

**Fundamentos
de
conocimiento jurídico**

**EFICACIA DEL DERECHO
(TEORÍAS Y APLICACIONES)**

Editores:

ÁNGEL SÁNCHEZ DE LA TORRE
(Académico numerario)

ISABEL ARACELI HOYO SIERRA
(Académico correspondiente)

**Fundamentos
de
conocimiento jurídico**

**EFICACIA DEL DERECHO
(TEORÍAS Y APLICACIONES)**



*Real Academia de
Jurisprudencia y Legislación*

Dykinson, S. L.

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

© Copyright by
Ángel Sánchez de la Torre e Isabel Araceli Hoyo Sierra (editores)
Madrid, 2010

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

e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

Consejo editorial véase www.dykinson.com/quienessomos

ISBN: 978-84-xxxx-xxx-x
Depósito Legal: xx-xxx-2008

Maquetación:
BALAGUER VALDIVIA, S.L.
gbalaguer@telefonica.net

Impresión:

ÍNDICE

<i>Los tópicos: eficacia, eficiencia, efectividad en el Derecho</i>	11
ÁNGEL SÁNCHEZ DE LA TORRE	
<i>Principios y teoría del derecho</i>	31
JUAN ANTONIO MARTÍNEZ MUÑOZ	
<i>Sobre la eficacia, eficiencia y efectividad del derecho en el pensamiento del primer Kelsen</i>	67
EUGENIO RUBIO LINARES	
<i>La pretendida eficacia de las sanciones</i>	89
MARÍA JOSÉ FALCÓN Y TELLA	
<i>De la Administración eficaz a la Administración eficiente</i>	113
BORJA ADSUARA	
<i>El criterio de eficacia en la aplicación de la norma penal en Derecho Romano</i>	127
JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ ROMANILLOS	
<i>Eficacia del contrato como creador de privilegios</i>	141
CARMEN DOLORES BAEZA ORDÓÑEZ	

<i>Tendencias privatizadoras del derecho penal: diversas manifestaciones</i>	161
FERNANDO SANTA CECILIA GARCÍA	
<i>Reconocimiento de eficacia civil de resoluciones o decisiones eclesiásticas en materia matrimonial</i>	183
CRISTINA FUERTES-PLANAS ALEIX	
<i>Riesgos del deber del secreto profesional para la eficacia del Derecho</i>	225
SANTIAGO PANIZO ORALLO	
<i>Interferencias entre el Derecho Comunitario y el Derecho Nacional en la eficacia de las normas: la cuestión prejudicial</i>	247
JOSÉ ANTONIO PINTO FONTANILLO	
<i>Eficacia y efectividad de los medios de prueba para suscitar evidencia</i>	267
ISABEL ARACELI HOYO SIERRA	
<i>Reformas para mayor eficacia en la protección del tercero</i>	287
MARGARITA FUENTESECA Y ANTONIO PAU	
<i>La inaplicabilidad de las leyes: supuestos de inconstitucionalidad</i>	309
PILAR CASCALES ANGOSTO	
<i>Ineficacia jurídica y estado de derecho. La falta de criterio judicial ante la corrupción económico-política</i>	341
FRANCISCO JAVIER GONZÁLEZ MARTÍN	
<i>La efectividad de las operaciones de paz en los conflictos internacionales</i>	367
BEATRIZ CASTRO TOLEDO	
<i>La eficacia político-jurídica de la Constitución de Bayona bajo el Régimen napoleónico</i>	383
BERNARDO GIL-MUGARZA LLORENTE	

<i>Eficacia del contrato de acogimiento de menores</i>	395
ELISA BEATO DEL PALACIO	
<i>Eficacia del derecho internacional</i>	419
PEDRO FRANCISCO GAGO GUERRERO	
<i>La eficacia de la normativa de integración del alumnado con necesidades educativas en el sistema educativo español: luces y sombras</i>	443
ÁNGELES MATEOS GARCÍA	

LOS TÓPICOS: EFICACIA, EFICIENCIA, EFECTIVIDAD EN EL DERECHO

ÁNGEL SÁNCHEZ DE LA TORRE
Académico Numerario

Resumen: Los tópicos de “eficacia”, “eficiencia”, “efectividad”, aplicados al Derecho, constituyen funciones que pueden ser investigadas desde su procedencia etimológica y desde sus acepciones preliminares, así como en sus sinonimias y analogías en otras materias, antes de verificar su idoneidad para expresar fenómenos legales concretos, p. ej., donde se adviertan problemas en la observancia de normas de rango constitucional.

Palabras clave: eficacia, productividad, competitividad, jerarquía institucional, jerarquía normativa.

Abstract: The topics of efficacy, efficiency or effectivity, applied to the field of Law, are functions which can be studied from their etymological origin and from their primary meanings, as in their synonyms and analogies in other fields, before verifying their suitability to express concrete legal phenomena, v.gr. where problems can be found in the fulfilment of constitutional norms.

Key words: efficacy, productivity, competitiveness, institutional hierarchy, normative hierarchy.

1. OPORTUNIDAD DE ESTOS CONCEPTOS PARA VALORAR LA IDONEIDAD DEL DERECHO

Se trata de nociones de “función”. **Eficacia** mira a la realización de actos y conductas jurídicas mirando quien pretende alcanzar ciertos objetivos en la realidad social. Posteriormente puede estudiarse su valoración en cuanto a si son deseables o indeseables. **Eficiencia** atiende a la medida en que los agentes e instituciones jurídicos obtienen tales resultados propuestos, con la máxima economía de recursos y tiempo. Tales resultados pueden ser considerados, o como subjetivamente personales, o como institucionales. **Efectividad** indica la medida en que cualquier cambio producido por actos jurídicos resulta plenamente asegurado, según el grado en que alcance coherencia y coordinación en el conjunto del ordenamiento jurídico; tanto si ha obtenido el objetivo buscado, como si tal proceso ha resultado de manera distinta a lo previsto y buscado, o si su eficacia ha redundado para bien o para mal (en la perspectiva del proyecto teórico, o en la perspectiva de los ejecutores, o en la perspectiva del medio social que ha resultado cambiado por el proceso considerado en su conjunto).

El término de “eficacia” y sus diversos empleos tiene referencias muy extensas en múltiples campos y desde luego en el jurídico. Basta recordar que el contenido de las obligaciones jurídicas en el Derecho Romano se resumía en la expresión *dare facere oportere*: necesidad coactiva de dar o hacer algo. El verbo *efficere* es compuesto de *facere*.

