

JURAMENTO Y COMPROMISO PARLAMENTARIO*

OATH AND PARLIAMENTARY COMMITMENT

Alfonso RUIZ MIGUEL

Catedrático de Filosofía del Derecho

Universidad Autónoma de Madrid

<http://orcid.org/0000-0002-6306-7291>

Fecha de recepción del artículo: julio 2020

Fecha de aceptación y versión final: septiembre 2020

RESUMEN

El presente estudio sobre el juramento político, que tiene su origen en una investigación más general sobre la democracia militante, se articula en cinco partes. Tras la breve introducción del § 1, el § 2 propone una caracterización general del juramento, de carácter histórico-filosófico sobre todo, para tratar de fijar su naturaleza esencial, su forma, sus tipos y sus funciones básicas. En el § 3 se aborda la situación jurídico-constitucional del juramento político, y especialmente del parlamentario, en el sistema europeo y español, con especial atención a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, que se analiza críticamente. El § 4 adopta un enfoque filosófico normativo, de carácter político-jurídico, para discutir la justificación de la obligatoriedad del juramento en relación con los derechos a la libertad ideológica y a la participación política. Tal justificación se afirma como una posibilidad, pero no forzosamente como una necesidad moral o jurídica, a disposición del Estado democrático como expresión del compromiso de juego limpio de los representantes políticos con las reglas básicas de la democracia. En fin, el § 5 concluye con unas reflexiones sobre la utilidad o superfluidad de los juramentos en la actualidad y sobre la conveniencia o no de mantener el juramento de los parlamentarios.

* El presente artículo excede la extensión máxima establecida en las Normas de Publicación de la Revista de las Cortes Generales, pero el Consejo de Redacción ha decidido hacer una excepción en este caso en atención a la unidad de sentido de su argumentación, que, junto con la comodidad del lector, habría sufrido mediante su división en dos números sucesivos.

Palabras clave: Juramento, juramento político, representación política, libertad ideológica, democracia militante, compromiso con el juego limpio democrático.

ABSTRACT

This essay on political oaths, which stems from a broader research on militant democracy, is developed in five parts. After a short introduction in § 1, § 2 lays down a general characterization of oaths in historical and philosophical terms in order to sort out their essential nature, form, types, and basic functions. § 3 addresses the legal and constitutional status of political oaths in general and parliamentary oaths in particular, both in the European and Spanish legal systems, paying a special attention to the Spanish Constitutional Court's case-law. § 4 takes on a normative philosophical approach aimed at legal reform. This section examines the justification of oaths-taking legal procedures and requirements in relation to the rights to ideological freedom and political participation. Such a justification is defended as a possibility and not as a moral or legal duty. It expresses the commitment of political representatives with basic rules of democracy. Finally, § 5 concludes with some considerations regarding the utility of oaths for contemporary democracies. In particular, it wonders whether or not making oath-taking mandatory for every member of parliament is grounded on sound reasons.

Keywords: Oath, political oath, political representation, ideological freedom, militant democracy, commitment with democratic fair play.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL SIGNIFICADO DEL JURAMENTO. III. EL ENFOQUE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL. 3.1. Los precedentes del Tribunal Constitucional. 3.2. La STC 119/1990: la salvedad «Por imperativo legal» y el ritualismo del juramento. 3.3. Constitucionalidad del juramento, democracia militante y núcleo intangible. IV. EL ENFOQUE FILOSÓFICO. La obligatoriedad condicional del juramento. 4.2. La libertad ideológica y de conciencia. 4.3. El juramento de los representantes y el derecho de participación política. V. DE LA SUPERFLUIDAD A LA INCONVENIENCIA DEL JURAMENTO. VI. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN¹

Este estudio sobre el juramento es una derivación de mi reciente pero en parte frustrado interés por la democracia militante. Frustrado porque a medida que iba leyendo la abundante literatura sobre ella, iba cayendo en la cuenta de que su punto central, la prohibición de partidos políticos antidemocráticos, no necesitaba una particular revisión desde la filosofía del Derecho, al menos desde una filosofía del Derecho que procure no alejarse en exceso de los criterios del Derecho y de las preocupaciones de los buenos juristas. En particular, aunque no me consta que los filósofos del Derecho españoles nos hayamos ocupado de la democracia militante, sí existe un cúmulo de valiosos estudios de constitucionalistas que, aun con las esperables discrepancias de fondo, prácticamente han agotado los argumentos jurídicos pertinentes, bien respaldados por sus concomitancias éticas y políticas. Dejo pendiente para otra ocasión, sin embargo, la vieja y debatida cuestión de la tolerancia para los intolerantes, que es el principal presupuesto filosófico de la democracia militante.

El tema del juramento, en cambio, estaba mucho menos explorado en general² y a ello se une que en España ha sido mal tratado (y maltratado, con perdón por el fácil pero inevitable juego de palabras) en nuestra jurisprudencia constitucional, especialmente por la STC 119/1990, sobre el juramento de Herri Batasuna (en adelante HB).

¹ El presente escrito es una revisión de un texto enviado para un libro homenaje («El juramento político», en P. Andrés Ibañez, P. Grández, S. Pozzolo y B. Marciani [eds.], *El compromiso constitucional del iusfilósofo. Homenaje a Luis Prieto Sanchís*, Lima, Palestra, de 2020, pp. 422-460). Junto a la reducción del primer apartado a propósito de lo justificado del homenaje, las ampliaciones de este nuevo escrito, tanto en el texto como sobre todo en notas, se deben, por un lado, a ciertas aclaraciones que, aun siendo pertinentes, excedían con mucho la extensión recomendada por los editores; y, por otro lado, a la lectura de varios autores (P. Grossi, G. Agamben, J. J. Solozábal, R. Ruiz Lapeña, R. Mendizábal y el propio Luis Prieto) que me fueron innaccesibles por la coincidencia de la redacción y el envío de mi escrito con el confinamiento del coronavirus. Además, alguno de esos estudios, y especialmente el de Agamben, me han permitido ver bajo una luz distinta algún punto, como el de la accidentalidad del carácter mágico-religioso del juramento, en el que la presente versión introduce varias precisiones, e incluso rectificaciones, respecto de la precedente.

² En un estudio relativamente reciente de enfoque político-jurídico y de ámbito anglosajón se afirma que «the institution of the oath remains an understudied topic» (Orgad, 2014: 100), y en la impresionante bibliografía del gran libro de Paolo Prodi sobre el tema no abundan los estudios contemporáneos (Prodi, 1992: 526ss).

Ya desde entonces fue un tema que me llamó la atención, hasta el punto de introducirlo primero en mis seminarios de la facultad y de llevarlo como conferencia al Máster de Argumentación Jurídica de Alicante en el año 2006. Para esta fecha, sin embargo, el juramento carecía ya casi de todo atractivo y actualidad, de modo que no me animé a convertir mis notas en un artículo, que sin duda habría sido visto como extemporáneo e incluso extravagante. La posterior crisis del llamado bipartidismo, con la irrupción de un conglomerado de partidos de inclinación antisistema y el aluvión del separatismo, ha vuelto a poner de actualidad al tema, que podía merecer una nueva reflexión.

El estudio del juramento admite tres enfoques diferenciados, todos de interés. El primero, de carácter eminentemente descriptivo o interpretativo, pretende abordar aspectos como su significado, orígenes, evolución y formas. Se trata de una tarea rica y compleja en la que son de utilidad aportaciones históricas y filosóficas de las que se intenta una aproximación general en el § 2 con el objetivo de fijar los principales puntos relevantes para el estudio de los juramentos políticos. El segundo enfoque, al que se dedica el § 3, es el jurídico-constitucional, contingente por naturaleza, que aquí se trata sobre todo en referencia al sistema jurídico español, marcado por la jurisprudencia constitucional a propósito del juramento parlamentario. En el § 4 se adopta el enfoque filosófico normativo, de carácter político-jurídico, para analizar la cuestión de la justificación o no de la exigencia del juramento político en relación con los posibles derechos en conflicto, en particular la libertad de conciencia y el derecho de participación política. El § 5, en fin, concluye con unas reflexiones sobre la discutida utilidad del juramento político en la actualidad y sobre la conveniencia o no de mantenerlo.

Advierto desde ahora que por comodidad expositiva en el término «juramento» incluyo también la idea de promesa, que en varios sistemas jurídicos se admite como opción equivalente al juramento en sentido estricto. Como después intentaré mostrar, por más que a lo largo de la historia y hasta hoy mismo el juramento tenga resonancias mágico-religiosas, en realidad prescindibles, es la identificación entre juramento y compromiso solemne de decir verdad la que expresa la verdad más profunda de esta antigua figura.

II. EL SIGNIFICADO DEL JURAMENTO

De la compleja y dinámica historia del juramento suele recordarse el carácter sagrado que la institución ha tenido desde sus orígenes en la antigüedad, un carácter duraderamente mantenido en la cultura occidental al menos hasta la época de la Ilustración, gracias a los vínculos entre la cultura jurídica y política y la religiosa y teológica (cf. Prodi, 1992, caps. I-VIII). El origen del juramento parlamentario, procedente de los juramentos feudales, es naturalmente posterior y se ha precisado en la cuna del parlamentarismo, Inglaterra (cf. Pardo, 1914: 386-387). Aun como institución de «larga duración», el juramento en general sufrió su gran metamorfosis con la Ilustración y las revoluciones liberales, cuando su uso recibió algunos recortes obligados, como la eliminación del juramento judicial del acusado, pero ha sido en el ulterior proceso de secularización, con el arrinconamiento de su substrato sacro-religioso, al que se ha achacado la profundización de su «tendencia al declive o a la desaparición» en la esfera política (Prodi, 1992: 12 y 16-19, a quien corresponden los entrecomillados; cf. también Botero, 2019: 80-83). Habrá ocasión de puntualizar esta interpretación a lo largo de estas páginas.

A la luz del análisis filosófico, el juramento (o promesa) es un acto performativo (o realizativo) al que se atribuyen efectos sociales. Según el influyente libro de J. L. Austin *How to Do Things with Words*, los juramentos y promesas constituyen un uso del lenguaje por el que al decir algo se hace a la vez algo más que el decir, de modo que a la proferencia de ciertas palabras se le atribuye efectos en las relaciones sociales: el «Sí» de los novios ante el juez o el altar o, precisamente, el juramento, configuran este tipo de actos lingüísticos (Austin, 1963: esp. I-IV).

La importancia de los performativos está fuera de duda porque mediante ellos se constituyen o se confirman instituciones sociales a las que se asocian efectos normativos de diferente tipo, como la pertenencia a una comunidad religiosa por el bautismo, la capacidad de realizar ciertos actos por tener el título de rey o de presidente del Gobierno o, en fin, la toma de posesión de tal o cual cargo tras el juramento. Para el logro de esa institucionalización, la existencia y el significado de un acto performativo dependen de la convergencia de un

conjunto de participantes que acepten y sigan la práctica desde el punto de vista interno, típicamente sin advertir que se trata de una convención social que depende de ciertas creencias sustantivas, quizá inverosímiles desde un punto de vista externo, que es el de los meros observadores ajenos a la práctica. Así lo ejemplifica el bautismo en cuanto creencia empírica de que con él se produce la limpieza del pecado original, pero también el nombramiento de alguien como rey o como presidente del Gobierno, si a tal nombramiento se asocia un cambio esencial en la consideración jurídico-social hacia tal persona, o, en fin, el hecho de quedar comprometido por haber prestado un juramento.

Desde una perspectiva filosófica radicalmente distinta a la de Austin pero compatible con su núcleo significativo, Giorgio Agamben ha llevado a cabo una impresionante investigación histórico-filológica sobre el juramento con el objetivo de mostrar su «arqueología filosófica», algo así como su estructura y función esenciales y primigenias (2009: 4-5 y 16). Para Agamben, la esencia originaria de la institución del juramento reside en la veredicción (*veridizione*), como compromiso performativo del ser humano, «el viviente que tiene el lenguaje», que liga el habla con el mundo, las palabras con las cosas o con los hechos, mediante un vínculo por el cual el sujeto se funde constitutivamente con la verdad de lo que dice (Agamben, 2009: 58, 74-79 y 91-94). El juramento, así, es esencialmente sacramento del lenguaje que afirma el compromiso de decir verdad, y ello sin necesidad alguna de atribuir el valor de tal compromiso a deidades religiosas o a fuerzas mágicas o míticas, como no lo atribuimos al sí de los novios cuando lo aceptamos como compromiso del matrimonio (Agamben, 2009: 86 y 90).

Es cierto que, en las formulaciones históricas del juramento, al compromiso de decir verdad se ha solido añadir sea el conjuro de una maldición por el perjurio, sea, seguramente con mayor persistencia, la invocación como testigos a los dioses o a Dios. Sin embargo, como muestra Agamben por activa y por pasiva a lo largo de su estudio, esas manifestaciones mágicas o religiosas no son componentes esenciales del juramento, sino meras adiciones posteriores tendentes si acaso a mejorar o reforzar su eficacia: por eso insiste en el carácter prerreligioso y prejurídico del juramento, como una experiencia constitutiva sobre el lenguaje y sobre la relación entre palabras y cosas (o hechos) que

preexistiría tanto al derecho como a la religión incluso en las formas arcaicas de estas dos últimas instituciones (Agamben 2009: § 8, pp. 16-18, 38-40, 79-80 y 89). Así, me parece particularmente significativo que Agamben invoque como decisiva la defensa de Cicerón del juramento como institución cuya fuerza no derivaría del miedo a los dioses, despreocupados de las cosas de los hombres, sino de la propia *fides*, «que regula las relaciones tanto entre los hombres como entre los pueblos y la ciudad» (Agamben, 2009: 32). Y no sobraría añadir que para Cicerón la *fides*, la confianza o «sinceridad de las promesas y de los convenios», que se llama así por «hacer lo que se dice» (*quia fiat, quod dictum est applelatam fidem*), es también «el fundamento de la justicia» (Cicerón, *De officiis*, I. vii, 23).

La anterior argumentación, me parece, desactiva de manera suficientemente contundente la descalificación de los juramentos como anticuados residuos del pasado, que no por repetida es menos engañosa y superficial³. Más allá del relativo desgaste sufrido históricamente tras la modernidad, explicable tanto por la larguísima asociación entre el juramento y su refuerzo mágico-religioso como por su uso para expresar la adhesión a personas o instituciones que como la monarquía tienden a estimarse superadas en términos puramente racionales, el sentido de una institución que simplemente permite formalizar un compromiso de veracidad e integridad en lo que se dice y en lo que se hace está lejos de ser una antigualla digna de pasar al desván de la historia.

Entendido como formalización de un compromiso, el formalismo que caracteriza al juramento no solo no tiene nada de extraño, sino que parece íntimamente relacionado con su carácter institucional. La forma del juramento puede ser tan importante que en sus manifestaciones primitivas el cumplimiento del rito debe ser estricto y cuenta como válido sea cual sea la intención: en el Derecho romano arcaico, una vez pronunciadas las palabras rituales, sin aditamento ni mengua algunos, se produce el efecto de manera ineluctable (*uti lingua nuncupassit ita ius* esto, decían las XII Tablas). Con posterioridad, y desde

³ Solo a modo de ejemplo, este reproche de arcaísmo no solo lo adujeron los parlamentarios recurrentes de Herri Batasuna de la STC 119/1990 (Antecedente 3.B), sino que lo vino a aceptar la propia sentencia al considerar al juramento o promesa como «una supervivencia de otros momentos culturales y de otros sistemas jurídicos» (FJ 7).

luego modernamente, la intencionalidad adquiere cierta relevancia y, además, el formalismo tiende a independizarse en mayor o menor medida de un ritualismo rígido. Solo tiende, sin embargo, pues el juramento del presidente Obama se repitió porque el presidente del Tribunal Supremo había cometido un error en la expresión exacta de la fórmula (Gutiérrez Vicén, 2018: 1957). Así, aun siempre bajo una mínima base ritual, en el límite reducida a la firma de un documento, hoy no suele considerarse inválido el juramento que no se sujeta rigurosamente a la fórmula establecida, al menos con tal de que sea clara la pretensión de realizarlo verazmente⁴.

Mediante un juramento se pueden hacer, en lo esencial, dos cosas bien diferentes: o una afirmación solemne sobre hechos pasados o una declaración de voluntad que compromete hacia el futuro. Esta distinción recoge la dicotomía tradicionalmente más relevante del juramento asertivo y el promisorio que, desarrollada a partir del siglo XIII y recogida en el catecismo de Trento, permite caracterizar respectivamente a los juramentos judiciales (o procesales) y a los políticos (Prodi, 1992: 15; y Botero, 2019: 62-66). No obstante, la correspondencia entre las dos clasificaciones está lejos de ser perfecta porque así como el juramento judicial, esencialmente asertivo, tiene algo de promisorio en la medida en que se suele formular como promesa de que se va a decir la verdad, también el juramento político contiene, además de su esencial componente promisorio, el asertivo de que la declaración se está formulando verazmente. Mejor que una equiparación sustancial de uno y otro tipo, como han propuesto algunos autores⁵, seguramente es preferible mantener la distinción

⁴ Uniendo el consabido pero irreflexivo reproche de arcaísmo a la indebida confusión entre formalismo y ritualismo se ha llegado a afirmar, a mi modo de ver objetablemente, que el juramento parlamentario «viene a introducir en los moldes de una organización jurídica y racional un elemento procedente y propio más bien de las sociedades primitivas que exigían la forma sacramental en los contratos como requisito para la validez de los mismos» (Ruiz Lapeña, 1985: 378).

⁵ Grossi y, más recientemente, Agamben, para quien la diferencia entre las dos formas citadas no concierne «al acto del juramento [...], sino al contenido semántico del *dictum*» (2009: 9). Agamben apoya esta afirmación en Hobbes, a pesar de considerar luego la *affermazione* como el primer elemento esencial del juramento (Agamben, 2009: 43) y de precisar más adelante que la «experiencia constitutiva de la palabra» que la institución de jurar expresa originariamente no es la aserzione ni la promesa sino la *veridizione*, entendida tal «veredicción» como compromiso performativo que liga a la persona con la verdad de lo

afirmando que el componente que en uno es la finalidad principal es en el otro presupuesto, y a la inversa.

