre la Ordenación del Territorio. En términos generales, doctrina y jurisprudencia coincidían en criticar la no previsión de esta modalidad omisiva al resto de prevaricaciones específicas (arts. 320 y 322 CP). Pues bien, pudiera ser que el pre-legislador penal de 2008 hubiera atendido a estas demandas doctrinales y, en consecuencia, hubiera previsto expresamente una modalidad omisiva en el ámbito urbanístico.

En mi opinión, es esta una propuesta que, al menos provisionalmente y desde la perspectiva de la congruencia, merece ser acogida pues viene claramente fundamentada en las reivindicaciones doctrinales y en la experiencia en el ámbito administrativo y en sede jurisdiccional habida cuenta de la importancia que, para con-

servar una adecuada ordenación del territorio, adquiere la función de *inspección urbanística* como medio de control y preservación de la legalidad urbanística.

3. CONCLUSIONES

Con las reflexiones anteriormente planteadas, meramente se han querido indicar los riesgos y dificultades que pueden surgir a raíz de la entrada en vigor de las reformas propuestas en materia de delitos sobre la Ordenación del territorio por el Anteproyecto CP de 2008. Si bien es cierto que estos delitos inciden en un sector de la actividad, hasta tiempos recientes, muy sensible a la corrupción y expuesto a frecuentes conductas infractoras por parte de los particulares, entre los motivos para su reforma, habría de tenerse en cuenta tanto un análisis sociológico y criminológico de la etapa histórica actual, como consideraciones puramente jurídicas que atañen a los riesgos de modificar una legislación sobre la que, sólo en tiempos recientes, empezaba a alcanzarse una aplicación uniforme y homogénea ante los tribunales, tras superar un periodo de difícil encaje en el contexto de nuestro ordenamiento jurídico-penal. Sin olvidar las exigencias de necesaria armonización, en la medida de lo posible, de la legislación penal y administrativa en materia de Ordenación del Territorio.

En todo caso, dichos riesgos no están fundados en un afán por “petrificar” nuestra legislación penal sino en la inexistencia de fundamentos político-criminales razonables para justificar la reforma de los delitos del art. 319 CP, más allá de motivos de “alarma social” o “escándalo público” que nunca debieran impulsar las reformas penales.

En definitiva pues, también en la reforma de los delitos sobre la Ordenación del territorio (arts. 319 y 320 CP) debería primar el interés por garantizar la seguridad jurídica en su aplicación, en sede jurisdiccional.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

ACALE SÁNCHEZ, M.:

- *Los delitos urbanísticos*, Barcelona, 1997.

- "Tratamiento de la corrupción urbanística en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal de 15 de enero de 2007", en *La Ley Penal. Revista de Derecho penal, Procesal y Penitenciario*, núm.38, año IV, mayo, 2007.

BOLDOVA PASAMAR, M.A., *Los delitos urbanísticos*, Barcelona, 2007.

CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (Doctrina y jurisprudencia)*, Barcelona, 1999.

CONDE-PUMPIDO TOURON, C., "Los delitos urbanísticos o relativos a la ordenación del territorio", en *Empresa y Derecho penal* (dir. BAJO FERNÁNDEZ, M.) *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1999.

FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., en "Medio ambiente, urbanismo y edificación: de la política de la Unión Europea al Código Técnico de la edificación y a la nueva Ley del Suelo" en *RDUMA*, nº 41, 2007, nº.235.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, 2ª ed., Valencia, 1997.

GÓRRIZ ROYO, E.:

- *Protección penal de la Ordenación del Territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319 CP*, Valencia, 2003.

- *Los delitos de prevaricación urbanística*, Valencia, 2004.

- "Omisión y tolerancia administrativa en Derecho penal del medio ambiente" *Revista derecho y proceso penal*, 2005,-2, nº. 14.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "La prevaricación urbanística" en *La protección de la ordenación del territorio en Galicia*, Xornadas nº 9, Segunda época, Xunta de Galicia, 2008.