El verbo *facere*, como en paralelo sucede con el verbo *dare*, son verbos primarios, de alcance generalísimo. Baste fijarnos en el dato de que, entre personas de lenguaje reducido y de cultura escasa, se utiliza para decir cualquier cosa sin alcanzar precisiones técnicas que inducirían a expresar otro término más concretamente aplicable. Su noción es completada para expresarse en las “formas pasivas” de su conjugación gramatical, por tiempos tomados del deponente pasivo *feri*, que le añaden cierto matiz “durativo” a lo largo de un proceso transformacional como sucede con el participio *factum*.

Según los filólogos más prestigiosos, la raíz indoeuropea del verbo *facere* significa “poner”, “situar”, “preparar”, significaciones que emergen en el lenguaje latino corriente, incluyendo la noción de “ser eficaz” en el sentido de “hacer bien una cosa”. Sobre esta significación se instalan otras

muy próximas: causar, ejercer, trabajar, hacer cosas artificiales, cumplir tareas profesionales, incluso “matar”, *interficere*, con o sin preverbios; y *facere* adquiere también alcances intensificativos, frecuentativos, desiderativos, etc., asumiendo las formas correspondientes.

Esta misma palabra da también lugar a sustantivos de sujeto activo (*-fex*), de profesionalidad (*-ficcium*), de especificación (*-ficcenia*), de cualificación (*-ficcio*), de reconocimiento (*facies, -ficies*), de acción reproducible (*facinus*), de terminación de algo (*-factum*), de concreción de algo (*-ficax*), etc. Esta última forma es la que nos interesa ahora a través del verbo *efficere*, donde *facere* está precedida del preverbo *e, ex*, y la *c* de *ex-* tiende a duplicarse de la consonante inicial de la palabra a la que precede, como en *efferre* y, en este momento, *efficere*. De este modo pasa a significar “acabar de hacer”, “hacer completamente”, siendo lo contrario de *deficere* “faltar de hacer”, “hacer insuficientemente”; y lo opuesto a *inficere* “no hacer” e incluso “atacar”, “deshacer”.

Ya en el lenguaje latino los nombres derivados de *efficere* suelen tener sentido técnico: “producir”, “beneficiar”, “totalizar” (numéricamente), “completar”, “probar” (lógicamente), “concluir” (argumentativamente), p. ej. en la expresión “causa eficiente” en relación con “cosa hecha”. De aquí se utilizaron en latín, no en el lenguaje cotidiano pero sí en textos escritos referentes a temas económicos, militares, políticos, filosóficos, etc., las palabras *effectivus, effectus, efficax, efficacita, efficacitas*.

Dentro de esta amplitud de acepciones y de nociones, tenemos que en el lenguaje técnico del derecho, desde el significado en que *facere* forma parte de la noción de obligación jurídica (de Derecho Privado, *dare facere oportere*), llega a centrarse, mediante las formas *efficere, efficax, efficcenia*, en el enjuiciamiento del funcionamiento de instituciones administrativas que pertenecen característicamente al Derecho Público.

Sin embargo la palabra “eficacia” conserva una capacidad de expansión muy general, y su significado podría concretarse, tal como sucede en el lenguaje técnico, bajo otros términos más adaptados al sector de realidad cuya funcionalidad puede ser calificada, en idéntico sentido, pero de modo más directamente aplicable según el campo institucional de que se trate. Así dentro de la mecánica se emplea “rendimiento”, en técnica “pericia”, en empresa “productividad”, en comercio “competitividad”, en política “poder”, en cultura “prestigio”, en ética “bondad”, en relaciones sociales “influencia”, etc. Estos mismos adjetivos son los

que se aplican al observar el buen funcionamiento de las instituciones administrativas en cualquier aspecto del ordenamiento jurídico, cuando hablamos, afirmando o cuestionando, su “eficacia”, “eficiencia”, o “efectividad”, en los términos que se irán viendo en las observaciones que siguen a estas líneas, y sobre todo en los otros estudios que aparecen en este mismo volumen.

2. SU INVESTIGACIÓN EN UNA METODOLOGÍA “FILOSÓFICA” DEL DERECHO

Estos conceptos son peculiaridades en el estudio crítico del funcionamiento del *Ordenamiento Jurídico* concreto, en sus aspectos sociológico, ontológico y dogmático, respectivamente.

Si miramos el Derecho en dos aspectos: en cuanto “ordenamiento jurídico” (conjunto de Normas y de Instituciones que señalan y aseguran la forma de libertad social que acondiciona la personalización de los individuos y la prosperidad de los grupos, mediante un sistema de sanciones institucionales administrado por la Autoridad Pública concreta); y en cuanto “orden jurídico” (conformidad en que los sujetos sociales y sus intereses pueden actuar y relacionarse entre sí en términos tales que resulten garantizadas las libertad de todos y respetada la dignidad de cada uno), podremos asignar “nivel dogmático” al Ordenamiento jurídico; y “nivel ontológico” al Orden jurídico.

Si no distinguimos entre ambos niveles, no tenemos punto de referencia para efectuar ninguna crítica puntual, ni en la dirección dogmática, ni en la ontológica. Una crítica que no se plantee de este modo sólo es “observación”, “ocurrencia”, “detalle”, pero no “reflexión” (la cual requiere, distancia en la perspectiva, y confrontación desde los planos que pueden ser observados desde la posición del observador). Mas, para estudiar este asunto, una teoría jurídica tendrá que profundizar en ambos niveles.

La crítica “ontológica” se refiere a cómo los valores precisados en este plano (dignidad, libertad, igualdad, generalidad, sociabilidad, coexistencia, necesidad, conformidad, paz) pueden o deben darse mediante el funcionamiento del Ordenamiento jurídico (en su plano dogmático del Derecho, que incluye Sus Instituciones y Sus Normas dentro del conjunto históricamente configurado). Intentar precisar milimétricamente los

conceptos que sólo tienen valor metodológico-conceptual-abstracto es pérdida de tiempo: pues el significado de cada uno sólo puede matizarse al ser empleado en la investigación (propriadamente dicha, integrada desde todas sus perspectivas posibles) de su objeto; y poniéndolos en conexión y distinción con otros conceptos análogos y concordantes, y con sus opuestos y contrarios.