Este puede ser el momento de aclarar el alcance del significado de los juramentos políticos en este estudio, donde se entienden en sentido amplio, abarcando a todos los que se exigen para el ejercicio de alguna función o cargo público, es decir, tanto a los de naturaleza funcionarial (que en algunos sistemas, como el nuestro, pueden ir más allá del ámbito estricto del poder judicial y de la administración civil y militar para exigirse a todo el personal educativo, sanitario, técnico, etc. del sector público) como a los de naturaleza política en sentido estricto (ministros, parlamentarios, alcaldes, etc.).

Lo que de todo lo anterior conviene dejar fijado es que para poder hablar de un juramento genuino, en contraste con el ficticio o simulado, como el representado en un teatro o en una broma entre amigos, el acto de jurar ha de ser tenido contextualmente por auténtico y no por fingido, mientras que lo que se dice se ha de suponer sincero o veraz. La diferencia entre lo que se hace y lo que se dice reside en que la falta de sinceridad en el decir califica al juramento como hecho en falso, pero juramento genuino al fin y al cabo, con la salvedad de las ocasiones en que la falsedad del decir es tan obvia que comporta la inautenticidad e inexistencia del juramento mismo, como cuando alguien promete regalarle la estatua de Nefertiti a su cónyuge el próximo cumpleaños. Más adelante tendremos ocasión de ver con detalle algo similar en el juramento de HB de la STC 119/1990.

Es imposible dar cuenta aquí de la variedad y complejidad de las formas, justificaciones y usos del juramento, incluso limitadas al juramento político, como lo muestra el documentado estudio de Paolo Prodi sobre *Il sacramento del potere*. Sin embargo, es obligada

que dice (Agamben 2009: 78-79). Sin embargo, Hobbes entiende el juramento como «una expresión agregada a una promesa por medio de la cual quien promete significa que, en caso de no cumplir, renuncia a la misericordia divina», sin importar que el juramento acompañe también a una afirmación, «pues quien refuerza una afirmación por medio de un juramento, promete decir la verdad» (1642: II.20). Pero esta última precisión parece contradecir la idea de que el juramento no consiste en una promesa sino que acompaña a la promesa como mero añadido religioso. A mi modo de ver, como propongo en el texto, el juramento formaliza siempre la veracidad de lo que se afirma con un doble componente veritativo y compromisorio, si bien con distinto peso y función de cada uno de esos componentes según el juramento sea asertivo o promisorio.

una referencia a la aceptación alternativa entre jurar o prometer, que se admite en Estados Unidos desde la redacción de su Constitución y que más recientemente han incorporado otros países⁶. Todavía en 1999 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) declaró que la República de San Marino incurría en violación de la libertad de conciencia por mantener una fórmula de juramento de los parlamentarios que decía «Sur les Saints Evangiles, Je (...) jure et promets...»⁷.

Este cambio, aparentemente trivial, es un evidente producto del proceso de desacralización del juramento que podría inclinar a preguntar si la figura, ligada secularmente a la imprecación y el temor divinos, ha perdido su sentido. No hace tanto tiempo, en la mitad del siglo XIX, Arthur Schopenhauer enlazaba religión y juramento tan estrechamente que, avistando ya el proceso de secularización y temiendo por la desaparición de ambas instituciones, se preguntaba si no sería posible contar con un significado puramente moral y no religioso del juramento «que, como un santuario de oro puro, pudiera sobrevivir a aquel incendio universal de iglesias» (Schopenhauer, 1851: II.133, 281). Si, como antes se ha dicho, la connotación religiosa del juramento es un aditamento accesorio, la respuesta a esa pregunta no puede ser más que afirmativa. Su naturaleza sustantiva esencial de compromiso de decir verdad y su naturaleza formal de acto performativo sigue a salvo y le permite seguir cumpliendo funciones equivalentes a las tradicionales. Ello sería plenamente compatible, dicho sea de paso, con la conveniencia de simplificar la fórmula como promesa para superar definitivamente la alternativa entre jurar y prometer, dejando así en el ámbito privado las opciones en materia religiosa de cada persona.

En fin, una última clasificación de los juramentos políticos de especial interés para este estudio es la que diferencia entre juramentos de lealtad y de acatamiento. Los juramentos políticos han sido histó-

⁶ Mendizábal 2016: 2, que añade el dato de que en España solo se aceptó la «promesa por el honor» en 1910, bajo la presidencia del Consejo de Canalejas (una alternativa que el régimen franquista abolió, no sé si solo *de facto* o también *de iure*).

⁷ *Buscarini et autres c. Saint-Marin* [1999]; en similar sentido, declarando inconstitucional una fórmula de juramento de contenido religioso en la ley de procedimiento civil italiana, se pronunció la Corte Costituzionale en la sentencia 117-1979 (puede verse en *Giurcost*, 1979).

ricamente de lealtad, una noción que tiene una doble dimensión, de profundidad y de extensión: la profundidad proviene de la adhesión moral y personal que se supone a quien promete fidelidad a alguien o algo, sea el rey, la corona, la república, el pueblo, la nación,...; la extensión alude al alcance del compromiso, que más allá del respeto o la obediencia propios del acatamiento puede llegar a incluir no solo la fidelidad en el «preservar, proteger y defender» (como dice el juramento del Presidente de los Estados Unidos) aquello que se jura, sino incluso la devoción a un objeto de lealtad que ya ha dejado de existir, como en los monárquicos o los republicanos de corazón tras el derrocamiento de su régimen.

En el Derecho español, la referencia a la lealtad al rey, junto al compromiso de «guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes», es la regla común al juramento de funcionarios, jueces y miembros del gobierno, mientras que los militares juran «defender a España con lealtad al rey y fidelidad a la Constitución» (González Hernández, 2004: 187, 194 y 236-239). Por su parte, el juramento de los parlamentarios es exclusivamente de acatamiento, entendido como compromiso de mera obediencia o respeto al sistema jurídico vigente, bajo la premisa de que es perfectamente lícita la pretensión de cambiar cualquiera de sus normas por los procedimientos establecidos. Otra diferencia que suele atribuirse a estas dos formas de juramento es que mientras el quebrantamiento de la lealtad tiende a acompañarse de una sanción específica, tradicionalmente asociada al delito de traición, la inobservancia del juramento de acatamiento tiende a no ser sancionable por sí misma en la medida en que la sanción va aparejada a los ilícitos concretamente cometidos, si bien una excepción relevante a esta distinción ocurre en Estados Unidos, donde existe un delito federal genérico de perjurio. También pensando sobre todo en Estados Unidos, y especialmente en el 11-S, algún autor ha observado la obsolescencia del delito de traición⁸, lo que de ser cierto no haría más que confirmar la decadencia al menos de las formas más tradicionales del juramento político. En contraste con ello, no he visto que nadie

⁸ Roach, 2004: 188. No obstante, aparte de su vigencia en delitos militares, la traición está presente directa o indirectamente en algunas constituciones europeas, como la alemana, la italiana o, aunque menos claramente, la francesa, por la ruptura del juramento del presidente de la república (González Hernández 2004: 229 y 231).

ponga en duda la vigencia y utilidad del juramento judicial, pero no es un punto en el que haya profundizado.

III. EL ENFOQUE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

La jurisprudencia constitucional española sobre el juramento, desarrollada sobre todo a propósito del juramento parlamentario, tiene un doble interés: formalmente, es un claro ejemplo del modo de proceder típico de nuestro Tribunal Constitucional (en adelante TC) en lo que se refiere a la utilización de sus propios precedentes; y materialmente, suministra un buen cuerpo de argumentos jurídico-constitucionales que vale la pena debatir. El primer aspecto, que merecería por sí solo un estudio sistemático, aquí será mencionado únicamente al paso de la argumentación sustantiva. En este apartado, tras relatar los precedentes jurídico-constitucionales, el epígrafe central se dedica al análisis crítico de la STC 119/1990, para concluir examinando la constitucionalidad del juramento y su relación con dos debatidos rasgos de nuestra Constitución: su pretendida incompatibilidad con la democracia militante y su total reformabilidad.

3.1. Los precedentes del Tribunal Constitucional

La historia reciente del juramento político en España comenzó en 1983, cuando la STC 101/1983 resolvió el recurso de dos diputados electos de HB contra un acuerdo del Congreso de los Diputados que les había suspendido en sus derechos como diputados por no haber prestado el juramento o promesa de acatamiento a la Constitución establecido en el Reglamento de la Cámara. El TC rechazó el recurso argumentando que la exigencia de tal juramento deriva del deber de acatamiento del art. 9.1 CE y de la propia Constitución como un «deber general positivo de acatamiento entendido como respeto a la misma». A diferencia del deber de obediencia de los ciudadanos, de carácter meramente negativo —añadía la sentencia—, el deber «de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución» corresponde a todos los cargos públicos «con independencia de que se exteriorice en un acto formal». De acuerdo con ello, el argumento central de la STC 101/1983 es que la exigencia de juramento

no establece ‘ex novo’ el requisito para el acceso a la condición plena de Diputado, sino que se limita a formalizar el deber positivo de acatamiento que contiene la Constitución, de la que deriva directamente como un requisito, al ser inherente al cargo el deber de que se trata (FJ 3).

La tesis más importante de esta sentencia es que, según el TC, el deber positivo del acatamiento como respeto a la Constitución

no supone necesariamente una adhesión ideológica ni una conformidad a su total contenido, dado que también se respeta la Constitución en el supuesto extremo de que se pretenda su modificación por el cauce establecido en los artículos 166 y siguientes (FJ 3).

Bajo ese presupuesto, el Tribunal descarta las alegaciones de violación de la libertad ideológica y del derecho de representación política, en la medida en que la exigencia legal del juramento –añade remachando su argumento central– no vulnera el derecho de participar en los asuntos públicos porque el ejercicio de todo derecho

ha de efectuarse dentro del marco constitucional y con el alcance previsto en la propia Constitución, que no comprende el de obtener un resultado prohibido por la misma, como es que los titulares de los poderes públicos accedan a los cargos sin el deber positivo de actuar con sujeción a la Constitución (FJ 3; sobre la libertad ideológica, cf. FJ 5).

Conviene dejar anotadas dos observaciones sobre esta sentencia. La primera es que ni la exigencia de juramento ni la mencionada distinción entre deberes negativos y positivos se pueden deducir (o derivar directamente) del artículo 9.1 o de la Constitución, cuya dicción literal equipara a ciudadanos y actores públicos en el deber de acatamiento, por más que sea razonable atribuir a todo funcionario o cargo público el deber de realizar sus funciones de acuerdo con ella. La segunda observación es que, a pesar de ello, la sentencia concibe claramente la exigencia de juramento como un requisito derivado directamente de la Constitución y, por tanto, como constitucional-

mente obligatoria⁹: en efecto, la contundencia del texto que acabo de transcribir empuja a pensar que la afirmación antes citada de la misma sentencia de que el deber positivo de acatamiento es una condición para el cargo «con independencia de que se exteriorice en un acto formal» sería más una hipótesis conceptual que una admisión de la posibilidad legal de supresión del juramento.

Dos sentencias del TC cercanas a la anterior introdujeron sendas precisiones en la doctrina precedente, una de adición y otra de sustracción por la vía de una distinción. La primera sentencia, de apenas un mes después, aceptó la constitucionalidad de una fórmula de juramento en un parlamento autonómico que exigía acatar y guardar fidelidad a la Constitución y al Estatuto de Galicia. El Tribunal, sin apartarse de la argumentación central de la anterior 101/1983, vino a identificar el acatamiento y la fidelidad mediante un claro retorcimiento definitorio que, además, prescindía de la literalidad de la fórmula, que no parece enunciar como redundantes el «acatar» y el «guardar fidelidad». Frente a la para mí bien sensata argumentación de los recurrentes de que «la fidelidad supone la adhesión interior», que me parece clara en este contexto, la sentencia afirmaba como interpretación más «adecuada»¹⁰ que la fidelidad puede entenderse como el compromiso de aceptar las reglas del juego político y el orden jurídico existente en tanto existe y a no intentar su transformación por medios ilegales, de modo que no excluye perseguir ideales políticos

⁹ De acuerdo con mi interpretación, Santaolaya, 1990: 151. La tesis contrasta claramente con el caso italiano, cuya constitución contiene un precepto más comprometido que nuestro artículo 9.1 («Tutti i cittadini hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi»: art. 54.2), sin prever tampoco el juramento de los parlamentarios. Ante ello, parece que la doctrina común tendió a considerar que el establecimiento legal de ese tipo de juramento sería dudosamente constitucional, una opinión que, sin embargo, Pierfrancesco Grossi desestimó con rotundidad, aun con la salvedad de que la fidelidad a la República de tal juramento sería del todo compatible con «la acción política dirigida al cambio y a la sustitución» de los «valores metajurídicos» inspiradores de la constitución, con tal de atenerse «al método democrático» (Grossi, 1970: 155 y § 9).

¹⁰ El TC justifica el retorcimiento diciendo que siendo posibles dos interpretaciones de un precepto, una ajustada a la Constitución y la otra no conforme a ella, debe admitirse la primera (FJ 6), pero lo que no se ve en absoluto es que la interpretación del tribunal sea posible en el plano de la justificación, por más que lo sea en el de la explicación por la motivación habitual en las sentencias interpretativas de reducir al máximo las declaraciones de inconstitucionalidad.

diversos de los encarnados en la Constitución y en el Estatuto, siempre que se respeten aquellas reglas de juego (STC 122/1983, FJ 5).

La segunda sentencia, dictada poco más de un año después de la 101/1983, consideró la toma de posesión de dos concejales electos de Aranda de Duero que había sido judicialmente anulada porque habían jurado su cargo sin atenerse a la fórmula establecida en un real decreto de 1979: en vez de contestar sin más «sí, prometo (o sí, juro)» a la pregunta legal, que incluía la lealtad al rey, prometieron cumplir con sus obligaciones de concejales, uno de ellos ante el pueblo y el otro ante el pueblo soberano. El TC reconoció en este caso la validez de tal toma de posesión mediante la introducción de una distinción que le permitió apartarse de hecho de la estrecha conexión que las dos sentencias anteriores habían establecido entre el art. 9.1 de la Constitución y la obligación de jurar acatamiento: que tal obligación, en cuanto condición para ejercer el derecho al cargo público del art. 23.2 de la Constitución, está sometida a reserva de ley y, por tanto, no puede ser establecida por una mera norma reglamentaria como lo es un decreto¹¹ (STC 8/1985, FJ 4). Por lo demás, el TC eludió pronunciarse sobre la validez de las fórmulas especiales de promesa empleadas por los concejales (FJ 5).

3.2. La STC 119/1990: la salvedad Por imperativo legal y el ritualismo del juramento

La sentencia que sentaría la doctrina hoy vigente es la 119/1990, del Pleno del TC, y merece un más amplio comentario¹². Esta sentencia revisó una decisión del presidente del Congreso de los Diputados que había denegado a tres diputados de HB la adquisición de la condición plena del cargo porque en la formulación de su juramento habían antepuesto al «Sí, prometo» la salvedad «Por imperativo legal». En lo esencial, el TC aceptó esa salvedad y anuló

¹¹ Seis meses después de esta sentencia, la Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General, introdujo el deber de todo candidato electo en cualquier tipo de elección de jurar o prometer acatamiento a la Constitución en el momento de tomar posesión (art. 108.6, actual 108.8).

¹² Para una contextualización de esta sentencia en el conjunto de la jurisprudencia constitucional sobre la democracia militante, en alguna medida vacilante, (Iglesias Báez, 2016: 780-782).

el acuerdo del presidente del Congreso por violación del derecho del art. 23.2 de la CE

a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos [...], una lesión que sin duda repercute también en el derecho que la Constitución también garantiza a sus electores, de participar en los asuntos públicos a través de representantes (STC 119/1990, FJ 7).

El camino para llegar a tal conclusión, sin embargo, tuvo que girar casi 180 grados de los precedentes establecidos en las SSTC 101/1983 y 122/1983, sorteándolos mediante dos escorzos argumentativos bien familiares en nuestra jurisprudencia constitucional: la afirmación de que los precedentes apoyan una nueva tesis que en realidad es palmariamente opuesta a ellos y el reconocimiento de un criterio general que al fin y al cabo resulta escatimado en el caso concreto. Por el primer artificio retórico, como en tantas ocasiones, la tesis de que el juramento es una obligación derivada de la CE que se formaliza legalmente, se transforma aquí –tras la debida reverencia de citar los precedentes como «punto de partida obligado»– en la tesis bien diferente de su «licitud constitucional», expresamente entendida en el sentido de que

no viene impuesta, pues, por la Constitución, pero como acabamos de señalar, tampoco es contraria a ella [... pues] tan legítima es desde un punto de vista constitucional, la postura de quienes la propugnan como la de quienes la critican como inadecuada o anacrónica (STC 119/1990, FJ 4).

Mediante la segunda maniobra argumentativa, al entrar en la sustancia de la salvedad «Por imperativo legal», lo que la sentencia reconoce como criterio general lo viene a negar luego en una serie de frases de las que solo se puede sacar en limpio la voluntad de no aplicar el criterio general. Así, por un lado, el TC mantiene la intachable doctrina general de que la superación de «un entendimiento exageradamente ritualista» del juramento no implica

prescindir en absoluto de cuanto de ritual ha de haber siempre en toda afirmación solemne. Por esto, para tener por cumplido el requisito del juramento no bastaría sólo con emplear la fórmula ritual, sino

emplearla, además, sin acompañarla de cláusulas o expresiones que de una u otra forma, varíen, limiten o condicionen su sentido propio, sea cual fuese la justificación invocada para ello (FJ 4).

Por otro lado, sin embargo, a la hora de calibrar el caso concreto, el Tribunal inaplica abiertamente esa doctrina para aceptar el argumento de los recurrentes de HB de que la fórmula por imperativo legal no tenía sentido limitativo o condicional, sino sólo explicativo: textualmente, «tiene sólo un sentido modal o causal que no implica ‘condición, reserva, ni limitación alguna’» (FJ 7; las comillas internas corresponden a las alegaciones de HB). Según esta interpretación, los parlamentarios de HB habrían prestado el juramento genuinamente, sin pretender condición ni reserva alguna, como así lo afirmaban en el recurso (cf. Antecedente 3.G), a pesar de que, como lo anunciaron en su campaña, le antepusieron la fórmula «por imperativo legal» para dejar clara la salvedad de que lo prestaban obligados a ello y solo para poder conseguir los derechos y prerrogativas de la condición plena de diputados (FJ 7). No estará de más recordar que en una rueda de prensa inmediatamente posterior a la promesa, los propios diputados de HB explicaron que mediante su fórmula pretendían obedecer «un mandato muy específico de las bases de HB para adquirir la condición de diputados», mencionando también «el rechazo a la Constitución, porque niega el derecho inalienable e imprescriptible a la autodeterminación de los pueblos» (cf. Antecedente 10.G). Con semejantes antecedentes, uno se pregunta cómo el TC pudo mantener que se había realizado un acto de acatamiento auténtico.