PAREJO ALFONSO, L.:

- "La ordenación territorial y urbanística en el contexto de la política económica y social del Estado", en *Documentación Administrativa* núm.271-272 (enero-agosto 2005).

- *La disciplina urbanística*, Madrid, 2006.

-/ ROGÉ FERNÁNDEZ, G., *Comentarios a la Ley del Suelo (Ley 8/2007, de 28 de mayo)*, Madrid, 2007.

POZUELO PÉREZ, L.: "La delincuencia urbanística" en DOPICO GÓMEZ-ALLER/MARTÍN LORENZO/ ORTIZ DE URBINA/POZUELO PÉREZ (coord.), *Derecho Penal de la Construcción. Aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo*, Granada 2006.

SILVA SÁNCHEZ, J-M.-, "¿Política criminal moderna? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código Penal español", en *Actualidad Penal*, nº23, 1998.

* Propuesta Alternativa al Tratamiento de la corrupción urbanística y otras conductas delictivas relacionadas", del *Grupo de Estudios de Política Criminal en abril de 2008* (vid. www.gepc.es).

Fecha de recepción de originales: 28 de noviembre de 2008

Fecha de aceptación de originales: 1 de diciembre de 2008

VARIA

La obra de Antonio Agustín, vista por Gregorio Mayans y Siscar
Ángel López y López

LA OBRA DE ANTONIO AGUSTÍN, VISTA POR GREGORIO MAYANS Y SISCAR

Ángel López y López

Antonio Agustín es, posiblemente, el más grande de los romanistas y canonistas “históricos” españoles. Vir ad miraculum eruditus en el elogio de Cuiacio, los estudios sobre su obra están en un cierto y no menos injustificado olvido, aunque su influencia en “ambos Derechos” fue muy grande. Traemos aquí al recuerdo científico el catálogo de sus obras escrito por Gregorio Mayans y Siscar, otro gigante; éste de la Ilustración española. Agradecemos al Ayuntamiento de Oliva su cortés venia para utilizar su edición de las obras de Mayans, editadas al excelente cuidado del Profesor Antonio Mestre Sanchos, última reimpresión de 1986.

.....

210. El orden que nos hemos propuesto de referir cronológicamente las ediciones de las obras que hizo don Antonio Agustín pide que le guardemos también en la publicación de las pósthumas.

211. Primeramente pues, como ya se ha dicho, se publicaron sus tres bibliotecas, griega manuscrita, latina manuscrita i mixta de varios libros impressos de varias lenguas, en Tarragona por Felipe Mei año 1586. En 4.

212. La primera parte del Epítome del Derecho Pontificio Antiguo salió impressa en Tarragona por Felipe Mei año 1687. En folio. Allí

se hallan las licencias para la impresión de los dos libros de los diálogos *De Emendatione Gratiani* i de los *Diálogos de Medallas, Incripciones i otras Antigüedades*, impressos unos i otros en la misma oficina en el mismo año 1587. En 4.

213. La segunda y tercera parte del Derecho Pontificio Antiguo se publicó en Roma año 1611, en la imprenta de Gil Espada. En folio. En cuyo principio de obra se imprimió el juicio i censura que hizo don Antonio Agustín de algunos colectores de cánones eclesiásticos.

214. Los fragmentos de los historiadores, recogidos por Antonio Agustín, emendados por Fulvio Ursino, añadidas unas notas de éste sobre Salustio, César, Livio, Veleyo, Tácito, Suetonio, Esparciano i otros, se imprimieron en Antuerpia año 1595. En 8. Tengo este libro, i en el dorso de la llana de principio se lee lo que se sigue: *Nombres de los doctos varones que se aplicaron, o a corregir, o a ilustrar algunos lugares de los historiadores, sobre los quales en este libro se publican unas notas. Antonio Agustín, Octavio Pantagatho, Gabriel Faerno, Pedro Chacón, Marco Antonio Mureto, Latino Latini*. El trabajo pues de recoger dichos fragmentos fue de don Antonio Agustín, como ya lo advirtió Henrique Liberto Dungeo, Doctor en Sagrada Theología i canónigo de la Iglesia Cathedral de Antuerpia, censor que fue de dicho libro; pero la diligencia en corregir e illus-

trar los dichos fragmentos fue de don Antonio Agustín i de los demás ya mencionados.