La crítica “dogmática” admite varios planos de investigación, que se corresponden con la complejidad estructural de lo que sea internamente el Ordenamiento Jurídico. Pero, además de “en” su estructura interna, la realidad jurídica opera “hacia” los otros elementos de la sociedad, y opera “desde” su Contexto (socio-cultural-personal) Ontológico, en la doble dirección hacia lo “concreto exterior” y hacia lo “concreto interior”, que se articulan como *Ámbito social* (derecho objetivo) y *Persona individual* (derecho subjetivo), respectivamente. Entre estos planos propios de la investigación “dogmática” pueden mediar muchos ejes de referencia, entre los cuales, por ejemplo, los siguientes:

Si es adecuada técnicamente la inserción de las Normas en las Instituciones donde están los intereses efectivos regulados por aquéllas.

Si las Normas orientan significativamente las conductas reguladas, en el sentido adecuado a los objetivos propios de las Instituciones en que están formuladas.

Si los sujetos interesados tienen acceso científico fácil o suficiente al conocimiento de esas Normas y a actuar conforme a lo establecido a ellas.

Si hay Instituciones que diriman los conflictos que surjan entre sujetos que tratan de activar y proteger sus intereses propios.

Si hay vías de resolución de conflictos que impongan solución cuyo resultado pueda ser implantado clara y prontamente.

Si hay modelos de procedimiento institucional más breves y claros que los actuales, a) para actuar naturalmente; b) para dirimir conflictos.

Es posible distinguir diversas modalidades de Normas (p. ej.) en la Ley. Ésta puede servir, o bien como “Modelo”, o bien como “Programa”. El primero permite mayor discrecionalidad de Sujetos y de Instituciones en los actos y conductas jurídicas. El segundo vincula cada procedimiento, trámites y plazos de modo exhaustivo. El primero permite adecuar los intereses regulados del modo más conveniente en concreto, manteniendo

seguridad. El segundo establece condiciones que pueden paralizar o estorbar el desarrollo de los intereses, imponiendo coactividad. El “funcionamiento” de una norma es visto de manera distinta según lo que de ella se pretenda, o sea, según que se la considere, o como “modelo”, o como “programa”.

Dentro de las materias de que se trate, es preferible que la Ley sea de tipo Modelo o de tipo Programa. El primero se aproxima a la Costumbre y al Arbitraje mercantil. El segundo parece adecuado para las relaciones entre Administración y Administrados. Una mala selección de método anula la “eficacia normativa”, p.ej., mirando a la actual legislación del Arbitraje civil, que no sigue al criterio Modelo sino al criterio Programa. Por el otro lado la actual regulación de los sistemas de enseñanza, que impone el criterio Programa, destruye las condiciones de “efectividad” de sus resultados, obstruyendo la “eficiencia” de docentes y de Centros.

La reflexión en estas materias podría denominarse “saber jurídico aplicado”¹.

El saber jurídico es “aplicado” cuando se propone finalidades prácticas, y trata de influenciar decisiones futuras. No trata sólo de prever, sino de provocar. Este “saber jurídico fundamental” a veces es considerado como superfluo, por demasiado teórico o como casi impracticable, en medio de revoluciones o precipitaciones legislativas o judiciales. Pero menos caso se suele hacer aún de la filosofía del derecho en cuanto tal, ni siquiera en sus formas de epistemología jurídica o de teoría general del derecho. Aunque tal Teoría General es el aspecto más cercano a este Saber Jurídico Aplicado.

El objeto primero de éste busca coordinar y sistematizar, buscando esquemas menos abstractos, plasmados en reglas menos numerosas pero aplicables a mayor género de casos cada vez, buscando la coherencia interna de intereses y normas sin desconocer las singularidades existentes dentro de su tipología (por ejemplo, distinguir entre lo que es “decisión subjetiva” o *ius cogens* dentro de determinado contrato).

El objeto segundo será comprender cómo se forman y cómo se cambian los criterios reguladores en una Norma concreta; qué papel juegan los “principios generales” aplicables y si son coherentemente aplicados;

¹ Esta denominación es usada por Cristian Atias en su libro *Science des légistes, savoir des juristes* (1991).

qué espacio queda suplido por “ficciones” normativas; qué relación existe entre aplicaciones generales y sus excepciones, entre derecho común y leyes especiales, etc.

El saber jurídico fundamental trata de explicar, de justificar, y de valorar, enfocando la elección que en cada supuesto realizan los legisladores y los jueces, así como examinando la eficacia de las fórmulas normativas buscadas y la efectividad de la inserción de éstas en las instituciones correspondientes. No se confunden ambas clases de conocimiento jurídico, el aplicado y el fundamental. Pero éste se alimenta de aquél, y aquél se racionaliza desde éste.

3. CONEXIONES AMPLIAS DE LAS NOCIONES DE “EFICACIA”, “EFICIENCIA”, “EFECTIVIDAD”

En el lenguaje jurídico-político se da una coherencia interna donde aparecen ligeras variaciones referentes a momentos o planeamientos a que se aplican (tal como se ha apuntado más arriba). Pero además se trata de nociones que entrañan una importancia insospechada, si los referimos a su etimología y a las aplicaciones que su significación permite. Este aspecto nos permitirá comprender la trascendencia que adquieren dentro del lenguaje político-jurídico,

Nos fijaremos, por ello, en la semántica de estas nociones, deteniéndonos también en su utilización en el lenguaje filosófico así como en conceptos análogos que permiten comparar también el alcance de su sentido propio.

No debe sorprendernos saber que el primer jurista que haya utilizado la noción de “eficacia jurídica” haya sido el filósofo latino Cicerón. Una frase suya que he utilizado en una ponencia de este Seminario, en el vol. Modalidades de responsabilidad jurídica, 2008, p. 90, es la siguiente: *cuius muneris colendi efficiendique causa nati... tota causa est universi iuris ac gentium*. O sea: el Derecho se realiza mediante su eficacia (*efficiendi causa*). Y la noción de “eficacia” alcanza también a la “operatividad efectiva” de la inteligencia de la norma, pues hay que entenderla en el sentido en que pueda llegar a promover determinado resultado: *ut aliquid operetur*. Se trata, por tanto, de un tema no solamente retórico (o sea, de técnica jurídica) sino científico (o sea de inteligencia

de la norma misma desde el resultado que busca producir). Mas de ello nos ocuparemos después.

Estas nociones se encuadran en la “dinámica jurídica”. No sólo en cuanto a un proceso de cambio de normas, sino, y sobre todo, en los cambios que la aplicación de una norma dentro de un procedimiento pertinente origina en una situación jurídica anterior para conducirla hacia otra situación posterior.