Pero con premisas contrarias como las que manejó el TC se puede obtener cualquier conclusión, y la que la sentencia extrajo fue que la salvedad «Por imperativo legal» no impedía la validez del juramento como auténtico. Y que las premisas de esa conclusión son incoherentes queda claro cuando se lee la larga frase que pretende justificar que la repetida salvedad tenía un significado explicativo y no condicional, una frase tan arduamente inteligible como sustantivamente inconcluyente que vale la pena reproducir, porque así se escriben sentencias que tienen trascendencia:

Tan evidente es que, en el lenguaje común, la expresión añadida no tiene valor condicionante ni limitativo de la promesa (una evidencia

que, por lo demás, ratifica la argumentación de los recurrentes ante nosotros, como acabamos de ver), como que su sentido desborda con mucho del carácter meramente explicativo de lo obvio que los recurrentes, en ocasiones, pretenden atribuirle, y adquiere un significado político que, por lo demás, los mismos recurrentes admiten sin paliativos, pues como repetidamente afirman, el sentido de su adición, cuyo uso anunciaron ya en el curso de su campaña electoral, es el de precisar que su acatamiento no es resultado de una decisión espontánea, sino simple voluntad de cumplir un requisito que la Ley les impone, para obtener un resultado (el de alcanzar la condición plena de Diputados), que es el directamente querido tanto por ellos como por sus electores (FJ 7).

Esta elaboración, además de deslizar de pasada una falaz contraposición entre obligatoriedad y espontaneidad¹³ (dejando en el limbo a la voluntariedad, que es el concepto relevante para la validez de un juramento), deja clara la ya indicada incoherencia al aceptar, de un lado, que los diputados de HB adoptaron el punto de vista interno propio del juramento y al reconocer, del otro lado, que pretendían señalar políticamente que juraban por estar legalmente obligados y como medio para obtener la condición plena de diputados, es decir, que lo hicieron solo instrumentalmente, sin adoptar el punto de vista interno.

Debe recordarse aquí que la fórmula ritual fue establecida en una resolución del presidente del Congreso recogiendo una costumbre de la Cámara¹⁴, según la cual a la pregunta sobre si el diputado jura o promete acatar la Constitución, se debía contestar «Sí, juro» o «Sí,

¹³ El ardid retórico convenció a Santaolaya, que interpretó políticamente la coletilla como «forma de testimoniar que el acatamiento no es espontáneo, sino simple voluntad de cumplir el requisito que la ley impone a los parlamentarios» (1990, p. 154), lo que no sería más que una frase vacía, pues no hay parlamentario, de la ideología que sea, que jure o acate espontáneamente, si no viniera a tapar que la única voluntad transparente de la coletilla era la de acceder al cargo sin cumplir realmente el requisito impuesto por la ley, que no es otro que asumir la obligación de acatamiento.

¹⁴ En legislaturas anteriores, la fórmula concreta había seguido el criterio del Reglamento del Senado, que a los efectos de la «declaración de acatamiento» dice desde la primera versión: se leerá la fórmula siguiente: «¿Juráis o prometéis acatar la Constitución?». Los Senadores se acercarán sucesivamente ante la Presidencia para hacer la declaración, contestando: «Sí, juro» o «Sí, prometo» (art. 11.3, vigente desde 1982). El Reglamento del Congreso sigue sin incluir una referencia específica al modo de realizar el juramento (sobre dos propuestas al propósito del Partido Popular que no prosperaron, vid. infra, nota 53).

prometo». Ante este tipo de formulación, la introducción de una coletilla como la utilizada por los diputados de HB no era de confirmación (como ocurriría en «Sí, juro por mi honor» o «Sí, prometo porque soy monárquico»), sino de rectificación, equivalente a un «juro (o prometo), pero...». Detrás del «pero» hay una evidente reserva: lo hago solo porque me obligan y no de corazón o en serio, etc. Más todavía, el significado específico de la salvedad «Por imperativo legal» es que un acto como el de jurar o prometer, que implica consentimiento libre, en realidad se hace forzado y porque se quiere obtener el resultado, pero sin pretender realizar el acto de verdad. Si esto se lo dijera uno mismo para sus adentros, se trataría de una reserva mental o en el foro interno perfectamente irrelevante para el efecto jurídico¹⁵, pero como al introducir la salvedad en la misma fórmula del juramento se da conocimiento público y general a la intención de no cumplir, se trata de un caso de lo que J. L. Austin llamó insinceridad, del tipo «“Prometo pero no tengo la intención de hacer lo prometido” [que] es paralelo a ”esto es así pero yo no lo creo”» (1962: 50; trad.: 93). El caso es similar a jurar con las palabras rituales pero cruzando los dedos ostentadamente, y darlo por bueno es convalidar un acto de mala fe, en este caso de juego sucio democrático¹⁶.

¹⁵ La reserva mental, en la medida en que sea tal y no trascienda, es desde luego algo ajeno al Derecho no tanto porque este no pueda o no deba entrar en la conciencia individual, sino por algo más profundo ya apuntado por J. L. Austin: que los actos performativos consisten en decir ciertas palabras antes que en realizar algo interno o espiritual exteriorizado mediante esas palabras (Austin, 1966: II, 13; trad.: 54). La revelación de la reserva supone un caso de insinceridad, en el que, según Austin, se produce un «abuso» (*abuse*) que impide el perfeccionamiento o consumación del acto, a diferencia de los casos en los que, por ejemplo, se incumple el procedimiento, en que estamos ante un acto «desafortunado» (*unhappy*) que anula el efecto (Austin, 1966: 13-17; trad.: 54-58).

¹⁶ Revenga, 2005: 21; también Mendizábal (2016: 4) critica como «desafortunada decisión» del TC la aceptación de un condicionamiento que desvirtúa el acatamiento, abriendo «una grieta que por la fuerza de las cosas se ha convertido en un boquete con un curioso razonamiento circular que se contradice a sí mismo» (coincido en todo ello salvo en que el razonamiento del TC sea circular, en cuyo caso, por lo demás, malamente podría ser autocontradictorio, como en efecto lo es). En cambio, son críticos con la decisión del TC Solozábal (1995: 3860), por no haber reducido los efectos de la omisión al juramento «a los derechos del parlamentario, pero no a sus prerrogativas», y Santaolaya (1990: 152, 155 y 159) o, más claramente, Prieto Sanchís (1991: 378), por haber aceptado su constitucionalidad.

Dentro de la incoherente argumentación de la sentencia, las referencias al ritualismo se añaden como un señuelo desorientador. El criterio central de la decisión no tiene nada que ver con la cuestión del mayor o menor ritualismo de las fórmulas de juramento, pues lo que la sentencia termina negando es el significado genuino mismo del acto performativo de jurar o prometer, con independencia de su mayor o menor grado de ritualización. Lo que el TC viene a decir es que vale como juramento no sólo el acto cuyo sentido es manifestar que se está diciendo algo en lo que se cree, sino también el acto que dado el contexto hace patente que se quieren sus efectos pero sin asumir el punto de vista interno. Esto no tiene nada que ver con la sensata exclusión de una interpretación rígidamente ritualista del juramento, cuya observancia nos retrotraería a una concepción mágica como la del Derecho romano arcaico que en este caso nunca se había defendido.

Sin duda, es perfectamente defendible una concepción más flexible que la romana, como la que se ha aplicado en algunos casos en España. Conforme a esa concepción, los concejales de Aranda de Duero que prometieron cumplir bien sus cargos «ante el pueblo», el del ministro que dijo «Sí, juro o prometo» o, en fin, las últimas tomas de posesión de miembros del Gobierno que han prometido su cargo mencionando al «Consejo de ministros y ministras», son todos ellos ejemplos claros de actos genuinos y válidos bajo una aceptable concepción desritualizada del juramento, porque no desmienten en absoluto la intención de prestarlo, es decir, el punto de vista interno¹⁷. Pero frente a esto el TC no supo o no quiso ver que una cosa es la naturaleza no rígidamente ritualizada del juramento y otra muy distinta el sentido sea de las palabras utilizadas en él, sea de la forma de prestarlo como condición de su validez. De tal manera, lo que la sentencia aparenta presentar como una razonable *desritualización* frente a la posición que «antepone un formalismo rígido a toda otra consideración [...] violenta la misma Constitución» (STC 119/1990,

¹⁷ Tanto la STC 119/1990 como la posterior 74/1991, recuerdan de pasada la tradición parlamentaria española de prestar juramento añadiendo una breve explicación (o reserva, precisan) después del juramento (FFJJ 7 y 5, respectivamente). Nada hay que objetar a la aceptación de esa parcial desritualización del acto mientras tales explicaciones no impliquen «reserva» que desmienta el acatamiento requerido.

FJ 7), se revela en realidad como una *desnaturalización* de la institución del juramento.

Resumiendo, en su sentencia 119/1990 (pronto confirmada por la STC 74/1991) el TC convalidó una práctica abiertamente insincera y absurda según la cual es disponible cumplir con el acto de jurar mediante una fórmula inauténtica que en realidad permite no hacer el juramento. En vez de mantener un juramento, se ha terminado por admitir como tal un jura-miento o, dicho a la pata la llana, por aceptar pulpo como animal de compañía. Con ello se ha vaciado de contenido la institución para quien lo desea, consagrando la doble ficción de un poco decoroso juego de espejos entre quienes hacen que juran sin jurar y quienes lo asumen no sé si frívola o deportivamente: vale que ellos finjan que juran en tanto nosotros fingimos que les creemos, aunque sabemos que en realidad no juran y que ellos saben que lo sabemos. Y tal es la historia de cómo la convalidación constitucional de un burdo intento de sortear la emisión de un juramento genuino ha dado lugar años después a una patulea de fórmulas extravagantes que han convertido el acto de juramento o promesa parlamentaria en una práctica viciada y bufa, al servicio solo de la grave polarización política que sufrimos desde hace unos años¹⁸.

¹⁸ Destaco algunas de las salvedades a la fórmula legal en la sesión constitutiva del Congreso de los Diputados de 3 de diciembre de 2019: Per la llibertat de les preses polítiques, per la llibertat de les exiliades i fins a la consecució de la república catalana, per imperatiu legal... (Esquerra Republicana de Catalunya); Contra el franquismo, el nazismo y el racismo... (Unidas-Podemos), Por imperativo legal, prometo, en lealtad primera y última, a nuestro pueblo (CUP), por la lealtad al mandato democrático del 1 de octubre, por fidelidad al pueblo de Catalunya, por la libertad de los presos políticos y el retorno de los exiliados y por imperativo legal, lo prometo (Junts per Catalunya); Sí prometo, por imperativo legal hasta lograr una Navarra soberana y una Euskal Herria libre (o hasta la creación de la república vasca) (Bildu); Por las 13 rosas (G. Pisarello); Por la gente trabajadora y la soberanía popular (R. Mayoral); Para exigir el equilibrio territorial recogido en los artículos 138 y 139, y evitar que tengamos una España vaciada, y una desarrollada (T. Guitarte, de Teruel Existe) (el Diario de Sesiones del Congreso no refleja estos detalles, que extraigo de *La Vanguardia*, 2019).

Para otros ejemplos de anteriores legislaturas, Gutiérrez Vicén, 2018: 1965-1966, que recoge también la siguiente fórmula utilizada por una concejala de La Vall d'en Bas: Prometo por imperativo legal respetar la Constitución del Reino de España y el Estatuto de Autonomía de Catalunya con el objetivo de derogarlos para la constitución del Estado independiente de República de Catalunya.

3.3. *Constitucionalidad del juramento, democracia militante y núcleo intangible*

En el plano jurídico-constitucional, el derecho que la STC 119/1990 considera violado es el reconocido en el artículo 23.2 CE de «acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes». La sentencia no entra en el alcance de tal derecho y se limita prácticamente a citarlo –junto al pluralismo político, la libertad ideológica y el derecho de sufragio de los electores– con el fin de avalar una supuesta interpretación «integradora» de la Constitución frente a la «excluyente» del presidente del Congreso. Pero si, como aquí se ha intentado probar, tales derechos son irrelevantes frente una aceptación incorrecta e incoherente del juramento por imperativo legal como válido, tampoco del conjunto de la jurisprudencia constitucional sobre el juramento se puede extraer en absoluto la conclusión de que los anteriores derechos se opongan a la constitucionalidad del juramento de acatamiento exigido a los representantes políticos. Nada diferente, por lo demás, a la línea seguida por el TEDH, que en las varias ocasiones en que ha visto recursos con el juramento político en el trasfondo ha aceptado o dado por supuesta la legitimidad de su exigibilidad¹⁹, mientras en el único caso en el que se pronunció directamente sobre ella, *McGuinness v. UK* (1999), rechazó que violara el Convenio una fórmula mucho más comprometedora y discutible que la española (más adelante se irá comentando esta sentencia con más detenimiento).

Nada de mi crítica anterior pretende respaldar la idea de que la exigencia del juramento parlamentario sea directamente derivable de la Constitución, como con exceso parece afirmar la primera sentencia sobre el tema (la STC 101/1983), ni eludir el debate sobre si tal institución está justificada desde un punto de vista ético-político, que es un tema que dejo pendiente para el siguiente apartado. Tampoco

¹⁹ Vid., además del citado caso *Buscarini* (cf. *supra*, nota 7 y el texto correspondiente), el caso *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium* (1987), que convalidó los distintos efectos representativos de la formulación de un juramento en diferentes lenguas, y, en fin, el caso *Vögt v. Germany* (1995), que, aunque con reservas, aceptó en general la conformidad con la Convención europea del juramento de lealtad para el ejercicio de la función pública (§ 59), si bien en el caso concreto admitió la demanda de una profesora expulsada de la función pública por sus actividades en el Partido Comunista Alemán.

deseo atenuar la fuerza del derecho de sufragio, tanto pasivo como activo, que me parece el argumento más sólido de la sentencia a pesar de su laconismo argumentativo. Solo me pregunto por qué, en vez de aceptar una salvedad que desmiente la autenticidad del juramento, la sentencia no giró sus razonamientos para concluir declarando la inconstitucionalidad de la institución para los cargos representativos. Ciertamente, no era fácil dar este paso, y no sólo porque nuestro TC se resiste a revocar expresamente decisiones anteriores, sino también porque las razones para excluir como contraria a la Constitución la exigencia de un juramento de acatamiento no son ni mucho menos obvias: una vez configurado el acatamiento por el propio tribunal como aceptación del sistema democrático y de las vías constitucionales para su transformación, no parece fácil excluir que entre los requisitos que la ley puede exigir para acceder a cualquier cargo, incluso representativo, se establezca la prestación de un juramento o promesa de tal acatamiento.

En este punto, el debate jurídico-constitucional en España ha girado eminentemente en torno a la afirmación de que nuestro sistema no es de democracia militante porque no existe ningún precepto en la Constitución que sea irreformable. Como enseguida diré, algunos años después de sus sentencias sobre el juramento político, el TC ha hecho expresa esa afirmación en varias ocasiones, pero la idea resuena ya de manera implícita en la más displicente con la idea de la democracia militante, la misma STC 119/1990, cuando conecta el «mayor valor» de los derechos de participación política con el respeto al mandato representativo,

producto de la voluntad de quienes los eligieron —dice la sentencia—, determinada por la exposición de un programa político jurídicamente lícito (y por tal ha de ser tenido mientras no haya una decisión judicial en contrario) (FJ 7).

El concepto de democracia militante es profundamente ambiguo, porque tanto puede entenderse de manera restringida como un pequeño paraguas que, al modo de la Constitución alemana, se refiere estrictamente a la posibilidad de prohibir partidos (o el ejercicio de funciones públicas) por el hecho de propugnar fines antidemocráticos o inconstitucionales, cuanto de manera mucho más amplia como

un vasto toldo que abarca todo tipo de instrumento defensivo de la democracia, desde la educación cívica o los cordones sanitarios a los partidos antisistema hasta la penalización de las conductas violentas, según el cual toda democracia sería militante en un grado mayor o menor²⁰. En España, creo que fue Ignacio de Otto el primero en acogerse al concepto más restringido para negar que nuestro sistema constitucional pudiera considerarse una democracia militante. Su argumento fundamental era que nuestra Constitución ni prevé límites absolutos a su propia reforma ni incluye un precepto similar al artículo 21.2 de la Ley Fundamental de Bonn, que declara inconstitucionales a los partidos que por sus fines o por la conducta de sus afiliados traten de socavar o abolir el orden libre y democrático básico o poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania. Y así, la Constitución española no puede establecer una democracia militante, aducía De Otto, porque sería incoherente prohibir que los ciudadanos y sus representantes persigan aquello que podrían hacer como titulares del poder de reforma de la constitución, cayendo en el absurdo de declarar ilícita la persecución de un fin cuya consecución sería, sin embargo, lícita (De Otto, 1985: 27).

De Otto aceptaba dos excepciones a la reformabilidad total de la Constitución, pero con un alcance meramente lógico y no jurídico-constitucional: de un lado, la destrucción de la democracia «por decisión mayoritaria», que en realidad no sería una decisión democrática conforme a una definición de la democracia como sistema que garantiza «la posibilidad de todos los proyectos»; y de otro lado, la reforma de las normas sobre la reforma, que son lógicamente irreformables, dado que no existen a su vez otras lógicamente superiores que permitan su reforma (De Otto, 1985: 30 y 31). De una manera a mi modo de ver forzada y extraña, De Otto vinculaba la primera imposibilidad con la segunda²¹, seguramente para poder concluir que

²⁰ Dos casos claros del uso restringido en De Otto 1985: 11-18 y Malkopoulou & Norman 2018: 443; distintas defensas del uso amplio en Pfersmann, 2004: 47 y 53; Capocchia 2005, cap. III; Macklem 2006: 488; Müller 2012: 1266; y Tyulkina 2015: 3 (esta última autora, no obstante, propone una clara distinción entre democracia militante, estados de excepción y delimitación de derechos en conflicto, en pp. 16-18).