215. Las notas criticas sobre las Etimologías de San Isidoro salieron a luz en Madrid año 1599. En la impresión que hizo Juan Grial de las obras del santo en dos tomos en folio.

216. El libro intitulado *Nota in Canones LXXII ab Hadriano Papa adversus falsos accusatores, & oppressores Episcoporum, & Pontificum in gratiam Ingelrammi Mediomatricum Episcopi Romæ tunc degentis collectos, & communicatos Indictione IX. Anno DCCLXXXV* salió a luz en la colección de concilios que publicó Severino Binnio en Colonia año 1618, Tomo 5, pág. 567. El mismo don Antonio Agustín reconoció como suya esta obra, pues en el libro primero, diálogo tercero *De Emendatione Gratiani*, pág. 25, introdujo a Pedro Galés hablando consigo de esta suerte: *Me acuerdo que vi en Roma las notas de U. S. sobre Hadriano, o Engelramo, en las quales se hablava de esta enmienda i U. S. la confirmava* [Pág. 192] *firmava con otros lugares de Burcardo i de Ivon.* No aviendo salido a luz esta obra quando el padre Escoto dijo su oración fúnebre i el canónigo Martín Bailó publicó las Bibliothecas de don Antonio Agustín, es mui creíble que sea esta misma obra la que ambos contaron entre las no publicadas con este título: *Ad Hadrianum Liber Singularis*. Lo mismo repitió el padre Andrés Escoto quando imprimió su *Hispaniæ Bibliotheca*, año 1608. Me parece pues que se engañó Henrique Brenmano, hombre de suma erudición i de gran juicio, pensando que el libro singular sobre Hadriano fue alguna obra legal: lo qual afirmó con el presupuesto de que ya la otra estava impressa en Roma. Error que nació de no ayer entendido bien el título del libro. Yo no quiero ahora meterme a averiguar si el autor de dichos cánones fue Hadriano o Ingelramo, o como quiere Estevan Balucio, San Angelramo, Obispo Metense, i si la autoridad de dichos cánones es mucha o poca, como parece a Blondelo. Basta apuntarlo para que los diligentes investigadores de la verdad suspendan el asenso hasta que la averigüen bien.

217. Decía Damis que de las mesas de los dioses aun las migajas se devían recoger. Yo

no sé qué fe tienen las cosas de don Antonio Agustín que todas me parecen bien, aun aquellas que él tomava por entretenimiento. Por esso me ha parecido que entre sus obras publicadas deven contarse algunas poesías sueltas. Tales son el dístico que hizo a los libros *De Gloria* i *De Nobilitate* de Gerónimo Ossorio luego que los recibió. Los faleucios en que se quejó de su amigo i concoleaga Pedro Ruiz de Moros, porque se hallava tan apartado de su comercio, pues enseñava la jurisprudencia en Cracovia. Los dos dísticos que compuso con ocasión de un arrobo del venerable padre Frai Nicolás Factor. Los versos amebos dirigidos a su amigo Latini, de quien ai respuesta: i cierto que son tan suaves unos i otros, que son dignísimos de leerse con mucho gusto repetidas veces. Ellos son tales que don Nicolás Antonio los trasladó a su biblioteca. Cosa que él no acostumbró practicar celebrando a otros, sino mui rara vez. Últimamente acá pertenecen también las dos octavas españolas que Felipe Mei ingirió en el canto que intituló *La Fuente de Alcover*.

218. Entre las obras de don Antonio Agustín también se deven contar varias cartas, assí latinas como españolas, esparcidas en diferentes obras.