Pero visto que las nociones consideradas sólo pueden entenderse en cuanto que las Normas e Instituciones estén cambiando; o que hay un procedimiento jurídico en marcha (p.ej. actos de posesión que ratifican un derecho de propiedad; actos preparatorios para cerrar un contrato; actos administrativos en un expediente de petición o de recurso; actos jurisdiccionales en un pleito, etc.); no nos extrañaremos de que la “eficacia” y sus modalidades tengan presencia en la teoría metafísica de la realidad, considerada en la perspectiva de sus “cambios”. Así tenemos el concepto de “causa eficiente”.

H. Kelsen estudió la noción de “causa” (*aitía*) en conexión con sus conceptos de “imputación” y de “culpa”. No olvidemos ahora que “causa” también significa “procedimiento jurídico”. Pero en general significa “razón de producción de algún efecto”, y en este sentido es el modo de entender cualquier realidad desde la perspectiva de sus cambios. Las “causas” en la teoría aristotélica eran la eficiente (ejecutora de cambio), la material (donde se produce un cambio), la formal (la previsión de lo que resultará tras el cambio), la final (perfectividad buscada en el cambio).

Si trasponemos estas puntualizaciones al lenguaje político-jurídico veríamos que en la “causa eficiente” tenemos al “poder político” y a su “organización administrativa”; que su actuación recae sobre las estructuras socio-culturales que son su “causa material”; que las previsiones del resultado de tal actuación están contenidas en normas jurídicas (constitucionales, orgánicas, comunes, especiales, etc.) así como en la índole de la prudencia supuesta en los dirigentes políticos que las promueven, en cuanto “causa formal” (tanto en cuanto “modelos” como en cuanto “programas” según la teoría de Atias ya mencionada); y que la “causa final” serían principios constitucionales, intereses de los ciudadanos, ideologías sociales, etc.

Todos estos momentos considerados en el cambio parcial o total de normas institucionales denotan diversos aspectos en que la “causa eficiente” cubre la totalidad del proceso: “eficacia” en cuanto virtualidad del poder y de los instrumentos normativos que tiene a su disposición comenzando por las normas vigentes; “eficiencia” en cuanto ejercicio del poder que emplea del modo más favorable (para él mismo, para la sociedad, para los objetivos buscados; y con la mayor adecuación a los métodos previstos y al costo de recursos útiles a su fin) su acción; y “efectividad” en la plena instalación de la nueva situación dentro del ordenamiento político-jurídico vigente.

Todas estas modalidades de “causas” son, a su vez, “concausas recíprocas”. La “efectividad” alcanzada premia la adecuación de la “eficiencia” así como el valor de la “eficacia”. Las garantías de un derecho no dependen solamente de la claridad de las normas que lo regulan sino de la precisión en que las acogen algunas otras leyes, las aplican algunas Autoridades y Tribunales, las aceptan el conjunto de los ordenamientos vigentes. La “eficiencia” no resulta solamente de la existencia de una Administración, sino de la provisión de recursos financieros, y del entusiasmo y motivación de los funcionarios que en ella ejercen su profesión, o que intervienen en alguna fase del procedimiento.

Esto indica que podemos valorar y enunciar todo el conjunto de estos conceptos, tanto desde la perspectiva de la “eficacia” como de su “eficiencia” como de su “efectividad”: se trata de perspectiva técnica, sobre una misma e idéntica realidad, pero entendida en alguno de sus momentos, donde la continuidad del proceso se casa con la continuidad de una noción adecuada a cada uno de esos momentos.

Podemos así entender con alcance general, donde la visión político-jurídica no impone sus peculiaridades sino que recibe una acepción común, que Eficacia es “virtud, actividad, fuerza, poder para obrar”; Eficiencia es “el poder de producir efectos”; Efectividad “capacidad de un poder para obtener el resultado pretendido una vez que haya sido alcanzado”.

Más adelante veremos que cada uno de estos términos puede ser aplicado, como “adjetivos”, o sea, “cualidades de actos” a las diversas partes de la estructura del Derecho: Sujeto, Norma, Conducta, Sanción (por ejemplo: sanción eficaz, eficiente, efectiva atendiendo a diversos momentos y resultados de su aplicación). Ello no indica nunca “polise-

mia”, sino “conexión analógica” entre dichos términos, proyectada desde su significado originariamente idéntico, como veremos a continuación, dentro del lenguaje jurídico antiguo de donde procede el moderno.

En *Histoire des mots*, A. Ernout y A. Meyer (ed. 2001 de su DELL) atribuyen a Cicerón la invención en latín de la palabra *efficientia*, de donde se adaptan *effectus*, *effectivus*, *efficacia*, *efficacitas* que podrían ser aplicadas también al lenguaje retórico-jurídico. El propio Cicerón creó, para utilizarlas en lenguaje filosófico propiamente dicho, los términos *effectio*, *effector*, *effectrix* con el significado de “acción”, “acto”, “sujeto de conducta”, “ejecutor” (obviando p.ej. emplear en el sentido del castellano “autor” el latino *auctor*, *auctoritas* que tenían un sentido más valorativo al derivar del verbo *augere*). Tales términos llevaban consigo la noción de “terminar de hacer” una cosa, aunque el propio Cicerón usa, en texto filosófico, *causa efficiens* en oposición a *res effecta* (o sea, momento de causar, y momento de haber conseguido el efecto, respectivamente).

Como se ha dicho, estas palabras derivan todas del verbo latino *facere*, “poner”, “situar”, de donde “hacer” que tiene un alcance semántico amplísimo incluyendo los significados primarios que se acaban de mencionar, y también otros como representar, ejecutar, conseguir, ordenar, presentar, suponer, construir, crear (en diversas expresiones de voces activa y pasiva, y en diversos contextos pragmáticos).

Pero lo curioso del verbo *facere* es que no tiene formas propias de voz pasiva. Para ésta emplea otra raíz distinta, la misma de donde procede la griega *phýsis* (naturaleza, lo que crece por sí mismo), que es el verbo deponente latino *fió*, “hacerse”. Aunque los participios e infinitivos de pasado compuestos incluyen formas de *facio* conjugadas en pasiva, pero nunca las que requieren sujeto “personal” (primera, segunda y tercera persona, singular o plural, siempre “activas” en tiempos y modos de *facere*).