²¹ En la primera imposibilidad, dice De Otto, «no hay, sin embargo, una tesis solamente política, sino un contenido lógico que es aplicable tanto al caso de la democracia como a cualquier otro principio constitucional. Si hay que negar que la democracia pueda

ambas imposibilidades tienen un carácter lógico sin «prácticamente ninguna consecuencia jurídica»: tanto si cambiara la Constitución irregularmente como si se reformaran las normas sobre la reforma, venía a decir, la constitución subsiguiente no derivaría su validez de la anterior, pero que no estemos ante la misma constitución en sentido lógico no significaría nada jurídicamente, es decir, que no estaría prohibido derribar la Constitución o llevar a cabo la reforma de las normas de reforma (De Otto, 1985: 31-32). No importa mucho aquí desarrollar que la tesis sobre la autorreferencia normativa, que procede de Alfred Merkel y de Alf Ross, es abiertamente errónea, como demostró Herbert Hart²². La tesis decisiva está en la exclusión de la licitud de la democracia militante por el argumento de la total reformabilidad al menos material (es decir, excluidas las normas sobre su reforma) de la Constitución.

Esta última tesis fue durante años mayoritaria entre los constitucionalistas²³, pero tuvo su mayor éxito (implícito, pues nuestros tribunales rarisísimamente citan doctrina académica) cuando en 2003 el TC pareció recogerla al afirmar con la misma rotundidad que De Otto que en nuestra Constitución

no tiene cabida un modelo de ‘democracia militante’ [...], esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución (STC 48/2003, FJ 7).

destruirse a sí misma es porque una norma no puede aplicarse a su propia reforma, una proposición no puede aplicarse a sí misma» (De Otto, 1985: 30-31).

²² Me he ocupado del tema de la autorreferencia normativa, a propósito de las normas que penalizan la prevaricación, en Ruiz Miguel, 2014: 112-113.

Pedro de Vega, en un libro coetáneo al de Otto sobre la reforma constitucional en el que mantuvo la tesis opuesta de un núcleo intangible en nuestra Constitución, coincidió en similares argumentos a propósito de la irreformabilidad del sistema de reforma con la adición sustantiva –que no veo razón alguna para suscribir, sino más bien al contrario– de que sería un enorme contrasentido y un descomunal despropósito, política y jurídicamente utilizar el poder de reforma para convertir una Constitución rígida en una flexible (De Vega, 1985: 276-283; la cita textual en p. 276; pero sobre el tema, concluyendo con una posición abierta a la posibilidad teórica de las dos interpretaciones, vid. también Moreso, 1991).

²³ Cf. sobre ello, con referencias al cambio posterior a la Ley 6/2002, que permitió la ilegalización de ciertos partidos políticos, Iglesias Báñez, 2016: 767 y 773-774.

Es algo paradójico que este rechazo de la democracia militante se proclamara como principio precisamente en una sentencia²⁴ que, según un consenso muy amplio, terminaba *de facto* por hacerle un cierto hueco a la categoría en el caso concreto, pero así se va escribiendo nuestra jurisprudencia constitucional²⁵.

Más allá de la jurisprudencia, las presuposiciones teóricas en esta materia tienden a ser de cara y cruz: así como la tesis de la reformabilidad total sería incompatible con la democracia militante en sentido estricto (Buis, 2009: 80), la tesis opuesta del núcleo esencialmente inalterable sería un componente básico de la democracia militante (Tyulkina, 2015: 14). En realidad, aparte de los argumentos de Derecho comparado que plausiblemente desmienten ambas afirmaciones (cf. Fox & Nolte, 1995; y Revenga, 2005: § II), nada en la lógica de un sistema de soberanía formalmente ilimitada impide que pueda dotarse de instrumentos fuertes de democracia militante ante situaciones de excepcional e inminente riesgo democrático, como tampoco la existencia de uno o varios contenidos constitucionalmente irreformables comporta lógicamente por sí sola la ilicitud de la crítica política de su núcleo inalterable o de la defensa ideológica de un régimen político distinto. Es verdad que cuando aquellas presuposiciones vienen acompañadas de argumentos sustantivos sobre el alcance de los posibles derechos en juego las consecuencias pueden ser bien diferentes. Pero conviene ser consciente de que el peso decisivo de la argumentación está en los derechos y no en la etiqueta de si nuestro sistema es o no de democracia militante en función de la existencia o no de cláusulas de intangibilidad. Se debe argumentar, pues, sobre las razones sustantivas por las que resulta (o debería resultar) o no constitucionalmente lícita la prohibición de partidos solo por sus fines programáticos o, como aquí nos interesa, por las que se puede exigir

²⁴ El caso era nada menos que la discutida inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 6/2002, de partidos políticos (la que sirvió para la ilegalización de HB), que el tribunal desestimó mediante un fallo interpretativo (STC 48/2003, FfJJ 10 y 23).

²⁵ Con posterioridad, otra sentencia especialmente importante en la que el TC ha vuelto a recurrir a la tesis de que nuestra democracia no es militante es la que resolvió el recurso contra la «Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña» de enero de 2013, alegando dicha tesis para admitir que la Constitución podría ser reformada para reconocer tal derecho (vid. STC 42/2014, FJ 4, donde se citan varias de las sentencias en las que se ha recurrido al mismo estribillo desde la 48/2003).

o no el juramento de acatamiento a los representantes políticos. Y lo que puede y debe dirimir esta última cuestión son los argumentos relativos al alcance de los derechos de participación política y de libertad ideológica, que son objeto de debate en el apartado siguiente (§§ 4.2 y 4.3).

Pero antes de pasar a ese apartado me parece conveniente hacer una breve reflexión para tomar posición sobre la cuestión de la reformabilidad total de nuestra Constitución, que tiene su importancia por algo que se verá más adelante, en el § 4.2. A mi parecer, la tesis de Otto de que hay solo un impedimento lógico pero no una prohibición jurídica de acabar antidemocráticamente con el conjunto de la Constitución es tan inverosímil como su tesis gemela de que no es lógicamente posible reformar las reglas sobre su reforma. Creo más bien que mientras una eventual «reforma» que acabara con la democracia sería un cambio *de* Constitución (y no *en* la Constitución) que sería absurdo pensar como constitucional, en cambio, la reforma de las reglas de reforma es perfectamente posible y lícita²⁶. El propio De Otto admite que la democracia no puede ser destruida lógicamente por decisión mayoritaria: qué problema hay entonces para presuponer que cualquier sistema democrático contiene una norma, si no explícita sí implícita, que excluye la autorización de ese imposible lógico, que sin embargo es siempre una posibilidad real.

El problema más peliagudo viene cuando se pregunta, dada la apertura literal de nuestras reglas de reforma a cualquier cambio, incluso total, si ese núcleo intangible va más allá del principio de la soberanía popular y el núcleo de los derechos e instituciones básicas que configuran el sistema democrático liberal. Más allá de ese primer círculo, al que aquí denominaré al núcleo democrático básico, se encuentra lo que Carl Schmitt denominó «las decisiones políticas fundamentales» de una constitución (Schmitt, 1928: 51). Ese núcleo conllevaría la existencia de varias cláusulas de intangibilidad, incluso implícitas, en especial las relativas a la concreta forma de Estado y de gobierno: en el caso español, la monarquía parlamentaria y el sistema de distribución territorial del poder, así como también al alcance territorial de la soberanía. Denominaré a este segundo círculo

²⁶ Por lo demás, de su sensatez dan idea los casi ríos de tinta en la literatura filosófico-jurídica española de los últimos años alrededor de la llamada objeción contramayoritaria.

más amplio la tesis del núcleo constitucional irreformable cuando se defiende como jurídicamente vedado por nuestra Constitución (así, De Vega, 1985: 285-290; y Tajadura, 2018: §§ I.7 y II.4).

A mi modo de ver, sin embargo, las reformas procedimentalmente conformes sobre el núcleo más extenso –al igual que las modificaciones en los derechos o en la organización judicial o administrativa que no impugnen la esencia del sistema democrático– deben considerarse jurídicamente autorizadas por la Constitución, aunque algunas de ellas podrían tener tal trascendencia sustantiva que *ex post facto* seguramente sería razonable debatir si habrían dado lugar a un mero cambio constitucional o a una constitución distinta²⁷. No sería lo mismo, desde luego, una transformación de la división territorial en sentido más genuinamente federal que una fuerte recentralización, ni un cambio de soberanía por la eventual recuperación de Gibraltar o la pérdida de Ceuta y Melilla que por la independencia de Cataluña o el País Vasco. Pero dada la expresa regulación abierta de nuestras reglas de reforma y la persistente interpretación en el mismo sentido de nuestro TC, ex ante al menos, me parece razonable negar la idea de ese más amplio núcleo constitucional irreformable jurídicamente.

IV. EL ENFOQUE FILOSÓFICO

Los argumentos más relevantes con trascendencia filosófico-jurídica en materia de juramento son los relacionados con el tema de la naturaleza de la obligatoriedad del juramento, con la libertad ideológica y de conciencia y con los derechos de representación y participación políticas. A ellos se dedicará este apartado por ese mismo orden.

²⁷ La reunificación de Alemania en octubre de 1990 produjo varias reformas en la Ley Fundamental de Bonn, de 1949, especialmente en el preámbulo y en las disposiciones transitorias y finales, pero sigue considerándose la misma constitución a pesar de que el art. 146, pensando en la reunificación, se refería a su pérdida de vigencia tras una constitución aprobada «por todo el pueblo alemán». Sin embargo, realizada la reunificación sin un referéndum, ese artículo se ha mantenido con la siguiente adición en cursiva: «La presente Ley Fundamental que, después de haberse consumado la unidad y la libertad de Alemania, es válida para todo el pueblo alemán, perderá su vigencia el día en que entre en vigor una Constitución que hubiese sido adoptada por libre decisión de todo el pueblo alemán».

4.1. La obligatoriedad condicional del juramento

El pivote central sobre el que se apoya la crítica a los juramentos en general, y no solo a los políticos, descansa en su carácter jurídicamente obligatorio. Desde luego, la obligatoriedad resulta particularmente odiosa cuando el juramento implica una posible autoacusación, como ocurría con los juramentos de prueba (*test oaths*) que con motivo de la Guerra de Secesión americana obligaban a los funcionarios y empleados a «jurar o afirmar que nunca habían realizado anteriormente conducta ilegal o desleal alguna», bajo la sanción de no recibir el sueldo si no juraban y de perjurio y exclusión definitiva para cualquier empleo federal en caso de juramento falso (*United States Senate*, 2020). A pesar de que los juramentos de prueba han sido considerados constitucionales en los Estados Unidos bajo ciertas condiciones y con exclusión de los retrospectivos (como el que en 1838 se exigía a los abogados de Alabama de no haber cometido el delito de duelo), parecen acertadas, entre otras, las críticas de que invierten la presunción de inocencia y equivalen a una confesión obligatoria (cf. Greenberg, 1958: 488ss; sobre el tema, cf. Tushnet, 2009: 366-370), dos principios bien asentados por la Ilustración penal²⁸. No obstante, se debe desbrozar el objeto y las razones de la repulsa de juramentos como los anteriores –la presunción de inocencia y el derecho a no declarar contra uno mismo– de la obligatoriedad en sí misma, que en otros juramentos podría estar bien justificada.

Ante todo, conviene dejar precisado que la obligatoriedad jurídica se refiere en general a la prestación del juramento, pero no necesariamente a la de su cumplimiento, lo que en la práctica depende de que este último se refuerce directamente mediante alguna sanción institucionalizada. Sin embargo, tal sanción puede no existir

²⁸ Greenberg, cuyo ya algo antiguo estudio sobre el tema está bien documentado, critica también con buen criterio la exigencia de algunos juramentos prospectivos, como los de lealtad de los empleados públicos que van más allá de la promesa de fidelidad en el cumplimiento de las leyes, por ejemplo inquiriendo sobre creencias o simpatías, especialmente cuando son de formulación vaga (por ejemplo, el juramento de no creer o abogar por medios ilegales o inconstitucionales, que le parece todavía peor que el de no pertenecer al partido comunista). Sin embargo, Greenberg admite la razonabilidad de «la mayoría de los juramentos [...], que] están diseñados para salvaguardar ciertos segmentos vitales de la sociedad contra la infiltración de los que pretenden traicionar a la nación» (Greenberg 1958: 509; cf. también pp. 494-496, 501 y 506-507).

y tener solo, si acaso, carácter moral o religioso²⁹. Aun así, incluso si una vez realizado el juramento su cumplimiento está jurídicamente sancionado de manera directa, como cuando existe un delito genérico de perjurio, la obligatoriedad de la prestación de cualquier juramento es compatible con su posible carácter condicional, que es el régimen usual en los juramentos políticos, a diferencia de los juramentos judiciales, cuya obligatoriedad es incondicional en el sentido de que negarse a prestarlos es susceptible de sanción³⁰.

En efecto, frente al caso del juramento incondicionalmente obligatorio, como el testifical en juicios penales o el exigido a los soldados en un servicio militar obligatorio, el juramento que se exige a los ministros, los funcionarios o los militares profesionales resulta bien diferente porque estos últimos eligen libremente acceder a su cargo u oficio. Esa libertad de acceso, por cierto, impone una relevante diferencia entre exigir el juramento como condición para el acceso a la función y hacerlo a quienes ya han accedido a ella si el no prestar juramento comporta alguna sanción, como la pérdida del cargo³¹. En el caso del juramento condicional, el juramento puede considerarse, al menos en principio y formalmente, como una condición similar al deber de presentar la declaración de bienes y actividades que en España se exige a los parlamentarios³² (más adelante se verá, no

²⁹ Como pequeña muestra de la posible complejidad normativa del juramento, cabe recordar que en la tradición del Derecho canónico, todavía vigente, el juramento arrancado con fuerza, dolo o error grave seguía siendo obligatorio ante Dios y la conciencia, aunque la Iglesia podía dispensar a la víctima de su cumplimiento (cf. Botero, 2019: 37).

³⁰ El constitucionalista italiano Pierfrancesco Grossi recoge la misma distinción con la terminología menos transparente de «giuramento dovuto» y «necessitato», atribuyendo al primero la obligatoriedad bajo sanción de su prestación pero sin vinculatoriedad moral y al segundo, en cuanto condicional, el carácter voluntario de su prestación y la vinculatoriedad moral (cf. 1970: § 2).

³¹ En el parlamento del Reino Unido no prestar el juramento excluye a los parlamentarios electos de participar en las sesiones y recibir el sueldo, pudiendo ser multados con 500 libras y su escaño ser declarado vacante (cf. *The Parliamentary Oath*, 2001). Según la Wikipedia, en abril de 1998 la Cámara de los Lores excluyó a 260 miembros que no habían prestado juramento, entre ellos, el Duque de Edimburgo, el Príncipe de Gales y el Duque de York (cf. *Oath*, 2020).

³² Para los parlamentarios, vid. art. 160 de la Ley 5/1985, de Régimen Electoral General, así como el art. 20 del Reglamento del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982 (que en el mismo precepto establece dicha declaración junto al juramento o promesa

obstante, si tal equiparación es o no adecuada desde un punto de vista más sustantivo, que tenga en cuenta la libertad de conciencia).

Así pues, los juramentos políticos, como los compromisos de confidencialidad y similares en el ámbito empresarial, suelen ser de naturaleza condicional. El juramento es en ellos una condición para obtener un beneficio que no se obtiene si no se presta pero no una sanción por el hecho de no prestarlo. Cuando O. W. Holmes era juez del Tribunal Supremo de Massassuchetts justificó una sentencia en un caso análogo al del juramento previo a la función —un policía local que fue expulsado del cuerpo porque había participado en dos campañas políticas contra una ordenanza municipal que lo prohibía— con este comentario: «El demandante puede tener un derecho constitucional a hablar de política, pero no tiene un derecho constitucional a ser policía» (*McAuliffe v. Mayor of New Bedford*, 155 Mass. 216, 220 [1892]). El criterio puede parecer rudo, y de hecho sería revisado en parte por el Tribunal Supremo en los años 50 (cf. *Loyalty*, 1968: 499), pero no resulta del todo desatinado para los juramentos y la actuación pública de funcionarios que, como los militares o los jueces, deben estar al margen del partidismo político.

La obligatoriedad condicional de prestar ciertos juramentos, por tanto, no desautoriza automática ni necesariamente su justificación, siempre que exista proporción entre su obligatoriedad y el grado de exigencia de dos variables relevantes, en muchos casos relacionadas entre sí: por un lado, la forma y el contenido del juramento, que pueden ir, el primero, desde el juramento en sentido religioso hasta la laica promesa y, el segundo, desde la lealtad ciega a una persona o sistema con la ley o sin ella, siempre injustificada, hasta la fidelidad al ordenamiento jurídico en el cumplimiento de la función o, en fin, el comedido acatamiento a una constitución democrática; y, por otro lado, la naturaleza del cargo o función que se jura, pues no se debe equiparar

como «requisitos» para la adquisición plena de la «condición plena» de diputado) y el art. 26 del Reglamento del Senado de 3 de mayo de 1994.

En el caso de los ministros y demás altos cargos, la Ley 3/2015, de 30 de marzo, impone la obligación de presentar declaraciones de actividades y de bienes y derechos hasta tres meses después de la toma de posesión (arts. 16 y 17), mientras la sanción por el incumplimiento de dicho deber no implica la destitución del cargo sino una sanción de declaración de incumplimiento publicada en el BOE y de exclusión de todo nombramiento como alto cargo entre 5 y 10 años (arts. 25 y 26).

la fidelidad a la ley que debe mantener el funcionario con el derecho de participación política que se ha de garantizar a los representantes políticos. El primer punto se relaciona sobre todo con la libertad ideológica y el segundo con el derecho de representación política, que se analizan en los dos epígrafes siguientes por ese mismo orden.

4.2. La libertad ideológica y de conciencia

Un relevante argumento basado en derechos contra la exigibilidad jurídica de todos los juramentos políticos, incluidos los de los funcionarios, es la libertad ideológica y de conciencia. Este tipo de objeción puede afectar sea a la forma del juramento o a su contenido. En el primer caso, las razones tienden a ser de conciencia, como las religiosas de los cuáqueros o las de reserva hacia la religión de algunos laicos que se niegan a jurar por Dios o alguna invocación similar. La relevancia de este tipo de razones ha sido reconocida por el TEDH en el citado caso *Buscarini*, que, como vimos, consideró incompatible con el convenio europeo no admitir la posibilidad de prometer como alternativa a la fórmula religiosa.