219. En quanto a las latinas Lelio Taurello nos conservó la carta que le escribió don Antonio Agustín desde Bolonia año 1542, consultándole [Pág. 193] sobre las milicias *ex casu*. El Dotor Juan Ginés de Sepúlveda nos conservó otra carta de don Antonio, escrita a él desde Roma año 1550. 195 En el libro *De Legibus & Senatusconsultis* ai otra carta dirigida a Fulvio Ursino. Gerónimo Blancas imprimió otra sumamente erudita después de sus comentarios de las cosas de Aragón. Entre las epístolas de Latino Latini ai una de don Antonio Agustín, en que le explicó su sentir sobre el fermento de que habló Inocencio Primero, 196 escrita en Lérida a 13 de junio de 1577. Don Nicolás Antonio, persona de suma diligencia en recoger los manuscritos más apreciables, dijo que tenía en su poder muchas cartas de don Antonio Agustín escritas a sus familiares, dignísimas de salir a luz. Parece que don Nicolás tenía

también las respuestas, pues alega una epístola manuscrita de Lelio Taurelo a don Antonio Agustín i, tratando de don Diego Hurtado de Mendoza, cita otra de Juan Metelo Sequano dirigida al mismo. El Doctor Diego Josef Dormer, arcediano de Sobrarve, en los *Progressos de la Historia en el Reino de Aragón*, pág. 523, nos conservó una carta escrita a Lelio Taurelo, alegada por Sebastián de León en carta que éste escribió en Lérida a 21 de junio de 1568. El Cardenal de Aguirre 197 nos ha conservado dos epístolas mui graves i eruditas que don Antonio escribió, una a Gregorio Decimotercio en respuesta de otra en que su Santidad le mandó que le embiasse ciertos manuscritos, i otra al padre Lorenzo Surio, monge cartujo, respeto de la forma que se debía observar en la edición de los concilios. En la primera es mui digno de notar que aviendo recibido la carta del Sumo Pontífice, hallándose ausente de Lérida por causa de un concilio provincial, no respondió hasta que se restituyó a Lérida, anteponiendo el negocio de su principal obligación a la atención, aunque tan devida, a los encargos literarios de tan gran Pontífice. Grande ejemplo del orden que se deve guardar en las obligaciones! Bien que don Antonio desde luego empezó a hacer las diligencias que podía por medio de su amigo Gerónimo Zurita. La otra carta escrita al padre Lorenzo Surio merece leerse repetidísimas veces, particularmente de aquéllos que tengan el noble pensamiento de publicar concilios, o de los que quieran i gusten de observar las vastísimas ideas de don Antonio Agustín.

220. En quanto a las cartas españolas el Doctor Diego Josef Dormer, arcediano de Sobrarve, en los ya citados *Progressos de la Historia en el Reino de Aragón*, pág. 379 i en las siguientes, pone una larga correspondencia de don Antonio Agustín i de Gerónimo Zurita, la qual pienso yo ordenar chronológicamente añadiendo muchas más; singularmente dos que nos conservó el Cardenal de Aguirre dirigidas al maestro Juan Bautista Pérez, después Obispo de Segorbe.

221. El Marqués de la Compuesta don Josef Rodrigo i Villalpando, del Consejo del

Rei nuestro señor, su secretario de Estado i del Despacho universal por lo que toca a Justicia i Gracia, cuya singular entereza i gran dotrina son dignísimas de las mayores alabanzas, me ha dicho que ha mandado copiar i me dará unas cartas inéditas de don Antonio Agustín, españolas, latinas i griegas, las quales yo procuraré (con el favor de Dios) que sean públicas en la República Literaria. Esto es lo que he podido investigar i observar en orden a las epístolas de don Antonio Agustín.