Subrayamos esta concepción “activista” de las nociones de Eficacia, Eficiencia, Efectividad referidas a la estructura objetiva del Derecho (Ley, Instituciones, Fines) si la contraponemos a su estructura subjetiva: Facultad, *facultas*, expresada en un término que tiene idéntico origen terminológico, el verbo *facere*, que los anteriores. Podríamos entender el significado de aquellas palabras a partir de esta de *facultas*, tanto si suponemos la primacía, metodológica o real, del aspecto subjetivo como del objetivo, pues ambos se reflejan entre sí de alguna manera, como

se expresa en la fórmula tomista de que *omnis effectus repraesentat aliquid causam suam*: toda realidad incluye en sí misma algún modo de realización procedente de su causante. Ello sería cierto tanto si se entiende que la libertad jurídica procede del Derecho, o si preferimos que el Derecho proceda de la Libertad jurídica. Ambos términos serían ontológicamente correlativos, de la misma manera en que nuestra teoría del Derecho afirma que Norma Jurídica y Relación Jurídica son también correlativos, y que las estructuras internas de ambas reflejan exactamente tal correlación (de donde procede el criterio de la científicidad de la teoría de ambas estructuras al ser estudiadas separadamente, como no puede menos de suceder: pues puede ser comprobada la exactitud metodológica de la una por su coincidencia ontológica con la estructura de la otra).

En frase de las Instituciones de Justiniano (libro I, tit. II, n. 12), *parum est ius nosse, si personae, quarum causa constitutum est, ignorentur*; o sea: es insuficiente un conocimiento del derecho objetivo que no se contraste con el derecho subjetivo que contiene la razón de las prescripciones de aquél. Este criterio metodológico aparece también explícitamente en Justiniano (Digesto, libro I, tit. II *De origine iuris*, I, en texto tomado de Gayo: *...in omnibus rebus animadverto, id perfectum esse, quod ex omnibus suis partibus constaret*: cualquiera que sea el asunto tratado, no está plenamente conocido hasta no investigarlo desde todas las perspectivas en que se manifiesta su realidad una vez efectuada.

La definición de *lex* del Digesto se toma en Modestino (libro I, tit. III, n. 7): *Legis virtus (haec) est: imperare, vetare, permittere, punire*. En cualquiera de estas acciones pragmáticas de la *lex* pueden ser advertidas sus niveles de eficacia, eficiencia o efectividad, trátase de “disponer”, “prohibir”, “autorizar”, o “reprimir” conductas según que sean estimadas lícitas (*imperare, permittere*) o ilícitas (*vetare, punire*).

4. CONEXIONES ESTRICTAS DE LAS NOCIONES DE EFICACIA, EFICIENCIA, EFECTIVIDAD, CON “LEY”

La *virtus* (“virtualidad”) de una *lex* admite dos traducciones griegas: como *dýnamis*, o sea, “potencia”; y como *enérghēia*, “acto”. En el sentido primero es “realidad virtual”, y en el segundo “realidad actual”.

Su operatividad sería entonces como “causa ejemplar” en el significado primero, y “causa formal” en el segundo.

En ambos supuestos podemos examinar la clase de Eficacia que contiene una Ley. En ella advertimos dos aspectos, los cuales se corresponden con la división de doctrinas que explicaba Atias (mencionado anteriormente): “modelo” y “programa”. Considerada como “modelo”, la ley tiene eficacia meramente mental en cuanto que contiene una conexión hipotética entre un supuesto de hecho y su consecuencia normativa: dada una promesa, surge una obligación, por ejemplo. Considerada como “programa”, la ley contiene una conexión asertiva entre la posición relacional (de un individuo con otro, de un funcionario dentro de una Institución) y la conducta que alguien está obligado a realizar.

Según se asuma una teoría jurídica que se construya desde polos unilaterales distintos (la de Kelsen, o la de Federico de Castro podríamos precisar como posibles ejemplos doctrinales) la noción de “efectividad” o de “eficacia” son explicadas de manera diferente. Sería imposible encajar operativamente el juego de ciertos conceptos de tal modo que, en doctrinas distintas, fueran coincidentes entre sí. Ello sucede con todas las teorías jurídicas: en otro caso la versión de cada concepto jurídico fundamental sería entendido mimética y exactamente la misma. Pero se trata de entender la razón de estas diferencias en cada teoría. Aunque las palabras que en cada doctrina lo definieran fueran idénticas, su sentido sería distinto dentro de cada gran sistema conceptual.

Pero además resultaría que el modo de entender esta serie de nociones (Eficacia, Eficiencia, Efectividad) varía mucho según cuál sea la índole de estas doctrinas: desde la que borra la noción de “efectividad” del campo teórico de su doctrina (Kelsen), hasta la que devalúa la noción de “eficacia”, como el Iusnaturalismo racionalista, para el cual la proyección jurídica de un principio de Derecho Natural es estricta y exclusivamente “ideal” (o existiría solamente en la “mente de Dios”, cosa que sería lo mismo). Mientras que cualquier término referido a “eficacia” y sus diversas modalidades expresa una función real.

El texto de *Las Siete Partidas* (1ª, tit. I, l.5) nos enseña que “Las virtudes de las leyes son en siete maneras. La primera es crear. La segunda, ordenar las cosas. La tercera, mandar. La cuarta, ayuntar. La quinta, galardonar. La sexta, vedar. La setena, escarmentar”. Si adscribiéramos cada

una de estas “virtualidades” a las tres nociones que venimos comentando y a las dos visiones de “legalidad”, veríamos lo siguiente:

Crear, o sea, ser creíble, considera la Ley en cuanto Modelo.

Ordenar las cosas, como Efectividad.

Mandar, o sea imperar, como Programa eficaz.

Ayuntar, o sea, dar coherencia a la sociedad, como Efectividad.

Galardonar, o sea, premiar garantizando los derechos de quien actúa conforme a ley, es cosa de Eficiencia (pues su previsión resulta estimulante para un operador jurídico).

Vedar contribuye a la Eficiencia, puesto que impide conductas nulas, anulables o incluso merecedoras de castigo.

Escarmentar es un término de Efectividad: quien no actúe legalmente no conseguirá sus propósitos y deberá indemnizar o ser castigado por ello. Es también cosa de Eficiencia, correlativamente a Galardonar, pues niega la validez de lo ilegal y por ello imposibilita las consecuencias buscadas por quien actúe de tal modo.

El modo más valioso de entender la función de Eficacia de una ley aparece en la primera de las “virtualidades” que indica Modestino: *imperare*, que contiene tanto el aspecto ejemplar y modélico como el programático y coactivo de la *lex*.