En el segundo caso, es el contenido del juramento lo que afecta a la libertad de conciencia, que puede ser religiosa o no. La versión no religiosa, ideológica o política, la tenemos a la vista en la resistencia a prestar el juramento a la Constitución española por diversos parlamentarios en las últimas legislaturas. En su versión religiosa, el contraste entre la obligatoriedad del juramento y las reservas de conciencia tiene una larga historia. Aparece ya en la condena de todo juramento por Jesús en los Evangelios y en la negativa de los cristianos al juramento romano (cf. Mateo 5, 33-37; y Prodi, 1992: 39ss), tendría luego sucesión en algunas sectas cristianas y cobraría un denso protagonismo en la Inglaterra de los siglos XVI y XVII en las luchas entre anglicanos y católicos (Pollen, 1911; Prodi, 1992: 275ss y 426ss; y *Oath*, 2020). Esas luchas han tenido un centelleo contemporáneo en el caso *McGuinness v. UK*, un parlamentario irlandés que presentó una demanda al TEDH alegando su profesión católica contra la decisión del Parlamento del Reino Unido de no darle posesión de su escaño mientras no prestara un juramento de lealtad a la reina de Inglaterra, que es además la cabeza de la Iglesia anglicana.

Entrando ya en el fondo del asunto, merece la pena recordar la llamativa reserva liberal, de carácter no religioso, que Kant expresó hacia la forma del juramento, en particular hacia el aprovechamiento coactivo del miedo religioso (en realidad, supersticioso, reconoce) inherente a la institución, llegando a afirmar la «injusticia en sí» de la obligación de jurar «porque incluso en el estado civil forzar a prestar juramento se opone a la libertad humana, que no se puede perder». En cambio, aceptó el juramento en la función pública, añadiendo la discutible propuesta de sustituir los juramentos promisorios, al asumir el cargo, por juramentos asertivos que los funcionarios deberían prestar periódicamente sobre «la fidelidad de su gestión» en el pasado³³. Creo que tal propuesta es rechazable por afectar a la presunción de inocencia y al derecho a no declarar contra uno mismo, conforme a las objeciones ya expuestas al principio del § 4.1 contra los juramentos de prueba retrospectivos. Pero al margen de ello, la verdad es que si las legislaciones hubieran secundado tal propuesta kantiana quién sabe cuánta gente se habría librado de prestar juramentos contradictorios a regímenes opuestos, como ocurrió en Alemania, donde los funcionarios debieron jurar fidelidad a la monarquía en 1918, a la República de Weimar en 1919, a Hitler en 1934 y de nuevo a una constitución democrática en 1949³⁴.

Otro caso histórico que me parece útil recordar antes de continuar con la argumentación sustantiva es el del juramento impuesto por el régimen fascista a los profesores italianos, un juramento de fidelidad «al Rey, a sus reales sucesores y al régimen fascista», que añadía el deber de cumplir sus funciones académicas para formar «ciudadanos industriuosos, probos y devotos de la patria y del Régimen Fascista». Solo doce de más de 12.000 profesores rehusaron prestar el juramento y perdieron la cátedra (Ravveduto, 2016; y Prodi, 1992: 504). Creo que fue pensando en este hecho, traumático para maestros muy cercanos, por lo que Norberto Bobbio, en correspondencia

³³ Kant, 1797, III.40: 133-134. Explica Kant que si el funcionario, «al finalizar el año (o más) estuviera obligado a jurar la fidelidad en su gestión durante este tiempo, esto conmoviera más a la conciencia, en parte, que el juramento de promesa, que siempre permite a la postre el pretexto interno de que, aun con la mejor intención, no se han podido prever las dificultades –conocidas solo más tarde– durante el ejercicio del cargo» (1797 [III.40]: 134).

³⁴ Prodi, 1992: 498. El citado en el texto no sería el único caso, ni el más llamativo: de Talleyrand se ha dicho que juró hasta quince veces (cf. Gutiérrez Vicén, 2018: 1969).

privada con Paolo Prodi, trazó este tan limpio como rígido criterio sobre el juramento:

Puede imaginar cuánto ha contado en la propia vida enseñar, como me ha ocurrido a mí y a tantos otros, durante el fascismo no siendo fascista. El juramento transforma una obligación externa en una obligación de conciencia. Es una institución odiosa, execrable. Es siempre la imposición, incluso la coerción de quien está arriba sobre quien está abajo. No se trata de discutir esta o aquella fórmula: hay que abolirlo...³⁵.

Me interesa especialmente afrontar el argumento de Bobbio, que muestra la severa moralidad que puede alentar tras la ideología liberal. Ante todo, creo que la aversión de Bobbio tiene un trasfondo diferente de la oposición kantiana hacia la manipulación del miedo religioso, meramente formal, para basarse en cambio en el respeto hacia la conciencia moral, no necesariamente religiosa, de quien se resiste a declarar una lealtad política que no siente o incluso le repugna. Y así como las razones de Kant pueden quedar superadas una vez que se admite la posibilidad de prometer en vez de jurar, en contraste, las razones de Bobbio son menos fácilmente eludibles si se toma en serio la libertad de conciencia. Sin embargo, no comparto la conclusión de Bobbio de que se deba abolir todo juramento, sin implicar con ello que yo crea obligado mantener la institución. Dejando al margen los juramentos judiciales, que es dudoso que entren en el sentido y en la letra de la afectación a la conciencia invocada por Bobbio, tiendo a creer que tal afectación se produce en los juramentos de lealtad pero no, en principio, en los de acatamiento. La lealtad, en efecto, es una disposición gratuita identificable con una adhesión interna que no se puede (fácticamente) obtener desde fuera y que tampoco se debe (normativamente) exigir por el Estado, que debe ser incompetente para ordenar nada legítimamente en esa esfera puramente interna.

³⁵ Carta de 10 de septiembre de 1989 (Prodi, 1992: 519, nota). Tanto Giole Solari, el maestro de Bobbio, como otros profesores muy próximos, como Francesco Ruffini, Piero Calamandrei, Alessandro Levi o Arturo Carlo Jemolo, decidieron jurar con repugnancia por distintas razones (Ravveduto, 2016).

En una línea muy similar, el historiador del Derecho Ernst Kantorowicz, que había rehusado hacer el juramento hitleriano, huido de Alemania y acogido en la Universidad de California, rechazó suscribir el juramento de profesión anticomunista que se exigió en la época de la caza de brujas del senador McCarthy (Prodi, 1992: 518).

En cambio, el compromiso de acatamiento a una constitución no comporta la vinculación personal y «existencial» defendida por Carl Schmitt (1928: 51) que compromete un reconocimiento interno de la fórmula política constitucional.

Exigir una vinculación existencial o interna entra claramente en la clase de juramento repudiada por Bobbio, que puede ejemplificarse bien con la lealtad a la Reina de Inglaterra objetada en el caso *McGuinness*, que el TEDH desestimó de manera bien discutible. Dejando para más adelante la cuestión de la representación política, la argumentación de la sentencia sobre la libertad de conciencia resulta no solo sucinta sino endeble, pues se limitó a asegurar, contra la evidencia literal de la fórmula legal³⁶, que tal fórmula no obliga

a jurar o afirmar fidelidad a una religión particular bajo pena de perder el escaño parlamentario o como condición para acceder a él; ni [el demandante] fue obligado a abandonar sus convicciones republicanas ni se le prohibió perseguirlas en la Cámara de los Comunes (*McGuinness v. UK*: § 2).

Alguien podría querer añadir que el rechazo a jurar de Martin McGuinness no era propiamente una objeción de conciencia, como en cambio lo fueron las negativas de los profesores italianos a prestar el juramento fascista, y que por tanto no podría verse amparado por la libertad de conciencia. Y es cierto que, técnicamente, en el caso de McGuinness, como en los rechazos típicos al juramento parlamentario, no suelen primar tanto razones de salvaguardia de la conciencia individual a costa de sufrir cualquier sanción como razones de denuncia política en nombre de una ideología política a la que se representa. Sin embargo, que la objeción sea principalmente ideológica no excluye, conforme al argumento de Bobbio, que la exigencia de lealtad a un régimen político sea rechazable por preten-

³⁶ La fórmula reza: «I [name] do swear that I will be faithful and bear true allegiance to Her Majesty Queen Elizabeth II, her heirs and successors, according to law. So help me God». En este caso es obvio que la expresión «according to law» no tiene el mismo sentido que la salvedad «Por imperativo legal» de nuestros juramentos. Para un resumen histórico del juramento en el Reino Unido, con referencia también a la reivindicación republicana irlandesa, vid. *Oath*, 2020.

der imponer una adhesión interna a un sistema y que deba por tanto resultar amparada por la libertad de conciencia.

Si se toma en serio la anterior razón, como creo que hay que tomarla, las varias fórmulas de juramento de nuestro sistema jurídico, en las que se jura lealtad al rey o a la Constitución, en la medida en que parecen implicar una adhesión moral o «existencial» al modo de Schmitt, me parece que deberían ser sustituidas por afirmaciones de respeto que, en el caso de los miembros del poder ejecutivo y el judicial y de los funcionarios, pueden seguir incluyendo también el compromiso de no solo guardar sino también «hacer guardar la Constitución y la leyes», es decir, lo que se puede considerar un acatamiento activo, pero acatamiento y no lealtad, que no debe ser jurídicamente exigible³⁷.

Por su parte, el compromiso que en España se exige a los parlamentarios no formula ni siquiera esa forma de acatamiento activo, sino únicamente un mero acatamiento, si se quiere pasivo, por el que no se promete «hacer guardar», sino solo guardar, es decir, respetar u obedecer a la Constitución. Y con la importante cualificación, además, de que, conforme a la bien razonable interpretación del TC ya señalada, el respeto o acatamiento a la Constitución abarca solo a los valores democráticos básicos sin recortar la libertad ideológica a propósito de la monarquía, la unidad de la nación e, incluso, de esos mismos valores democráticos básicos. Objetivamente, así pues, tal compromiso no supone una adhesión en conciencia a lo que se acata.

Sin embargo, se puede reconocer que, subjetivamente, ese compromiso de mero acatamiento puede repeler a la conciencia de quien no concuerda ideológicamente con la democracia liberal, la unidad de la nación o la monarquía y está dispuesto a combatir las y cambiarlas por procedimientos distintos a los constitucionalmente establecidos. ¿Pero está obligado un Estado democrático a incorporar a su parlamento a quien, aun conservando siempre las libertades polí-

³⁷ Permítaseme una pequeña precisión sobre la idea de «fidelidad», que sufre de cierta ambigüedad que en esta materia se debe resolver contextualmente. Así como, según vimos en el § 3.1, el juramento de «acatar y guardar fidelidad a la Constitución y al Estatuto de Galicia» parece utilizar el término como equivalente a la lealtad o «vinculación existencial» schmittiana, en cambio un juramento de «ejercer las funciones del oficio con fidelidad a las leyes» indica solo respeto u obediencia y no parece que comporte un similar compromiso de lealtad.

ticas, no está dispuesto a comprometerse a respetar los valores básicos democráticos y constitucionales? La razón última para responder a esta pregunta remite al complejo y torturado debate, que aquí solo puedo dejar mencionado, sobre si un sistema tolerante puede o no excluir a los intolerantes sin dejar de estar justificado. Mi respuesta es que un sistema democrático razonablemente legítimo no viola la libertad de conciencia cuando exige ese respeto como condición para el ejercicio de funciones representativas³⁸. Adelantando el argumento central sobre el derecho de participación política que desarrollo en el siguiente epígrafe, de modo análogo al compromiso de cumplir lo firmado en un contrato privado, que no comporta «vinculación existencial» o adhesión interna alguna, el juramento parlamentario puede ser visto más bien como una condición sobre el juego limpio propio del pacto entre el sistema democrático y el representante que va a participar en la función legislativa³⁹.

Sin embargo, alguien podría objetar que la respuesta anterior resulta aceptable solo cuando estamos ante el hoy rarísimo caso de constituciones plenamente flexibles, pero que es dudoso en el de los sistemas con constituciones rígidas sin cláusulas de intangibilidad y, en fin, inaceptable en los sistemas que tienen un núcleo constitucionalmente irreformable. Veamos los tres casos por separado.

En el caso de los sistemas que no exigen para su reforma más que la mayoría legislativa ordinaria, parece bien razonable establecer

³⁸ Claramente en contra de esta posición, porque el juramento condicionaría indebidamente el derecho a la libertad de conciencia y, más implícitamente, el de representación política, Prieto Sanchís, 1991: 376-378. Discrepo sin embargo con su argumentación de que la defensa de la exigibilidad del juramento suponga «justificación organicista o supraindividual» alguna, así como que viole el principio de que la libertad solo debe restringirse para la protección de bienes de al menos igual valor. Creo que nuestra posición diverge en último término en lo que se refiere al criterio de tolerancia de los intolerantes, pero tengo intención de volver con más detalle sobre ese tema en un futuro próximo y esa será una ocasión más propicia para desarrollar mis argumentos.

³⁹ En esta misma línea va la conclusión del magno estudio de Paolo Prodi, que no se refiere solo al juramento parlamentario: «el juramento de tipo jerárquico-vertical, de fidelidad, o es execrable [...] o es completamente eliminable» por inútil, a diferencia del «juramento como contrato de status, como "matrimonio político"» en los sistemas democráticos (en cambio, como se verá en el § 5, me parece más difícil compartir, al menos para España, su cautelosa afirmación de que en esa segunda forma «quizá» pueda servir a la cohesión y a la continuidad del cuerpo político, e incluso para evitar cualquier forma de sacralización de la política, sea teocrática, immanentista o fundamentalista (Prodi, 1992: 518-521).

la condición del juramento de acatamiento como forma de autoprotección del núcleo democrático básico, bajo el criterio de que no resulta legítimo utilizar el procedimiento democrático para acabar con el propio sistema. Tómese nota aquí de que, en este primer caso, la alegación de un eventual representante antidemocrático que adujera razones de conciencia contra dicho juramento resultaría claramente desechable, como también lo sería la de quien defendiera la evasión de impuestos alegando su desacuerdo en conciencia con la existencia del Estado.

En los sistemas con constituciones rígidas pero jurídicamente reformables en todo o en parte —como la nuestra, según la interpretación que he aceptado— habría que debatir si una fuerte rigidez está justificada democráticamente, pero voy a darla por supuesto por la necesidad de sobreproteger los derechos básicos y por la conveniencia de contar con consensos amplios para cambios trascendentes. Eso supuesto, creo que el Estado puede legítimamente seguir exigiendo un compromiso de acatamiento también a esas reglas agravadas de reforma y que los disidentes se encuentran en una situación similar a la minoría inhábil de hecho pero no de derecho para convertirse en mayoría. En este segundo caso, el pacto antes aludido entre el sistema democrático y el representante parece defendible: si el sistema respeta los derechos políticos de los disidentes, son ellos quienes tienen, por así decirlo, la carga de persuadir a sus conciudadanos respetando recíprocamente las mayorías reforzadas establecidas. Y si es razonable exigir ese respeto, también lo será exigir que los representantes se comprometan a mantenerlo.

El caso más difícil se presenta en las constituciones con diversas cláusulas de intangibilidad, sean explícitas o implícitas y, por tanto, para quien defiende que una constitución como la española tiene un núcleo no susceptible de reforma que va más allá de los principios democráticos esenciales, extendiéndose a la fórmula política concreta en la que tales principios se organizan constitucionalmente. Aquí se pierde el pie de la reciprocidad que acabo de defender entre el respeto por el Estado a los derechos políticos de los disidentes y el respeto de los disidentes hacia el sistema de reforma de la constitución. ¿En el supuesto de una constitución monárquica y unitaria como irreformable, debe tener primacía la obligación de acatarla sobre la

conciencia del disidente republicano o separatista? Confieso que no tengo una respuesta indubitable para esta pregunta, porque, por un lado, quizá se le pide tanto al disidente que la exigencia no resulte proporcionada, si bien por otro lado también encuentro atractivo el argumento de que si el sistema es legítimo puede haber razones para intentar defenderlo, especialmente en caso de peligro. La fuerza de esta segunda posición depende de que se acepten un par de tesis, tendenciales y no infalibles, de carácter histórico: de un lado, que los sistemas políticos, en cuanto mecanismos complejos engranados en distintas piezas, tienden a mantenerse o a caer enteros, de modo que el derribo de alguna de sus piezas importantes suele provocar el hundimiento del edificio entero⁴⁰; y, de otro lado, que del hundimiento de una constitución democrática es muy raro históricamente que surja un sistema democrático. Si estas tesis fueran plausibles, también cuando existe un núcleo constitucional irreformable más allá del núcleo democrático básico podría ser aplicable la idea del pacto entre el sistema constitucional y el representante por el que este debe comprometerse a respetar las reglas para poder jugar en él. Pero el argumento es mucho menos persuasivo que en los dos casos anteriores.

4.3. El juramento de los representantes y el derecho de participación política

La idea del pacto entre el representante y el sistema democrático que he esbozado en la última parte del epígrafe anterior podría ser puesta en duda. Un parlamentario, y cualquier representante popular, podría alegar que el derecho de participación política es incompatible con la exigencia del juramento, y tanto de manera directa, por razón del derecho al cargo para el que ha sido elegido (derecho de representación), como de manera refleja, para garantizar el sufragio de sus

⁴⁰ Es probablemente este tipo de razón el que está detrás de la siguiente afirmación del TEDH en el caso McGuinness: «the requirement that elected representatives to the House of Commons take an oath of allegiance to the reigning monarch can be reasonably viewed as an affirmation of loyalty to the constitutional principles which support, *inter alia*, the workings of representative democracy in the respondent State. [...] the oath requirement can be considered a reasonable condition attaching to elected office having regard to the constitutional system of the respondent State» (§ 1).

electores. Como presunción en contra podría alegarse que lo normal en el Derecho comparado es el juramento parlamentario, citándose el caso italiano como excepcional (Ruiz Lapeña, 1985: 382, nota 14). Sin embargo, la difusión de una práctica jurídica no puede ser una prueba suficiente por sí sola, ni mucho menos definitiva, que exima de un análisis de las razones que sustentan un derecho tan relevante como el de participación política.