222. Además de los fragmentos de los historiadores latinos, que publicó Fulvio Ursino, recogió también don Antonio los de los poetas, historiadores i oradores latinos, con mayor diligencia que otro alguno hasta el día de hoi. Hicieron mención de estas colecciones el canónigo Martín Bailó en el catálogo de las obras de don Antonio Agustín, puesto al principio de sus bibliotecas, i el padre Andrés Escoto, así en su *Hispaniae Bibliotheca*, hablando de don Antonio Agustín, como al principio de su interpretación latina de los diálogos de medallas. Vio la colección de los fragmentos de los poetas Fulvio Ursino, i la alabó en el eruditísimo libro que publicó con este título: *Virgilius Collatione Scriptorum Graecorum illustratus, opera & industria Fulvii Ursini. Antuerpiae ex Officina Christophori Plantini, Anno 1568*. En 8, págs. 7, 73 i 91. Hoi en día permanecen en esta Biblioteca Real los borradores originales de estos fragmentos, encuadernados en dos tomos en 4, i entre ellos se hallan muchas cedullillas sueltas, gran parte de las quales pertenece a las notas de las decretales antiguas. Están tan barajados los fragmentos de los poetas, historiadores i oradores, que serían menester muchos meses para ver si falta algo i ordenar lo que huviere atribuyendo sus fragmentos a cada autor. Cada uno de los poetas tiene varias lecciones, bien que la letra de éstas es de mano diferente, pero el papel italiano, siendo mui verosímil que hallándose en Roma don Antonio Agustín las hiciera copiar. Sería mui conveniente que alguna persona erudita se aplicasse a ordenar estas obras i a ponerlas en limpio. Cosa no difícil de practicar, si, como ai

en muchos voluntad para egecutarlo, la huviera también para patrocinarlo.

223. También escribió don Antonio hallándose en Bolonia unos diálogos en que trató las cuestiones más controvertidas entre los doctores del Derecho, no con sequedad, como se suelen éstas escribir, sino con toda la amenidad que pudo, imitando de los griegos a Platón en su modo socrático de dialogizar, i de los latinos a Marco Tulio. Los interlocutores eran el mismo don Antonio Agustín, don Bernardo de Bolea, después vice-canceller de Aragón, a quien se confessava mui obligado; Juan Sora su paisano, Doctor en ambos Derechos en la Universidad de Bolonia, de la qual partió para España año mil quinientos treinta i siete, i Pedro de Moros su concolea, professor en la Universidad de Bolonia, después en la de Cracovia, hombre erudito i eloquente. Todo esto consta de lo que el mismo don Antonio escribió a don Bernardo de Bolea en una carta que paró después en poder de don Nicolás Antonio, a cuya diligencia devemos estas agradables noticias: bien que es de sentir el que no logremos el fruto de tan preciosas obras.

224. También hizo un cotejo don Antonio Agustín, no sólo de los Digestos entre sí, sino también de los Digestos con la Instituta i Código de Justiniano. Tuvo intención de publicar esta obra, pero no llegó a egecutarlo.

225. Quería también publicar otra, en la qual se viesse que en el Código de Justiniano avía no pocas constituciones que se podían enriquecer i interpretar por otras del Código Theodosiano. Lo qual egecutó después con maravillosa copia de erudición i gran juicio Jacobo Gothofredo, que fue el mayor letrado que tuvo el siglo passado, aunque por desgracia suya sectario del infeliz Calvino.

226. De una carta que don Antonio Agustín escribió a Gerónimo Zurita a 10 de setiembre de 1573 consta que escribió un librito, cuyo assunto ignoro; pero es cierto que allí tratava de varios descuidos que se hallan en las obras de Cicerón; porque después de ayer alegado dos egemplos, dice: *Esto lo tengo entendido en un librillo mío. U. M. lo verá algún tiempo.*