Es sabido que de este verbo proceden los sustantivos *imperium* e *imperator*. Aquel designa el poder soberano, del patriarca en su familia, del dueño sobre su esclavo. En la organización política designa al poder público soberano de tomar toda clase de medidas pertinentes al bienestar público, incluso en aspectos que las leyes no prevean (*libere ad summam rerum consulere debet*, en un texto de Julio César). Ernout y Meillet escriben que *impero* está compuesto de *im-* y *-paro*, significando estrictamente “tomar medidas adecuadas”, “hacer preparativos para una serie de cosas”, “forzar a producir ciertos efectos”, aproximándose al sentido jurídico de *iubeo* “mandar lo que dice el *ius*” y al sentido médico de *ordinare*, “recetar”. Por ello su sentido originario se igualaría a “preparar”, o sea, “tomar disposiciones previas”, que matizan semánticamente a *parare* precedida de la raíz *im-*, que contiene la idea de “imitación”,

y que produce términos tales como el frecuentativo *imito*, el compuesto *imago* (paralelo así a *imperium*) y el adjetivo *aemulus*².

Según estas aproximaciones lingüísticas, *imperare* significa, de un lado, configurar un modelo ejemplar de conducta, y de otro, que este modelo ejemplar se constituye para diseñar conductas futuras que habrán de ser cumplidas coactivamente. Por tanto, considerada frente a las tres palabras que venimos recordando, la *Ley* significa y encaja estrictamente como Eficacia, cuya medida en Eficiencia y en Efectividad habrá de serle otorgada, respectivamente, (1) por la futura acción de Sujetos y Autoridades jurídicos, y (2) por su consiguiente resultado cuando la conducta ejemplificada y ordenada en ella, sea integrada o rechazada por el Ordenamiento Jurídico considerado en su vigencia social concreta.

Antes de llegar a una visión pragmática y aplicable de estas palabras, hay que referirse a una cuestión muy importante, y es la afirmación de que su juego tiene mucho que ver con dos perspectivas trascendentales de la realidad jurídica: la Utilidad, y la Justicia. Ambos valores encarnan la cualidad más importante que deben presidir las directrices normativas del Derecho: su servicio al bienestar común mediante el funcionamiento equitativo de las Instituciones públicas que regulan los actos jurídicos que se realizan en el ámbito de la familia, de la propiedad, de los contratos y de la financiación de los servicios públicos de todo orden; y el mantenimiento de la dignidad humana mediante las garantías igualitarias de la libertad individual.

Respecto a la Justicia y a la Utilidad configurados mediante las Instituciones jurídicas, Eficacia, Eficiencia y Efectividad son cualidades del modo en que se llevan a cabo las funciones políticas, administrativo-judiciales y socio-culturales, dentro de un Estado de Derecho determinado.

Curiosamente, el modo en que la Eficacia es la vertiente de la realización del Ordenamiento jurídico que se sitúa expresamente en el momento de la “politicidad” del Derecho, se comprueba, con referencia al Ordenamiento jurídico español, en el dato de que tal cualidad viene mencionada en un texto constitucional vigente (1978). Dentro del Título IV, Del Gobierno y de la Administración, el art. 103,1 manifiesta que “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentraliza-

² (Ejemplos que se hallan en Grandsaignes d’Hauterive, *Dictionnaire des racines des langues européennes*, 1948, edic. 1994).

ción, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”. Aparte del caos hermenéutico que encierra la necesidad lógica de confrontar cada uno de estos conceptos con los otros, y sobre todo de entender la pleonástica –si fuera realmente interpretada– “con sometimiento pleno a la ley y al Derecho” (pues si hay sometimiento sería pleno, y si hubiera sometimiento a la ley lo sería también al Derecho dado que la Administración deberá actuar o conforme a ley o dentro de la autorización contenida en ley), lo que aparece es lo siguiente: que la Eficacia es un “principio lógico”, no un “principio normativo”, puesto que las normas no se presentan como “principios” sino como “proposiciones concluyentes o determinativas de principios” (*conclusio, determinatio* según la doctrina tradicional); y su alcance semántico ha de vertebrarse junto con los otros términos mencionados dentro de ese conjunto de “principios” (eficacia, jerarquía, etc.), sin que pueda tener significado separado de su conexión con los restantes.

En cuanto a Eficiencia, el texto constitucional podría referirse a la misma cuando el artículo 38 (dentro del título II, De los derechos y deberes de los ciudadanos) se refiere a la “productividad” de la empresa dentro de la economía del mercado. Mas no aparece semejante cualidad proponiéndola para actos o procedimientos de los órganos políticos ni administrativos.

En cuanto a la Efectividad como valor jurídico-político debe darse por supuesta sólo apodícticamente, pues, de hecho, en ninguna versión literal aparece explícitamente en el texto constitucional.

5. LA INEFICACIA DEL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978

Un ejemplo de cómo se percibe la calidad de una norma o de una institución en la perspectiva de su eficacia es observarlas bajo el supuesto de su ausencia en casos determinados. Y mirando a la estructura exigible de un Estado moderno uno de los aspectos en cuestión es el dogma político de la “división de poderes”, cuya vigencia, junto con el respeto a los Derechos Humanos, es requerida en la doctrina constitucionalista moderna para que pueda hablarse de que hay “Estado de Derecho”.

Hay actualmente observadores que expresan su alarma acerca de que en la práctica legal e institucional española no aparece suficientemente

nítida la “división de poderes”. Se trata de que los órganos directivos del Poder Judicial se hallan sumergidos por los mecanismos de designación de sus miembros, de tal modo que no son independientes, aunque esa dependencia que en el régimen anterior a 1978 era respecto al Gobierno, lo sería actualmente respecto a las Cortes. Mientras que éstas, dado el mecanismo partidocrático que las establece, son a su vez hechura del propio Gobierno a través del dominio que éste tiene sobre la mayoría parlamentaria emanada del sistema de listas propuestas por el líder electoral una vez que actúa como Candidato a la Presidencia del Gobierno.

Para investigar si esto es así, habrá que comenzar por conocer qué “dice” el texto constitucional de 1978 acerca de esta institución de la “división de poderes”. Y nuestra sorpresa comienza cuando no lo hallamos. Pero de alguna manera está expresada cuando en el art. 66,2 se lee que “Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado..”, el 97 que “El Gobierno...ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria”, el 117,3 que “El ejercicio de la potestad jurisdiccional ...juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales..”, además de lo establecido para el Tribunal Constitucional (a. 161).