El derecho de participación, en efecto, fue considerado «el derecho de los derechos» por William Cobbett, un político y periodista inglés de la época posterior a la independencia americana, una idea asumida por Jeremy Waldron para destacar su especial valor como procedimiento último de resolución de las discrepancias colectivas (Waldron, 1999: cap. XI). Esto no puede querer decir, sin embargo, que tal derecho no pueda estar sometido a limitaciones justificadas, como las inhabilitaciones penales por ciertos delitos o las derivadas del sistema electoral. Y puede haber discusión, naturalmente, no solo sobre el alcance de limitaciones como las anteriores, sino también sobre la justificación de otras, y sin ir más lejos sobre el condicionamiento del ejercicio de la función parlamentaria a la prestación de un juramento.

La mayor o menor resistencia del derecho de participación a las limitaciones depende ante todo de si el valor que se atribuye a tal derecho es solo instrumental para la protección de otros derechos o si también se le da un valor intrínseco, como ocurre en las concepciones que lo deducen, y en mi criterio por buenas razones, de la autonomía individual. Pero incluso admitido que tiene valor intrínseco, algunas limitaciones pueden ser justificables en el conflicto con otros derechos, también con valor intrínseco, incluido en ellos el de participación política de otros ciudadanos o del conjunto de la ciudadanía.

En realidad, la cuestión de la obligatoriedad del juramento puede considerarse un caso particular del derecho general de participación política de los partidos políticos, con la relevante diferencia de que en este caso el derecho resulta afectado en menor medida que en la ilegalización de un partido. Esa menor medida tiene dos fuentes principales. La primera es que, si el juramento no se presta, se impide la actividad parlamentaria pero no se afecta a las libertades que configuran el derecho de participación (expresión, reunión y

asociación) en el resto de las actividades propias de un partido legalizado. Este fue uno de los argumentos del citado caso *McGuinness*: aceptando un «amplio margen de apreciación en la sujeción de los derechos de sufragio activo y pasivo a las condiciones prescritas», la sentencia del TEDH dice que la exigencia de juramento no recorta el contenido esencial de tales derechos, que cumple un fin legítimo y que los medios empleados no son desproporcionados, así como que los derechos de los electores no han sido afectados, pues son iguales a los de otras circunscripciones, ni se les priva de ellos

por el hecho de que el demandante, el candidato del Sinn Féin, tenga que jurar como condición para tomar posesión de su escaño si es elegido. Ellos votaron por él con pleno conocimiento de esta exigencia, que este Tribunal ha considerado antes ser una condición razonable para la función parlamentaria (*McGuinness v. UK*: § 2)⁴¹.

La segunda fuente de menor incidencia es que cuando se exige un juramento a alguien cuyo grupo político no comparte sea su exigibilidad o su contenido, el grupo y sus miembros tienen siempre la alternativa de cumplir o no cumplir con la exigencia, algo que no está disponible en la ilegalización de un partido político. En esa alternativa, la negativa a prestar juramento por parte de un determinado grupo político tiene como resultado una exclusión del acceso al parlamento en alguna medida similar a la exclusión electoral de algunas opciones políticas (como ocurre en India o Israel, que sin embargo no las consideran ilegales: Issacharoff, 2007: 1409-1410; y Tyulkina, 2015, cap. 6). Y, por lo demás, la prestación efectiva del juramento, incluso mostrando desacuerdo con él (salvo que se apliquen sanciones por ello), por definición no afecta al derecho a la participación política.

¿Está justificada la posible limitación que la exigencia de juramento impone al derecho a la participación política de los grupos

⁴¹ En cierto contraste con esta argumentación, en la cuestión prejudicial presentada por el Tribunal Supremo español ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la situación jurídica de Oriol Junqueras como diputado europeo, el abogado general que la dictaminó comienza afirmando un derecho de sufragio pasivo no sometido a condiciones previas para adquirir el título de parlamentario europeo, pero también acepta después la posibilidad de que la exigencia del juramento en los parlamentos nacionales limite el ejercicio de sus funciones. Con todo, el TJUE resolvió el caso sin entrar a considerar esta argumentación (*Szpunar*, 2019: §§ 46 y 48).

políticos? Ante todo, como ya ha quedado suficientemente justificado, el juramento de los representantes políticos, y con mayor razón el de los parlamentarios, no debería ser un juramento de lealtad al rey o la reina, como el que se exige a los diputados del Reino Unido, o a una fórmula política concreta, sino de mero acatamiento o respeto a los valores fundamentales del sistema democrático. Bajo ese presupuesto, si, como he intentado justificar en la crítica a la STC 119/1990, la exigencia de juramento se toma en serio por parte del Estado y se refiere a un juramento genuino, el problema se debe desdoblar en dos cuestiones: si está justificada la posible exclusión de quien se niega a jurar, pero también si lo está la de quien por declaraciones anteriores o posteriores al acto del juramento hace ver que su juramento no es genuino. Distingo las dos cuestiones porque la segunda complica tanto la solución que quizá obliga a revisar la respuesta inicial a la primera.

La respuesta a la primera cuestión no es pacífica, pero en mi opinión puede resolverse en favor de la justificación de la exclusión de quien se niega a aceptar las reglas básicas del juego democrático. La razón esencial es que, aunque no sea obligado porque puede haber otras consideraciones en la balanza, parece justificado exigir juego limpio a quien quiere entrar en el parlamento. Peter Singer concluyó que es perfectamente legítimo excluir de la participación democrática a quien no está dispuesto a aceptar de buena fe sus resultados a partir de una justificación de la obligación de obediencia al sistema democrático que no se basa en el consentimiento sino en las expectativas objetivas derivadas de la mera participación (Singer, 1973: 45-59; trad.: 55-69).

El ejemplo del punto de partida de Singer es digno de mención: cuando un grupo de amigos sale de copas y en las rondas se sigue el uso de pagar por turnos flexibles, si al final uno de los participantes eludiera pagar bajo la excusa de no haber consentido el sistema por estar en desacuerdo con él se diría que ha jugado sucio (Singer, 1973: 49; trad.: 59). La conclusión de esta argumentación es que quien anuncia de antemano que usará su voz y su voto sin quedar vinculado a los resultados –trasladado al caso del juramento, quien no está dispuesto a prestar consentimiento expreso a las reglas básicas del sistema democrático–, viola una regla esencial de la democracia, lo que, al menos *prima facie*, brinda un fuerte argumento para excluirle

de la misma participación en el proceso democrático (Singer, 1973: 55-56; trad.: 65). El argumento de partida de Singer adolecería de una debilidad fatal si se presenta como la única razón para la obediencia al sistema democrático, porque la simple abstención de participar desligaría de toda obligación. Pero si se considera un argumento entre otros, su conclusión resulta bien plausible.

Sin embargo, la justificación de Singer ha sido frontalmente impugnada por Alexander Kirshner en un minucioso libro sobre la democracia militante que afirma como uno de los tres principios básicos de su modelo que «tanto demócratas como antidemócratas poseen derechos de participación inderrotables (*indefeasible*)» (2014: 6); un principio que, dicho entre paréntesis, luego excepciona con alguna incoherencia (así, Lazar 2015: 794) mediante un segundo principio que, aun en casos extremos, convalida restricciones en dicha participación tan severas como la ilegalización de partidos (el tercer principio, de responsabilidad democrática, propone moderación de las medidas de democracia militante bajo la finalidad de integrar a los antidemócratas en el sistema democrático) (Kirshner, 2014: 6-7 y 27-28).

En este tortuoso marco, el argumento de Kirshner es que puesto que los antidemócratas «están forzados [*coerced*], incluso justificadamente, a estar en el juego de la democracia», no puede suponerse que no juegan limpio (Kirshner, 2014: 42). Según esto, «los demócratas no pueden asumir que la participación indica aceptación [...] los antidemócratas no pueden ser acusados de actuar de mala fe», así que «en la medida en que los demócratas exigen a sus oponentes que obedezcan las leyes y políticas de las que estos tan tercamente discrepan, los demócratas deben defender el derecho a participar de sus oponentes» (Kirshner, 2014: 42, 99 y 105; pp. 96ss). También Kirshner estiliza su argumentación con un ejemplo que vale la pena tener presente: tres hermanos que no tienen más remedio que vivir en la misma casa debaten el procedimiento para decidir si pintarla o no; si se impone de hecho el criterio de los menores de someter la cuestión a votación frente al criterio del mayor, que defiende la primogenitura, la conclusión de Kirshner es que puesto que el mayor, aunque podría rehusar participar en la votación, está obligado a someterse a su resultado, «sus dos hermanos no pueden extraer inferencia alguna

sobre si [el hermano mayor] acepta el procedimiento en caso de que vote» (Kirshner, 2014: 98).

El argumento de Kirshner, sin embargo, mezcla dos cuestiones distintas y no resulta concluyente. Por un lado, afirma la irrelevancia normativa de la aceptación del sistema democrático, que según él afecta y obliga a todos con independencia de su aceptación y que por tanto debe estar abierto a la participación de todos con independencia de su buena o mala fe. Por otro lado, afirma que la participación, por ejemplo mediante el voto, no es una señal suficiente de la aceptación del sistema democrático y que por tanto participar no es una razón suficiente para reprochar a nadie su mala fe. Sin embargo, la primera afirmación se refiere a la relación entre participación política y obligación de obedecer, que en realidad no da razón alguna contra la exclusión del participante que no está dispuesto a jugar limpio salvo la petición de principio de que la participación es un derecho inexceptable. Por su parte, la segunda afirmación se refiere a la falta de conexión entre participación política y aceptación o no de las reglas del sistema, que es una cuestión empírica y contingente que depende del contexto de los hechos y declaraciones previas de los participantes.

En realidad nada en la argumentación de Kirshner justifica la ilimitabilidad del derecho de participación política y, en particular, que quien ha dejado claro que no acepta las reglas del juego democrático tenga un igual y pleno derecho a participar en él. Si en su ejemplo (dando por supuesto que se trata de un tipo de decisión democrática estándar y en principio legítima) el hermano mayor hubiera dicho de antemano que no aceptaría la decisión mayoritaria en caso de que no fuera conforme a sus deseos, ¿podría quejarse si sus dos hermanos le excluyeran de la votación? ¿y podría alguien decir desde fuera que se trataría de una exclusión injusta?

La sustancia del argumento del juego limpio, que Kirshner no consigue refutar, reside en que si alguien no está dispuesto a manifestar su respeto por los valores básicos del sistema democrático no tiene derecho a protestar. Como argumentó Rawls sobre un problema análogo, «el derecho de una persona a quejarse se limita a los principios que él mismo reconoce»⁴². Esta es la manera adecuada de

⁴² Rawls, 1999: 190. Es cierto, como Iam Cram señaló, que con independencia de que el intolerante no tenga derecho a quejarse, lo decisivo es que un tercero imparcial acepte la

replicar, creo, a la abusiva pretensión del antidemócrata que, como el ultramontano del siglo pasado Louis Veuillot, no tiene empacho en espetar a los liberales: «Reclamo de vosotros, y en nombre de vuestros principios, la libertad que os niego en nombre de los que me son propios»⁴³.

Como ejemplo histórico de la razonabilidad de la exclusión de una opción antidemocrática, el propio Kirshner ha justificado las medidas restrictivas adoptadas temporalmente tras la Guerra de Secesión americana, cuando se exigió como condición para concurrir a las elecciones al Congreso que los candidatos de los Estados de Sur aceptaran «los elementos fundamentales de la práctica democrática», siendo «los autores de su propia exclusión» si pretendían subvertir las reglas del juego (Kirshner, 2014: 153). En claro contraste con el ejemplo de los tres hermanos que debían decidir sobre la pintura de su casa, la analogía que Kirshner brinda para este caso me parece mucho más atinada: si Bonnie propone a Clyde jugar al ajedrez pero Clyde acepta con la condición de que él pueda hacer dos movimientos por cada uno de ella, nadie podrá reprochar a Bonnie que está impidiendo jugar al ajedrez a Clyde por el hecho de negarse a jugar con él (Kirshner, 2014: 155)⁴⁴.

legitimidad de la restricción (Cram, 2008: 78). Pero el propio Rawls había tenido en cuenta ese aspecto, por un lado, al afirmar que si los tolerantes «creen sinceramente y con razón que la intolerancia es necesaria para su propia seguridad, [...] la justicia no exige que los hombres deban quedarse de brazos cruzados mientras otros destruyen las bases de su existencia» y, por otro lado, además, al exigir que «el justo debería guiarse por los principios de justicia y no por el hecho de que el injusto no pueda quejarse» (Rawls, 1999: 192 y 193).

⁴³ Cit. por Ferrero, 1942: 180. Para eludir la manida réplica de la *reductio ad Hitlerum*, prefiero recurrir en el texto a esa límpida cita en lugar de alguno de los sarcasmos de Goebbels, de quien el más contundente es este: «Uno de los mejores chistes de la democracia será siempre que dio a sus enemigos mortales los medios para su destrucción» (cit. en Fox & Nolte, 1995: 1, que a su vez lo recogen de K. D. Bracher et al. [eds.], *Nationalsozialistische Diktatur 1933 bis 1945: Eine Bilanz*, 1983, p. 16).

⁴⁴ No tengo claro si Kirshner es del todo coherente en sus posiciones. Tal vez su crítica hacia la proscripción electoral absoluta (*disenfranchisement*) de partidos políticos antidemocráticos, entendida como «apartheid democrático» o exclusión incondicionada e indefinida, pueda hacerse compatible con su defensa de la exclusión electoral de los representantes sudistas tras la guerra, que fue, además de temporal, condicional a la aceptación de las reglas democráticas básicas (Kirshner, 2014: 46-47, 146 y 155). Cabe precisar, no obstante, que la temporalidad de esas medidas posbélicas, como el propio Kirshner reco-

Para aplicar el resultado de la argumentación anterior a nuestro caso, el juramento de los representantes políticos puede justificarse como manifestación expresa de su compromiso con las bases esenciales del sistema democrático en el que participan. Que ese compromiso sea exigible por sí mismo con independencia de que se exteriorice solo indica que su expresión mediante el juramento no es constitutiva del pacto pero no que por ello sea superflua sin más, ni tampoco un mero refuerzo basado en el temor religioso que, según lo vio Hobbes, no añadiría nada más al pacto político (1642: II.22). Su exigibilidad jurídica otorga al sistema democrático la legítima posibilidad (no necesidad, insisto) de poner de manifiesto ante la ciudadanía la existencia y la pertinencia del compromiso básico que los representantes asumen expresamente con las reglas esenciales de la democracia.

La segunda cuestión pendiente se presenta porque si la finalidad de la exigencia del juramento es evitar en lo posible la mala fe en el ejercicio de la representación política, limitarse a regular el acto de juramento como una condición para adquirir la condición plena de representante sería claramente insuficiente si este se pudiera permitir legalmente hacer declaraciones anteriores o posteriores que desprecien el valor del acatamiento o desdigan su contenido. Pero dejo pendiente el análisis de la posibilidad de sancionar esas conductas y la respuesta a esta segunda cuestión para el siguiente apartado, donde trato los problemas de eficacia y utilidad del juramento.

Para echar las sumas de este epígrafe, he defendido que el derecho de representación política no es ilimitado y que la exigencia de juramento podría admitirse como una de sus posibles limitaciones en aras del juego limpio democrático. Naturalmente, que esa limi-

noce, fue insuficiente para conseguir el objetivo de superar la discriminación racista de los Estados sudistas (Kirshner, 2014: 158-161).

Por lo demás, Kirshner destaca que los partidos «antisistema» (por razones religiosas o de identidad étnica o nacional) no son necesariamente antidemocráticos y que no deben ser excluidos de la arena política en «la mayoría de las circunstancias», pero que sí «pueden adoptarse medidas agresivas para salvaguardar la estabilidad del régimen», como excluirles de coaliciones o crear incentivos institucionales que fomenten el compromiso (Kirshner, 2014: 104-105). Puedo encontrar razonable esta precisión con la salvedad de que un partido antisistema puede ser demócrata en abstracto pero antidemócrata en concreto, hacia la democracia existente. Y la exigencia de juramento podría ser uno de esos incentivos en algunas circunstancias, aunque no necesariamente en todas.

tación esté justificada no significa que el legislador esté obligado a establecerla, ni jurídica, ni moral, ni políticamente.

V. DE LA SUPERFLUIDAD A LA INCONVENIENCIA DEL JURAMENTO

La denuncia de la inutilidad del juramento tiene una larga historia. No solo Tucídides condenó la inclinación de los griegos, y especialmente de los espartanos, al perjurio (Agamben, 2009: 11), sino que Platón, ante la descreencia religiosa de muchos, consideró imprescindible suprimir los juramentos en los juicios siempre que hubiera posibilidad de lucro de por medio (*Las Leyes*: 948c-949a). La misma denuncia, junto al temor a los inconvenientes de su mal uso, está bien presente en Maquiavelo, admirador del juramento en Roma y en la Alemania de su tiempo (Maquiavelo, 1517 [I.55]: 189), pero fustigador de su decadencia entre sus conciudadanos florentinos:

Y como en todos ha desaparecido la religión y el temor de Dios, el juramento y la palabra empeñada (*la fede data*) tienen validez solo cuando de ellos puede sacarse alguna utilidad; y la gente se sirve de ellos no para cumplirlos sino como medio para poder engañar más fácilmente (Maquiavelo, 1525 [III.5]: 146).

En la literatura jurídico-moral hispánica de los siglos siguientes no faltará la desconfianza hacia la institución: un *Manual de confesores y penitentes* de 1556 advierte que «nunca se ha de dar juramento a aquel de quien hay gran presunción que no lo guardará», doctrina que da por consolidada una *Disputationen de indiarum iure* de 1629 (Botero, 2019: 81 y 71, respectivamente).

Asimismo, la tesis de la inutilidad del juramento se ha argumentado con cierta eficacia apelando a la historia de Estados Unidos:

La función del juramento como un test político suscita un problema fundamental. Empíricamente se puede argüir razonablemente que los juramentos de lealtad son una falacia. Si hay una nación que sabe bien esto son los Estados Unidos de América. Los Padres Fundadores americanos juraron lealtad al Rey Jorge y se rebelaron contra él. Benjamin Franklin anotó que ‘no podría confiarse en sus juramentos’ porque son ‘el último recurso de los mentirosos’; James Wilson escribió que ‘un buen gobierno no los necesita, y un mal gobierno

no podría o no debería mantenerlos'. [...] La historia del juramento es, en gran medida, una historia de temor. Los juramentos eran un signo de debilidad y fueron usados por la parte que percibía su poder amenazado (Orgad, 2014: 109 y 110).