227. El canónigo Bailó, el padre Andrés Escoto i Lelio Taurelo, 204 hicieron mención de un libro de don Antonio por estas palabras: *Ad Edictum Perpetuam*; pero no declararon el designio de tal obra. Puede ser que fuesse manifestar la serie de los asuntos del Edicto Perpetuo, que por orden del Emperador Hadriano puso en mejor método el célebre jurisconsulto Salvio Juliano, cuyos fragmentos recogió, aunque desordenadamente, Emaro Ranconeto, hombre de mucha i no vulgar dotrina. La serie de los asuntos del Edicto Perpetuo se colige de los fragmentos de Salvio Juliano, Gayo, Sexto Pomponio, Furio Anthiano, Julio Paulo, Domicio Ulpiano i Hermogeniano, que son los jurisconsultos que ilustraron el Edicto Perpetuo con eruditissimos comentarios; de cuyos fragmentos coligió la serie de los títulos que tenía el Edicto, o las materias de que tratava, Jacobo Gothofredo, manifestando esto en solo un pliego de papel: trabajo que sólo él bastaba para prueba immortal de su gran lección i profunda erudición. Pero yo siempre he deseado que todos los fragmentos, assí del Edicto, como de los jurisconsultos, que fueron sus intérpretes, se pongan extendidamente, para que sin nuevo trabajo se hallen recogidos los materiales i expuestos a la vista. Mas aunque aya quien pueda disponer tales obras, falta quien tenga generosidad de ánimo para promoverlas i patrocinarlas. Si don Antonio Agustín no tuvo esto [Pág. 196] en su idea, quizá intentó hacer algunos comentarios a los fragmentos del Edicto Perpetuo. Pero no viéndose la obra, todo es tirar a adivinar.

228. El padre Francisco de Torres, dirigiendo a don Antonio Agustín las obras de Juan el Sabio, le acordó que, hallándose don Antonio en Venecia, cotejó varios egemplares manuscritos de las obras de San Dionisio Areopagita.

229. El canónigo Bailó en una nota añadida a la Biblioteca Mixta de don Antonio Agustín, núm. 946, hizo mención de otro semejante trabajo, diciendo que don Antonio cotejó con varios libros antiguos el Martirologio que Alejandro de Peregrinis enmendó i publicó en Venecia año 1560, en 4.

230. El mismo canónigo Bailó en el catálogo que puso en las bibliothecas de don Antonio Agustín, i el padre Andrés Escoto en su *Hispania Bibliotheca* i en otras muchas partes, cuentan también entre los libros no publicados de don Antonio Agustín unas Instituciones del Derecho Pontificio, las quales tuvo entre sus tratados manuscritos don Gabriel Sora, Obispo de Albarracín, como consta de su Bibliotheca, pág. 142, col. 2.

231. Los referidos canónigo Bailó i padre Escoto cuentan también, entre las obras inéditas de don Antonio, los concilios griegos i latinos, juntamente con la historia i unos escollos de ellos i varias lecciones. Los concilios ya queda dicho que salieron a luz. La historia es verosímil que aprovecharse al que hizo las prefaciones, como también los escollos i varias lecciones.

232. No sólo trabajó don Antonio en los concilios generales, sino también en los de España, como lo testifica el Cardenal de Aguirre en su colección de los concilios de España *In Ratione Operis ad Lectorem*, núm. 7.

233. Estas son las obras que sabemos que escribió don Antonio Agustín: de todas las quales si se hiciesse una colección (como dándome Dios vida i salud pienso hacerla de todas las obras que pueda recoger) sería el número

de los volúmenes mucho mayor que el de las obras de Jacobo Cujacio, reputado por el príncipe de los jurisconsultos modernos, no sólo por su erudición, sino por la copia de sus escritos. Dejo a parte la brevedad del estilo de don Antonio Agustín i su modo de escribir coleccionando siempre manuscritos i recurriendo en todo a las fuentes: cosa que consume mucho tiempo i luce poco: su genio de no escribir sobre asuntos vulgares i comúnmente sabidos, i el no repetir las cosas, como suele Cujacio. Todo lo qual, si bien se considera, se deberá confessar que ninguno de los que han ilustrado ambos Derechos, ha escrito tanto i con tanta utilidad: que cierto es cosa maravillosa en un hombre ocupado en oficios públicos i que tan exactamente supo cumplir con su obligación. Diga pues ahora Luis Moreri que don Antonio Agustín no dio el fruto que prometió siendo mozo; que yo espero que los letores que supieren hacer el devido aprecio de las obras de don Antonio Agustín, juzgarán [Pág. 197] essa proposición como hija de un juicio que se precipitó, diciendo en esto lo que no examinó bien. Pero para que esto no quede sobre mi palabra i para que qualquiera pueda informarse brevemente de todas las obras que escribió don Antonio Agustín, pondré aquí dos catálogos de ellas: uno de las obras que están impressas; otro de las que están por imprimir...