Hay antecedentes históricos, en otros textos constitucionales anteriores, que evidencian la presencia de esta institución de modo más intenso, por ejemplo, definiéndolos en artículos consecutivos (14,15,16 en la Constitución de Cádiz) bajo términos escuetos: “La potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey”. “La potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el Rey”. “La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside en los tribunales establecidos por la ley”. La misma inmediatez reflejan los arts. 34, 35, 36 en la Constitución de 1869 y se advierte en los arts. 46, 47, 48 de la Constitución de 1873, mientras que en todas las demás tal visión queda diluida por la distancia entre tales preceptos: 12, 45, 63 (1837); 12, 43, 66 (1845); 18, 50, 76 (1876). A su vez la Constitución de 1931, tras advertir que “Los poderes de todos sus órganos emanan del pueblo”, aleja la mención de los distintos poderes entre los arts. 51, 87 y 95, sometidos además al Tribunal de Garantías (art.121) y por tanto rebajados en su autarquía como tales poderes.

El régimen del General Franco reunió, literalmente, en su persona todos los poderes, que apenas se articulan como unidad de poder y coordinación de funciones (en la L.O.E. de 1967) y son indicados ya bajo

“La supremacía de la ley” en el art. 1, I de la Ley para la Reforma Política de 1977, predecesora de las elecciones generales que tendrían efecto constituyente en los inicios del actual régimen democrático (dentro de una vaguedad terminológica dentro de la cual, por cierto, podríamos ya clasificarlo como “demagógico” en cuanto a sus modos operativos, y “disolvente” en cuanto a su efectividad sobre las estructuras culturales y regionales del pueblo español).

Podemos ahora plantearnos la cuestión siguiente. Tenemos dos aspectos en este asunto. Uno, el hecho de que la “división de poderes” no se plantea literalmente, pero sí a través del sistema de definiciones constitucionales de cada uno de los poderes. Dos, el juicio acerca de si esta institución de la “división de poderes” tiene vigencia en dos aspectos: la eficacia de cada “poder distinto” dentro de su ámbito de proyección como tal poder; y si cada uno está relacionado fuera de su ámbito exclusivo de proyección, de tal modo que influya sobre alguno de los otros hasta el punto de que su independencia sea sólo nominal (en la letra constitucional) pero no efectiva (en su actuación dentro del sistema político conjunto). Se trata del planteamiento weberiano de la conexión entre la investigación empírica y los juicios de valor. Antes de proceder a valoraciones hay que acreditar la presencia de los hechos,

En cuanto al asunto de la “división de poderes”, tendríamos que examinar, una vez admitida su presencia en la Constitución de 1978, si su puesto se halla entre los “principios del ordenamiento jurídico” o entre los “fundamentos del ordenamiento jurídico”. En el primer caso daría lugar a normas para su aplicación. En el segundo el dogma de la “división de poderes” sería previo al conjunto del sistema, el cual simplemente habría de ser coherente con el sentido de aquél para poder merecer la calidad de “constitucionalmente democrático”.

Ello nos conduce a fijarnos en la diferencia que media en las nociones de “principio” y de “fundamento”, para señalarla dentro del sistema jurídico-político constitucional.

Para la teoría de los principios jurídicos me remito a lo que he publicado sobre J. Esser. En cuanto a su aplicación, el a. 9,3 de la CE afirma que “la Constitución garantiza: el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción

de la arbitrariedad de los poderes públicos”. Estos principios han de ser entendidos conjuntamente (STC 27/81). Además, según el a. 1, “España se constituye en Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. Y a su vez (a. 124,1) “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos...”.

El dogma de la “división de poderes” no aparece explícitamente entre los “principios normativos”. Veamos si podemos incluirlo entre sus “fundamentos”

Para la teoría de los fundamentos jurídico-políticos me remito a lo que he publicado en Sociología de los Derechos Humanos, eds. 1971 y 1979, en cuanto a “condicionamientos” (pp. 50-63) y a “estructuración global de los condicionamientos sociales” (pp.145 ss.), y en cuanto a “cultura” como nivel constructivo de las formas de libertad (p. 195).

Según el a. 2 de la CE, la Constitución se fundamenta en la indiscutible unidad de la Nación española... El art. 10,1 afirma que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden público y de la paz social”; y seguidamente que “las normas relativas a los Derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Esta misma categoría de “fundamentos” se asigna a todos aquellos valores precedidos de fórmulas de objetivación externa tales como son: “se reconoce”, “aseguran”, “se promoverán”, “se garantizan”, “velarán”, “mantendrán”, “todos tienen” (derecho a la vida, al medio ambiente...), “vinculan”, etc.

La noción de “fundamentos” de la construcción jurídico-política utilizada en el a. 10 no puede ser idéntica a la de “principios” a partir de los cuales actúen los poderes del Estado, puesto que son supuestos como sustrato anterior al propio Estado. De algún modo el Estado deberá abstenerse de tratar de influenciarlos dado que son lenguaje de la sociedad misma y no son órganos estrictamente políticos sino de estructuras sociales previas. No proceden de ideologías partidistas entendidas como estructuras políticas, sino que consisten en creencias sociales, dadas en

intuiciones y tradiciones de índole genéricamente cultural, y por ello previas a la actividad técnicamente política.

Es en este sustrato de ser “fundamento” donde opera propiamente el dogma de la “división de poderes”, dado que sin esto no podría hablarse técnicamente de libertad social, dentro de la cual están incluidas las nociones constitucionales de “dignidad de la persona, derechos que le son inherentes”, y “libre desarrollo de la personalidad”.

Es precisamente es esa índole de ser “fundamento” del sistema constitucional libre”, pero no institución visualizada concretamente en manifestaciones expresas dentro del juego de poderes en un sistema nominalmente democrático, lo que permite distorsionar, alterar e incluso liquidar o gasear la entidad práctica de tal dogma. El modo en que tal proyección puede ser analizada dentro del juego pragmático de los poderes jurídico-políticos será, a continuación de estas reflexiones, objeto de tratamiento más concreto.

En conclusión, resultaría que ese dogma doctrinal, básico en la teoría de la democracia política, consistente en la “división de poderes”, coexistente con otros de análoga necesidad en cuanto a poder discernir si un sistema político es democrático respecto de otro que no lo sea, desde la perspectiva de su estricta racionalización doctrinal; “no tiene efectividad” dentro del sistema institucional vigente en el Estado Español de nuestros días (15 de octubre de 2009).

PRINCIPIOS Y TEORÍA DEL DERECHO*

JUAN ANTONIO MARTÍNEZ MUÑOZ
Universidad Complutense de Madrid

Resumen: En este artículo se propone una reconsideración de los principios jurídicos buscando recuperar su sentido filosófico originario, mostrando su proyección antropológica, cultural y artística, en contraposición a la preocupación por la eficacia y la validez de la teoría del derecho; se replantea su relación con el carácter personal del ser humano y con su vida comunitaria.