Que la anterior censura de los juramentos se centre en un país que ha hecho y sigue haciendo un uso tan extenso e intenso de ellos, y por añadidura bajo la amenaza de un delito de perjurio que castiga genéricamente todas sus violaciones, permite abrigar alguna duda sobre su presumida ineficacia, por más que tampoco haya evidencia de que sirvan en todo tiempo y lugar para fomentar la cohesión social (Orgad, 2014: 112). Sea como sea, en la literatura estadounidense contemporánea sobre el tema, que no es abundante, es raro encontrar opiniones alentadoras a propósito del juramento. Como mínimo, se considera una forma de adhesión social marginal y poco fructífera sobre la que la sabiduría convencional yerra si cree que fomenta las adhesiones a la comunidad y hace más probable el cumplimiento de lo prometido: «Tomar un juramento una vez –se ha dicho con una brillante comparación– no es más útil que tomar salvado de avena una vez para reducir el colesterol»⁴⁵.

Bajo una perspectiva todavía más aprensiva, el juramento no se ha visto solo como inútil sino que podría mostrarse hasta perjudicial. Refiriéndose a los «juramentos de adhesión» (*attachment oaths*), que son los que aquí he venido denominando políticos, Cass Sunstein empieza apuntando bien cuando observa que hoy en día los juramentos ponen de manifiesto irónicamente la heterogeneidad y el disenso que pretenden conjurar, pues «no se requiere juramento de lealtad alguno cuando la lealtad no está en cuestión». Sin embargo, no estoy tan seguro de que acierte cuando termina diciendo que al hacer patente la heterogeneidad, los juramentos tienden más a perturbar que a fomentar la unidad social (Sunstein, 1990: 102-105 y 111).

En cierto contraste, el propio Sunstein remite a la tradición «liberal» (republicana, cabe precisar), para la que los juramentos son un intento de enlazar la obligación política con el consentimiento

⁴⁵ Carter, 1990: 96; cf. también pp. 94-95; en la frase entrecomillada, y en concreto en la referencia al *oat bran* (salvado de avena), se encuentra la explicación del título del artículo, que habla de *oath bran* (salvado de juramento).

activo de los ciudadanos, y también reconoce que pueden tener la función positiva de afirmar la frágil continuidad dentro de una comunidad, entre pasado y futuro y en la propia vida (Sunstein, 1990: 102). Su conclusión es, así, ambigua, y mucho más matizada que la simple tesis derogatoria:

La convencional antipatía actual a los juramentos de adhesión —que invoca creencias liberales en la inmunidad individual respecto de los lazos comunitarios— tiende a ser demasiado desdeñosa hacia las distintas funciones que los juramentos cumplen. Los juramentos obligatorios de adhesión tienen mala fama entre muchos de nosotros, y por muy buenas razones; pero no sería fácil vivir en un mundo sin ellos, o al menos sin sucedáneos que hagan algo del trabajo social que aquellos hacen (Sunstein, 1990, p. 111).

La última cautela de Sunstein merece subrayarse. Un constitucionalista también estadounidense y liberal, Sanford Levinson, recordaba en debate con Sunstein que incluso los intelectuales progresistas más desdeñosos siguen participando en ceremonias sociales formalizadas, como el matrimonio (Levinson, 1990: 113), y algo similar cabría añadir desde aquí de nuestros nacionalistas, que están dispuestos a despreciar el juramento a la Constitución y a la bandera española no por desprecio a los juramentos sino a su aplicación a España. Levinson también reproduce el antiguo juramento de los votantes de Connecticut, que comprometía a que el propio voto intentara contribuir «al mejor interés de Connecticut y de la nación, sin consideración o favor hacia ninguna persona...»⁴⁶. Era la misma idea republicana, apuntada por Tocqueville y acertada en la diana por Mill, de que el elector no puede tener más interés personal en su voto que un jurado ante el veredicto (Mill, 1861 [X]: 302; trad.: 123; Tocqueville, 1835 [I.II.vii]: 246).

Aunque personalmente carezco de entusiasmo republicano por el juramento, también estoy lejos de sentirme cómodo con el escepticismo presuntamente progresista e indiferente hacia sus irrisio-

⁴⁶ Levinson 1990: 114-115; este juramento, cuya formulación original es de 1640 (y puede verse en Teaching, 2020), parece que sufrió una modificación en 1967 que, lamentablemente, suprimió esa parte de la fórmula (*Justia*, 2020).

nes. Me conformaría con un moderado «republicanismo negativo»⁴⁷, entendido no como exhortación a la virtud cívica sino como mínima omisión del vicio. El embate a la virtud no viene solo de los relevantes cargos políticos que se resisten al acto de acatamiento –desde los dos últimos presidentes de la Generalitat catalana⁴⁸ hasta un creciente número de parlamentarios–, sino también, y quizá en mayor medida, de la tolerancia oficial asentada tras una equivocada jurisprudencia constitucional que ha venido a consagrar la ancestral inclinación hispánica al «acátese pero no se cumpla».

No obstante, la propuesta de ese republicanismo negativo de tomar en serio el juramento de acatamiento puede enfrentarse a obstáculos de peso que minen las razones de su utilidad, y tal vez de su justificación. En circunstancias de desafección grave de amplios sectores de la población podría existir la tentación de utilizar el juramento como un instrumento de democracia militante, con la pretensión de excluir la participación en el parlamento de algunos grupos políticos por una vía indirecta, evitando medidas más comprometidas como su ilegalización o su exclusión electoral.

Un debate completo sobre la justificación de esta forma indirecta de democracia militante exigiría entrar en los variados embrollos de tal figura, algo imposible en el limitado espacio de que aquí dispongo. Doy por buenas las razones últimas de Karl Loewenstein, Karl Popper o John Rawls para admitir, siempre en circunstancias graves

⁴⁷ Utilizo esta expresión en un sentido muy distinto al de Niesen (2002: §§ 18ss), que la aplica para distinguir el modelo italiano, de prohibición excepcional del «disuelto partido fascista» en el artículo 12 de la Constitución, frente al modelo alemán de exclusión constitucional de todo partido extremista.

⁴⁸ Tanto C. Puigdemont como Q. Torra utilizaron la siguiente fórmula: «Prometo cumplir lealmente las obligaciones del cargo de presidente de la Generalitat con fidelidad al pueblo de Catalunya, representado por el Parlament de Catalunya», cambiando la fórmula tradicional (pero no regulada legalmente) que incluía la lealtad al Rey y a la Constitución (*La Vanguardia*, 2018a). Tras la toma de posesión del segundo, en mayo de 2018, el secretario general del PSOE, Pedro Sánchez, anunció la presentación de una proposición de ley para regular «la fórmula obligatoria que debe utilizarse en las tomas de posesión» (*PSOE*, 2018; y *La Vanguardia*, 2018b), pero hasta hoy no se han tenido más noticias de tan laudable iniciativa. Para constatar lo dudoso de su verificación en la presente legislatura bastará recordar que la noticia anterior, incluida en la web oficial del PSOE, añadía lo siguiente: «El secretario general del PSOE ha propuesto actualizar en el Código Penal el delito de rebelión, para que pueda ser aplicado a los responsables políticos que utilizan su posición para subvertir el orden constitucional» (PSOE 2018).

y con límites, la justificación de la intolerancia con los intolerantes⁴⁹. Para centrarme en el uso indirecto aquí planteado, me limitaré a unas someras consideraciones sobre el problema del tamaño electoral de los partidos afectados. La disparidad doctrinal en esta materia es extraordinaria. Para algunos, que suscriben la cláusula del *clear and present danger* o algo próximo a ella como el «riesgo considerable», habría una proporción directa entre justificación de la ilegalización y tamaño del partido, de modo que solo estaría justificado ilegalizar partidos con una implantación tan amplia que su cercanía del control del poder político ponga en peligro el sistema democrático⁵⁰. Para otros, en cambio, la proporción sería inversa y la intolerancia hacia los partidos antisistema se justificaría de manera decreciente a medida que crece su importancia electoral, de modo que los partidos más grandes tendrían mayor legitimidad que los pequeños⁵¹. Y, en fin, también se ha defendido que la fuerza electoral no debe ser decisiva para la justificación de la ilegalización (Vírgala, 2010: 429). Yo me inclino a suscribir esta tercera opción, que permite independizar la justificación de la eficacia o utilidad de las medidas de democracia militante, evitando las paradojas opuestas a que se enfrentan las otras dos opciones: en la primera, que cuanto mayor es la fuerza del partido más dudosa sea la practicabilidad de la medida (Kirchheimer, cit. en Iglesias Bárez, 2016: 771, n. 27); y en la segunda opción, que la medida sea menos necesaria cuanto más justificada está por la menor implantación del partido.

Ahora bien, que la exigencia del juramento como una medida de democracia militante indirecta pueda estar normativamente justificada no resuelve el problema de su conveniencia. Y una objeción plausible en ese punto es que se trata de una medida que deja casi por completo en manos de los partidos antisistema la decisión de si

⁴⁹ Loewenstein 1937a y 1937b; Popper 1996 [I, § 7.i]: 117; y [II, § 7, nota 4]: 581-582; y Rawls 1999: 190-194; dentro de la amplísima literatura más reciente, me parece destacable la defensa de Wagrandl 2018: § II.

⁵⁰ En tal sentido, Rawls 1999: 192; Issacharoff, 2007: 1442; y Sottiaux & Rummens 2012: 117. También el TEDH adoptó este criterio en *Refah Partisi v. Turkey* (2003): §§ 108-110, pero no así en *Herri Batasuna et Batasuna c. Espagne* (2009).

⁵¹ Fox & Nolte, 1995: 68; también parece que han defendido esta postura autores como O. Kirchheimer, A. Gordon y W. Downs, cuyos trabajos no he podido ver (citados en Bourne & Casal, 2017: 223, n. 16).

participar o no en los órganos representativos. Y bien sea por razones de convicción ideológica, bien por razones de utilidad estratégica, si decidieran no participar alegando su rechazo al juramento, no cabe excluir que los efectos para la estabilidad del sistema democrático pudieran ser opuestos a los deseados por sus defensores. Es cierto que aquellos grupos siempre pueden declinar su participación, si lo estiman ventajoso, por cualquier tipo de razón, pero, puesto que se trata de la conveniencia del juramento y no de su necesidad, siempre será prudente no proporcionar excusas victimistas que puedan agravar las hostilidades en vez de animar a la cooperación⁵².

Dos objeciones más pueden adelantarse frente al republicanismo negativo que he suscrito, ambas arduas de responder en una situación de aguda división identitaria y de intensa polarización partidista como la española. La primera, es que el juramento parece ser un pequeño dique difícilmente capaz de detener grandes tempestades. Los juramentos no parece que vayan a resolver los grandes problemas de un país y confiar en ello sería ridículo. Pero quizá no sea tan ridículo el intentar que, de mantenerse vigente, el juramento se tome en serio. Si todo cargo político debiera acatar la Constitución mostrando una básica autenticidad externa, al menos quienes no lo hagan de corazón harían el homenaje que el vicio rinde a la virtud. Y en el mejor de los casos, aunque supongo que muy raramente, hasta podría haber quien terminara por cumplir la especulación del *Adolphe* de Benjamin Constant: «Somos criaturas tan volubles que los sentimientos que fingimos terminamos por experimentarlos».

La segunda objeción añade un buen obstáculo a la anterior. Supongamos que se exigiera legalmente una forma de juramento que evite salvedades y apostillas impropias o extravagantes, que es, relativamente, la parte fácil del asunto⁵³. El escenario siguiente en

⁵² Puesto que hablamos de una estrategia de democracia militante, se debe recordar que la combinación de firmeza y mano tendida es esencial para la eficacia de la democracia militante, como muestra el documentado y bien argumentado estudio de Capoccia, 2005.

⁵³ En tal sentido, Gutiérrez Vicén 2018: 1969. Por su parte, en junio de 2019 el Partido Popular presentó una proposición de reforma del Reglamento del Congreso sobre la forma del juramento, enseguida decaída por la convocatoria de elecciones, en la que proponía introducir el siguiente precepto: «Dicho juramento o promesa se prestará por los Diputados únicamente respondiendo ‘Sí, lo juro’ o ‘Sí, lo prometo’, sin que en modo alguno pueda preceder ni proseguir ninguna otra expresión a dicha afirmación» (*Boletín Oficial de las Cortes*

circunstancias de grave resistencia política como las nuestras, dicho sea como previsión sin certeza, es que el cumplimiento del acto formal podría ir acompañado de afirmaciones anteriores o posteriores que desmintieran su valor, lo que no sanaría el actual deterioro de la institución. Incluso en algún aspecto podría ser peor, especialmente en el caso de los parlamentarios, porque en la eventualidad de que algunos de ellos prestaran el juramento desmintiéndolo públicamente antes o después mientras otros se negaran a prestarlo, la regulación estaría propiciando un trato no solo desigual sino también preferente a los jugadores sucios sobre los honestos.

Ante ello, me temo que la única forma de garantizar el mantenimiento de la seriedad del juramento sería introducir sanciones jurídicas, un paso lleno de complicaciones prácticas y de muy improbable realización⁵⁴. No estoy proponiendo, claro está, el modelo de Rousseau, que patrocinaba castigar con la muerte a quien incumpliera el juramento a la religión civil (cf. 1762 [IV. viii]: 179), pues pienso sobre todo en la inhabilitación como sanción⁵⁵. Además, creo que sería prudente limitar

Generales. Congreso de los Diputados, 11 de junio de 2019, n. 26-1: 4). En la siguiente (y actual) legislatura, en diciembre de 2019 el mismo partido presentó otra proposición con el mismo objeto que fue rechazada por el Pleno. En ella proponía una redacción algo más detallada que en la ocasión anterior: «sin que pueda preceder ni proseguir ninguna otra expresión a dicha afirmación que vacíe, límite o condicione su sentido propio» (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, 20 de diciembre de 2019, n. 24-1, p. 3). A mi modo de ver, es dudoso que esta formulación permita soslayar la salvedad «Por imperativo legal» en la medida en que el TC consideró expresamente, con razón o sin ella, que tal cláusula no contradecía el sentido propio del juramento. Más bien, de reformar la norma para mantener el juramento, sería preferible establecer un procedimiento en el que presidente hiciera una previa declaración general recogiendo el alcance del compromiso conforme a la jurisprudencia constitucional, más o menos de este género: «Se va a proceder al acto formal de acatamiento a la Constitución, un compromiso que no supone necesariamente adhesión ideológica ni conformidad con todo su contenido, sino simplemente respetar y actuar en su ejercicio con sujeción a la Constitución, y por ello, si se pretendiera modificarla, hacerlo de acuerdo con los cauces establecidos por ella» (STC 101/1983, FFJJ 3 y 5).

⁵⁴ Pero no necesariamente de imposible regulación legislativa, como parece presuponer Ruiz Lapeña cuando afirma que una vez realizado el juramento «no ofrecerá ninguna garantía, puesto que su incumplimiento *no puede* tener sanción jurídica» (1985: 381; cursiva mía para destacar mi objeción, válida salvo que tal imposibilidad no se refiera a su constitucionalidad sino solo a la situación legal existente en el momento, aceptando su posible modificación, lo que el texto no precisa).

⁵⁵ En el texto considero solo una regulación penal de la cuestión, pues me parece de dudosa justificabilidad la extensión al juramento de la vigente causa de incompatibilidad legal sobrevenida que se introdujo en el art. 6.4 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General

el tipo sancionatorio solo a cargos políticos y, adicionalmente, dirigirlo en exclusiva a la falsedad del acto de acatamiento, es decir, al desmentido del sentido del acto performativo mismo⁵⁶, como en parte me parece que ocurre en el delito genérico de perjurio en Estados Unidos⁵⁷. La nueva figura debería excluir, así pues, la sanción del incumplimiento del contenido del juramento mediante conductas posteriores que violen la Constitución, pues eso sería redundante con delitos ya existentes y en principio contrario al principio *non bis in idem*⁵⁸.

Soy consciente de las resistencias que una novedad punitiva como la anterior generaría en una cultura que, como la nuestra, ha sido ajena a un delito genérico de perjurio en casi los dos últimos siglos⁵⁹.

por la Ley Orgánica 3/2011, aprobada a iniciativa conjunta de los grupos parlamentarios socialista y popular. Tal incompatibilidad, cuya constitucionalidad ha sido doctrinalmente discutida, se aplica por la administración electoral a cualquier cargo electo en candidaturas declaradas ilegales judicialmente salvo «declaración expresa e indubitada de separación y rechazo respecto de las causas determinantes de la declaración de ilegalidad» de la candidatura, con la adición de que «[s]i durante el ejercicio del mandato al que haya accedido tras haber explicitado dicha declaración, la persona electa se retractase, por cualquier medio, de la misma o mostrara contradicción, a través de hechos, omisiones o manifestaciones, respecto de su contenido, quedará definitivamente incurso en la causa de incompatibilidad regulada en este apartado» (cf. a favor, Fernández de Casadevante 2019: 74-78, pero debe verse también la discusión entre constitucionalistas referida en la p. 77, n. 128).

⁵⁶ Agamben recoge bien este concepto cuando, comentando una distinción de los desaparecidos *Problemas homéricos* de Aristóteles entre romper un juramento promisorio y perjurar en uno asertivo, escribe que «[e]n cuanto el juramento realiza performativamente lo dicho, el *epiorkos* [perjurio] no es simplemente un juramento falso, sino que implica la salida de la experiencia performativa que es propia del *horkos* [juramento]» (2009: 81).

⁵⁷ El § 1621 del código penal federal de los Estados Unidos (*Title 18 of the United States Code*), en referencia a cualquier juramento requerido ante alguien competente o bajo la advertencia del delito de perjurio (*perjury*), sanciona con una pena de multa y/o prisión de hasta cinco años a quien «conscientemente y en contra de dicho juramento afirme o suscriba cualquier enunciación de relevancia (*any material matter*) que él no crea cierta» (*Legal Information Institute*, 2020). Tal formulación, en lo que afecta a los juramentos promisorios, me parece que cubre el significado que propongo en el texto.