NORMAS DE LA REVISTA

I. EXTENSIÓN Y SOPORTE MATERIAL

Los textos presentados para su publicación deberán ser trabajos originales.

Los originales de los artículos de las dos primeras secciones (Debate y Estudios) tendrán una extensión entre 22.000 y 60.000 caracteres a espacio y medio y punto 12.

Todos los artículos deberán ir acompañados de un resumen o *abstract* de 10 líneas en castellano y en inglés, así como de cinco o seis palabras clave o *key words* en castellano y en inglés.

Los originales han de enviarse por correo electrónico a la dirección de la coordinadora de la revista (teoria@tirant.es)

En el artículo deberá constar el nombre del autor o autora, la universidad o institución a la que pertenece y, en su caso, la dirección de correo electrónico y de correo postal de contacto.

En el caso de que el texto haya sido publicado anteriormente en otro medio impreso o se haya presentado como ponencia o comunicación, se incluirán los datos en el documento.

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 lo hará constar.

En el caso de las traducciones de textos publicados en la sección “Varia”, obviamente no se han de cumplir estos requisitos.

II. ADMISIÓN DE ORIGINALES

Los originales serán sometidos a informes internos por parte del Consejo editorial e informes externos anónimos. Cualquiera de los evaluadores internos o externos puede hacer observaciones o sugerencias a los autores, siempre y cuando el trabajo haya sido aceptado, que serán comunicadas a los mismos, y en su caso, se les concederá un período de tiempo suficiente para que puedan hacer las modificaciones oportunas.

III. ENVÍO DE ORIGINALES

Los originales pueden remitirse por correo electrónico a la dirección teoria@tirant.es o por correo tradicional, enviando una copia impresa y soporte digital a al siguiente dirección:

Revista Teoría y Derecho
Tirant lo Blanch
C/Artes Gráficas, 14, entlo.
46010 Valencia

IV. SISTEMA DE CITAS

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 la posición del autor.

Excepcionalmente podrá utilizarse 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 IV. Si se citan varias obras del mismo autor y año, se ordenarán alfabéticamente con letra minúscula. Por ejemplo: González Vicén 1979^a correspondería a “La obediencia al Derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXIV, 1979, pp. 4-32 y González Vicén 1979^b correspondería a “La Escuela Histórica del Derecho”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, XIX, 1979, pp.1-48.

En todo caso, al citar la obra completa, deberá ser presentada de la siguiente forma:

Apellido/s, inicial del nombre, Título, 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. Ejemplos:

1. Libro/monografía:

González Vicén, F.; *El Positivismo en la Filosofía del Derecho contemporánea*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1950, 96 pp.

2.- Artículo de revista:

González Vicén, F.; “La Filosofía del Derecho como concepto histórico”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1969, pp. 15-65

3.- Trabajo o artículo incluido en libro:

González Vicén, F.; “Estudio preliminar a la traducción de Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia” de John Austin, en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Santa Cruz de Tenerife, Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, 1979, pp. 17-33

V. MIEMBROS DEL CONSEJO Y DEL COMITÉ:

Para ser miembro del Consejo Editorial y/o del Comité Científico se requiere:

- Ser Catedrático de Universidad en activo en la propia Universidad y/o en centros de investigación.
- Ser mayor de 50 años.
- Tener un prestigio reconocido en el mundo académico.

Todas las condiciones han de cumplirse en el momento de ingresar en la Revista.

Como excepción y dada la naturaleza de sus funciones en el caso de la coordinación únicamente será necesario cumplir el tercer requisito.