⁵⁸ Para ser más preciso técnicamente, un eventual delito de perjurio que sancionara tales incumplimientos podría ser útil para aplicarlo en concurso ideal con otros delitos en violación de la Constitución. Por lo demás, en vez de una figura delictiva podría establecerse un agravante independiente de perjurio, siempre exclusivamente para los delitos de los cargos públicos en violación de la Constitución. Sin embargo, no propongo ni propicio ninguna de estas dos posibilidades.

⁵⁹ He hecho una pesquisa en los códigos penales españoles desde el de 1822 y ese es el único que castiga el perjurio en general (art. 434: El que en cualquiera otro caso en que la ley exija juramento incurra en perjurio, faltando maliciosamente a la verdad, será infame por el mismo hecho, excepto en el caso de declarar sobre hecho propio en materia criminal).

Y eso sin contar con que a la vista de la jurisprudencia constitucional existente, su contenido podría ser tratado, si no como inconstitucional, si al menos con interpretaciones judiciales ordinarias de carácter incierto e inestable⁶⁰. Todo sumado, no estoy nada seguro ni de la oportunidad ni del eventual éxito de semejante cambio legislativo.

Lo que sí tengo claro, en cambio, es que, por más que la exigibilidad de un juramento de acatamiento pueda ser permisible desde cualquier punto de vista, incluido el constitucional, puesto que tampoco es constitucionalmente obligatorio mantenerla sería preferible prescindir de ella si la alternativa es seguir consintiendo que no se tome en serio. Especialmente porque esa opción no alienta precisamente a tomarse en serio la Constitución, las instituciones y el respeto al imperio de la ley, que desde siempre y todavía nos siguen haciendo mucha falta.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGAMBEN, G. (2009). *Il sacramento del linguaggio. Archeologia del giuramento* (Homo sacer II, 3). Roma-Bari: Laterza.
- AUSTIN, J. L. (1962). *How to Do Things with Words. The William James Lectures delivered at Harvard University in 1955*. Oxford: Clarendon Press (hay trad. de G. R. Carrió y E. A. Rabossi, *Cómo hacer cosas con palabras. Palabras y oraciones*. Barcelona: Paidós, reimpr., 1982).

En todos los demás, desde el de 1848 hasta el actual, solo se castiga el falso testimonio en causa judicial, penal o civil, con la excepción del de 1928, que también sancionaba [e]l falso testimonio en negocio civil o administrativo, sea o no contencioso (art. 395).

⁶⁰ Estoy pensando sobre todo en la posible afirmación de la STC 119/1990 según la cual una diferencia entre el juramento de los parlamentarios y el de otros cargos y funciones públicas reside en que en el primer caso, «del acto de acatamiento no se sigue para quien lo prestó ningún deber nuevo, pues la obligación de prestar tributo de sumisión y respeto se agota en el cumplimiento del requisito» (FJ 4). Aunque no es del todo transparente, del hilo de la argumentación de la sentencia puede colegirse que tal diferencia no se menciona como una mera descripción de la situación legal del momento, sino más bien como una protección constitucional de los cargos representativos. Lo que ocurre, sin embargo, es que, apropiadamente entendida, la advertencia del TC no descarta en absoluto que sea posible garantizar legalmente mediante sanciones el «cumplimiento del requisito» antes de iniciarse y agotarse en el mismo acto, de modo que se produzca en efecto un acatamiento y no su mera representación fingida.

- BOTERO BERNAL, A. (2019). *Jurar y juzgar. Estudio sobre el juramento procesal y su evolución en Colombia, siglo XIX*. Bucaramanga: Universidad Industrial de Santander.
- BOURNE, A. K. & Casal Bértoa, F. (2017). Mapping ‘Militant Democracy’: Variation in Party Ban Practices in European Democracies (1945-2015). *European Constitutional Law Review*, 13, pp. 221-247.
- BUIS, C.-L. (2009). France. En Thiel, 2009a, pp. 75-108.
- CAPOCCIA, G. (2005). *Defending Democracy. Reactions to Extremis in Interwar Europe*. Baltimore-London: The Johns Hopkins University Press.
- CARTER, L. H. (1990). Oath bran; or, law, politics, and allegiance. *Yale Journal of Law & the Humanities*, 2(1), 93-100.
- CICERÓN, M. T. *De officiis*. (1989). Hay trad. de J. Guillén Cabañero, Sobre los deberes. Madrid: Tecnos. Recuperado de https://la.wikisource.org/wiki/De_officiis
- CRAM, I. (2008). Constitutional responses to extremist political associations – ETA, Batasuna and democratic norms. *Legal Studies*, 28 (1), pp. 68-95.
- DE OTTO PARDO, I. (1985). *Defensa de la Constitución y Partidos Políticos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- DE VEGA, P. (1985). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO, P. (2019), *¿Son admisibles todos los proyectos en democracia? La izquierda nacionalista radical vasca: de su ilegalización a un discutible regreso a las instituciones políticas*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- FERRERO, G. (1942). *El poder. Los genios invisibles de la ciudad*. Madrid: Tecnos, 1991.
- FOX, G. H. & Nolte, G. (1995). Intolerant democracies. *Harvard International Law Journal*, 36 (1), pp. 1-70.
- GIURCOST (1979). Recuperado de <http://www.giurcost.org/decisioni/1979/0117s-79.html> (consulta 30.06.2020).
- GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, Esther (2004). Juramento y lealtad a la Constitución. UNED. *Revista de derecho político*, 60, pp. 177-236.
- GREENBERG, M. (1958). Loyalty Oaths: An Appraisal of the Legal Issues. *The Journal of Politics*, 20 (3), pp. 487-514.
- GROSSI, P. (1970). Giuramento. b) Diritto costituzionale. En *Enciclopedia del Diritto*, XIX, pp. 144-160. Milán: Giuffrè.
- GUIDELINES (2010). Guidelines on Political Party Regulation by OSCE-ODIHR and Venice Commission, 15-16 octubre- En [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)024-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)024-e) (consulta 30.06.2020).

- GUTIÉRREZ VICÉN, C. (2018). Juramento o promesa y lealtad a la Constitución. En E. González Hernández, R. Rubio Núñez y B. Pendás García (eds.), *España constitucional (1978-2018): trayectorias y perspectivas*, Madrid, CEPyC, vol. 3, tomo 3, pp. 1951-1969.
- HOBBS, Th. (1642). *De cive*, que se cita por la ed. de A. Catrysse, con introducción de N. Bobbio, *Del ciudadano*. Caracas: Instituto de Estudios Políticos, 1966.
- IGLESIAS BÁREZ, M. (2016). «Democracia militante» y prohibición de partidos políticos que sustentan políticamente el terrorismo en España. En F. Pérez Álvarez (ed.) *Serta. In memoriam Louk Hulsman*, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, pp. 765-788.
- ISSACHAROFF, S. (2007). Fragile Democracies. *Harvard Law Review*, 120, pp. 1406-1467.
- JUSTIA (2020). En <https://law.justia.com/codes/connecticut/2012/title-1/chapter-4/section-1-25/> (consulta 30.06.2020).
- KANT (1797). *Die Metaphysik der Sitten*, que se cita por la trad de A. Cortina y J. Conill, *La metafísica de las costumbres*. Madrid: Tecnos 1989.
- KIRSHNER, A. (2014). *A Theory of Militant Democracy. The Ethics of Combating Political Extremism*. New Haven-Londres: Yale University Press.
- LA VANGUARDIA (2018a). «Quim Torra toma posesión como 131º presidente de la Generalitat». Recuperado de <https://www.lavanguardia.com/politica/20180517/443635493179/quim-torra-toma-de-posesion-president-generalitat.html> (fechaado 17.05.2018; consulta 30.06.2020).
- LA VANGUARDIA (2018b). «Sánchez impulsa una reforma para obligar por ley a los cargos públicos a acatar la Constitución». Recuperado de <https://www.lavanguardia.com/politica/20180517/443634500106/pedro-sanchez-reforma-cargos-publicos-ley-acatar-constitucion.html> (fechaado 17.05.2018; consulta 30.06.2020).
- LA VANGUARDIA (2019). «Las fórmulas de acatamiento ‘flexibles’ se imponen pese amenazas judiciales de PP, Vox y Cs». Recuperado de <https://www.lavanguardia.com/politica/20191203/472043715958/acatamiento-constitucion-flexibles-amenazas-pp-vox-ciudadanos-sesion-constitutiva-congreso.html> (fechaado 03.12.2019; consulta 30.06.2020).
- LAZAR, N. C. (2015). A discussion of Alexander S. Kirschner's *A Theory of Militant Democracy: The Ethics of Combatting Political Extremism*. *Perspectives on Politics*, 13(3), pp. 794-795. doi:10.1017/S1537592715002194.
- LEGAL INFORMATION INSTITUTE (2020). Recuperado de <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1621> (consulta 30.06.2020).

- LEVINSON, S. (1990). Taking Oaths Seriously: Comment on Carter and Sunstein. *Yale Journal of Law & the Humanities*, 2(1), pp.113-118.
- LOEWENSTEIN, K. (1937a). Militant Democracy and Fundamental Rights, II. *The American Political Science Review*, 31(3), pp. 417-432.
- LOEWENSTEIN, K. (1937b). Militant Democracy and Fundamental Rights, II. *The American Political Science Review*, 31(4), 638-658. (Este artículo y el anterior se pueden ver también en Sajo, 2004, pp. 230-262, aunque aquí se citan por la edición original).
- LOYALTY (1968). Loyalty Oaths. *Yale Law Journal*, 77(4), pp. 739-766.
- MACKLEM, P. (2006). Militant democracy, legal pluralism, and the paradox of self-determination. En *I-Con*, 4(3), pp. 488-516.
- MALKOPOULOU, A. & NORMAN, L. (2018). Three Models of Democratic Self-Defence: Militant Democracy and Its Alternatives. *Political Studies*, 66(2), pp. 442-458.
- MAQUIAVELO, N. (1517). *Discorsi sopra la prima Deca di Tito Livio*, que se cita por la ed. de A. Martínez Alarcón, *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, 3ª ed. Madrid: Alianza, 2015.
- MAQUIAVELO, N. (1525). *Istorie fiorentine*, que se cita por la ed. de F. Fernández Murga, *Historia de Florencia*. Madrid: Tecnos, 2009.
- MENDIZÁBAL ALLENDE, R. (2016). El juramento o promesa de acatamiento a la Constitución. *Actualidad Administrativa*, 2, febrero, pp. 1-4.
- MILL, J. S. (1861). *Considerations on Representative Government*. En *Three Essays. On Liberty. Representative Government. The Subjection of Women*, ed. de R. Wolheim, Oxford University Press, 1975 (hay trad. de M. de Iturbe, *Del gobierno representativo*. Madrid, Tecnos, 1985).
- MOLIER, G. (2018). Justifying Militant Democracy: Philosophical and Legal Reflections on Dutch Militant Democracy. En Ellian & Rijpkema, 2018a, cap. 6, pp. 97-114.
- MORESO, J. J. (1991). Disposiciones de reforma constitucional. *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 10, pp. 201-210. (<https://doi.org/10.14198/DOXA1991.10.08>).
- MUDDE, C. (2015). A discussion of Alexander S. Kirschner's A Theory of Militant Democracy: The Ethics of Combatting Political Extremism. *Perspectives on Politics*, 13(3), pp. 789-791. [doi:10.1017/S1537592715002170](https://doi.org/10.1017/S1537592715002170).
- MÜLLER, J.-W. (2012). Militant Democracy. En M. Rosenfeld y A. Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press, pp. 1253-1269.

- NIESEN, P. (2002). Anti-Extremism, Negative Republicanism, Civic Society: Three Paradigms for Banning Political Parties - Part I. *German Law Journal*. 3(7). doi:10.1017/S2071832200015157.
- OATH (2020). [https://en.wikipedia.org/wiki/Oath_of_Allegiance_\(United_Kingdom\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Oath_of_Allegiance_(United_Kingdom)) (consulta 30.06.2020).
- ORGAD, L. (2014). Liberalism, allegiance and obedience: The inappropriateness of loyalty oaths in liberal democracy. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 27(1), pp. 99-122.
- PARDO, G. (2014). La storia e la dottrina del giuramento parlamentare. *Rivista di diritto pubblico* 1914, pp. 386-396.
- PFERSMANN, O. (2004). Shaping Militant Democracy: Legal Limits to Democratic Stability. En Sajó, 2004, pp. 47-68.
- POLLEN, J. H. (1911). English Post-Reformation Oaths. En *The Catholic Encyclopedia*. New York: Robert Appleton Company, en New Advent: <http://www.newadvent.org/cathen/11177a.htm> (consulta 30.06.2020)
- POPPER, K. (1966). *The Open Society and Its Enemies*, 5ª ed., ed. de A. Ryan. New Jersey: Princeton University Press, 2013.
- PRIETO SANCHÍS, L. (1991). La objeción de conciencia. En Ibán, I. C. et alia, *Curso de Derecho Eclesiástico*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, pp. 343-388.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2002). La tolerancia y sus límites. En Zapatero Gómez, V., *Horizontes de la filosofía del derecho. Homenaje a Luis García San Miguel.*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, 2002, vol. 1, pp. 615-620.
- PRODI, P. (1992). *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell'Occidente*. Bolonia: Il Mulino.
- PSOE (2018). Jurar y acatar la Constitución, por ley. En <https://www.psoe.es/actualidad/noticias-actualidad/jurar-y-acatar-la-constitucion-por-lei/> (consulta 30.06.2020).
- RAVVEDUTO, M. (2016). I 12 professori che 85 anni fa rifiutarono il giuramento fascista. *Fanpage.it*, 28 agosto, en <https://www.fanpage.it/cultura/i-12-professori-che-85-anni-fa-rifiutarono-il-giuramento-fascista/> (consulta 30.06.2020).
- RAWLS, J. (1999). *A Theory of Justice*. Revised Edition. Cambridge (Mass.): The Belknap Press of Harvard University Press.
- REVENGA SÁNCHEZ, M. (2005). El tránsito hacia (y la lucha por) la democracia militante en España. *Revista de Derecho Político*, 62, pp. 11-31 (también en *Intransigencia constitucional. Sobre los límites de la tolerancia en el Estado constitucional de derecho*. México: Instituto de Estudios

- Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019, pp. 21-42; se cita por el primero).
- ROACH, K. (2004). Anti-Terrorism and Militant Democracy: Some Western and Eastern Responses. En Sajó, 2004, pp. 169-207.
- ROUSSEAU, J.-J. (1762). *Du contrat social*. París: Garnier-Flammarion, 1966.
- RUIZ LAPEÑA, R. M. (1985). El juramento de los parlamentarios. En Lorenzo Martín-Retortillo Baquer (ed.). *De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Seminario de profesores de la Facultad de Derecho*. Zaragoza: Institución Fernando el Católico, pp. 373-389.
- RUIZ MIGUEL, A. (2014). Vigilantes y vigilados: prevaricación judicial y normas sin sanción (a propósito de un caso). *Jueces para la democracia. Información y debate*, 81, pp. 97-125 (en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4908223.pdf>; consulta 30.06.2020).
- SAJÓ, A. (2004). *Militant Democracy*. Utrech: Eleven International Publishing.
- SANTAOLAYA, P. (1990). El juramento y los Reglamentos parlamentarios (Comentario a la S.T.C. 119/1990, de 21 de junio). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 30, pp. 149-159.
- SCHMITT, C. (1928). *Verfassungslehre*, que se cita por la trad. de F. Ayala, *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1982.
- SCHMITT, C. (1932). *Legalität und Legitimität*, que se cita por la trad. de C. Monereo Atienza, *Legalidad y legitimidad*. Granada: Comares, 2006.
- SCHOPENHAUER, A. (1851). *Parerga y Paralipómena*, II, ed. de P. López de Santa María. Madrid: Trotta, 2009.
- SINGER, Peter (1973). *Democracy and Disobedience*. Oxford: Clarendon Press (trad. cast. de M. I. Guastavino, *Democracia y desobediencia*. Barcelona: Ariel, 1985).
- SOLOZÁBAL, J. J. (1995). Juramento o promesa de la Constitución (D.º Constitucional), *Enciclopedia Jurídica Básica*. Madrid: Civitas, vol. III, pp. 3857-3860.
- SOTTIAUX, S. & Rummens, S. (2012). Concentric democracy: Resolving the incoherence in the European Court of Human Rights' case law on freedom of expression and freedom of association. *International Journal of Constitutional Law*, 10(1), pp. 106-126. doi: 10.1093/icon/mor074.
- SUNSTEIN, C. R. (1990). Unity and plurality: The case of compulsory oaths. *Yale Journal of Law & the Humanities*, 2(1), pp. 101-112.
- SZPUNAR, M. (2019). Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar presentadas el 12 de noviembre de 2019. Recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62019CC0502&from=EN> (consulta 30.06.2020)

- TAJADURA, J. (2016). *La reforma constitucional: procedimientos y límites. Un estudio crítico del Título X de la Constitución de 1978*. Madrid: Marcial Pons.
- TEACHING (2020). <https://teachingamericanhistory.org/library/document/connecticut-oath-of-fidelity/> (consulta 30.06.2020).
- THE PARLIAMENTARY OATH (2001). Library Research Paper, House of Commons. En <http://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/RP01-116/RP01-116.pdf> (consulta 30.06.2020)
- THIEL, M. (ed.) (2009). *The 'Militant Democracy' Principle in Modern Democracies*. Farnham: Ashgate.
- TOCQUEVILLE, A. de (1835). *De la démocratie en Amérique*, I, que se cita por la ed. de E. Nolla, *La democracia en América*, I. Madrid: Aguilar, 1988.
- TUSHNET, M. V. (2009). United States of America. En Thiel, 2009, pp. 357-377.
- TYULKINA, S. (2015). *Militant Democracy. Undemocratic political parties and beyond*. Londres-Nueva York: Routledge.
- UNITED STATES SENATE (2020). https://www.senate.gov/artandhistory/history/common/briefing/Oath_Office.htm (consulta 30.06.2020).
- VÍRGALA FORURIA, E. (2010). El T.E.D.H. avala la ilegalización de «Batasuna» (Aspectos positivos y algunos pocos negativos de su jurisprudencia). *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 13, pp. 415-436.
- WAGRANDL, U. (2018). Transnacional militant democracy. *Global Constitutionalism* 2018, 7(2), pp. 143-172.
- WALDRON, J. (1999). *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press (trad. de J. L. Martí y Á. Quiroga, *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons, 2005).