Palabras clave: Principios del derecho, teoría del derecho, personalismo, personalidad, antropología, comunitarismo.

Abstract: This paper proposes a reconsideration of the legal principles seeking to recover its original philosophical sense, showing its projection anthropological, cultural and artistic, as opposed to concern about the effectiveness and validity of the theory of law; rethinks its relationship with the character human personal and community life.

Keywords: Principles of law, legal theory, personal, personality, anthropology, communitarian.

* Este artículo procede de la Ponencia presentada en la Real Academia de Jurisprudencia el 30 de junio de 2009 dentro de las Jornadas del Seminario de Teoría del Derecho del curso 2008-2009.

I. PLANTEAMIENTO

Voy a tratar de expresar aquí unas consideraciones generales sobre los principios del derecho y su relación con los parámetros que en los últimos tiempos han marcado, con una pretensión teórica, el intento de explicación del fenómeno jurídico: la eficacia y la validez. En ambas perspectivas se sintetizan las dos variantes fundamentales que ha adoptado el conocimiento del derecho.

Estas reflexiones deberán ser necesariamente breves, por el espacio disponible, y requerirían un desarrollo ulterior por su complejidad e importancia. La mayor parte de esta complejidad se deriva del desmesurado tratamiento que ha recibido últimamente la temática de la teoría del derecho, la cual ha abarcado todos los campos de los que tradicionalmente se había ocupado la filosofía del derecho y ha abierto algunos nuevos. Se plantearon estas cuestiones en el marco del seminario de la Real Academia para abrir el debate al respecto. Lamentablemente no es posible hacer aquí un estudio exhaustivo de las amplias investigaciones llevadas a cabo en esos campos. Por ello se busca exclusivamente una clarificación genérica del planteamiento.

Se propone básicamente una confrontación de la validez y la eficacia del derecho con respecto a los principios jurídicos. Ello es debido a que los principios soportan, de un lado, la concepción del derecho que se derivaba de la perspectiva metafísica y, por otro lado, porque ellos se abren a un nuevo horizonte en la comprensión del derecho más complejo que el prometido por la teoría. En esta línea voy a tratar de proponer una concepción de los mismos diferente a lo que han hecho recientemente Dworkin y otros autores respecto a esos principios.

A. La Teoría del Derecho

Una somera aproximación a la teoría del derecho nos muestra que se presentaba, en sus orígenes, como sustituto neutral, científico y eminentemente técnico, de la ideológica filosofía del derecho, de modo que no resulta extraño que marcara una fuerte orientación hacia el positivismo jurídico. En gran medida fue unida a la consideración de que la filosofía del derecho era un concepto histórico pasado que podía (y debía) verse

desplazado por una técnica intemporal y amoral. La teoría sería la nueva ciencia fundamental, tras la desaparición de la filosofía, contaría con la particularidad nuclear de prescindir ya de cualquier sentido ontológico, según Heidegger, y pasaría a significar unas categorías supuestas a las que corresponde una función cibernética característica de la implantación de un mundo científico-técnico y del orden social adecuado a él¹. Debido a ese marcado sentido positivista ha implicado un fuerte rechazo del derecho natural y de algunos de los presupuestos en que éste se sustentaba. No obstante lo cual, autores considerados iusnaturalistas han escrito diversos libros de teoría del derecho con un planteamiento alternativo al positivista.

Pese a que, en su etimología, teoría deriva del griego *Θεωρία* (del verbo *θεωρῶ* que significa ver o contemplar) y de que, para los griegos, la contemplación desempeña un papel central en la vida intelectual, y de que tal contemplación se relaciona con el asombro y la admiración que, según Aristóteles, está en el origen de la Filosofía, el sentido actual de la teoría es un tanto diferente al de sus remotos ancestros filológicos. En el diccionario de la Real Academia tiene las siguientes acepciones: «1) Conocimiento especulativo considerado con independencia de cualquier aplicación [lo que sería equivalente a la filosofía]; 2) Serie de leyes que sirven para relacionar determinado orden de fenómenos; 3) Hipótesis cuyas consecuencias se aplican a toda una ciencia o a parte muy importante de la misma», con independencia de esas acepciones generales teoría significa, ante todo, explicación y se refiere a una construcción mental dirigida a explicar algún fenómeno, el derecho en nuestro caso. En esta perspectiva la teoría se contrapone a otros modos cognoscitivos fundamentales:

Inicialmente se contrapone la teoría a la práctica y al conocimiento praxístico. La teoría sería especulativa, sin referencia a la utilidad o aplicabilidad y pese a que, en Grecia, *práxis* (*πράξις*) se refiere al conocimiento dirigido al perfeccionamiento de la acción moral, mientras que *poiesis* (*ποίησις*) se refiere al aspecto técnico de la realización de la actividad, es conocida al respecto la frase de Marx respecto a la primacía de la praxis: “Hasta ahora los filósofos se han limitado a describir el mundo ahora se trata de transformarlo”. Algo que había sido anticipado, en cierto modo,

¹ HEIDEGGER; M., *Zur Sache des Denkens*, 1969, p. 61 y s. Cit. en KAUFMANN; A., *Sentido actual de la filosofía del derecho*, en “ACFS”, p. 17.

en el breve escrito de Kant *Acerca del dicho “lo que es verdad en teoría para nada sirve en la práctica”*², donde defiende que lo que es verdad en teoría lo es en la práctica, pues establece que lo que tiene por fundamento la razón vale para la teoría y para la práctica³.

Por otra parte la teoría se contrapone a la descripción que prescinde de la explicación (fundamentadora). Corrientes importantes de pensamiento moderno como las diversas fenomenologías, excluyen lo teórico, o se limitan a describir los procesos históricos, de la conciencia (Hegel), del mundo, de los hechos. Una de las reglas del método fenomenológico de Husserl exige excluir lo teórico y limitarse a la descripción. El positivismo filosófico se caracteriza, ante todo, por ser descriptivo, al ocuparse del cómo suceden las cosas no del por qué suceden. También Wittgenstein afirma que «Toda *explicación* debe desaparecer, y no ser reemplazada sino por la *descripción*»⁴. En este sentido, para Hans Nawiasky, la teoría general del derecho es «la exposición sistemática de lo que los ordenamientos jurídicos tienen en común»⁵.

También se contrapone en tercer lugar, teoría a hipótesis o suposición, pues la hipótesis presupone algo que debe ser comprobado experimental o lógicamente, mientras que la teoría se supone una explicación suficiente, no admite diversas hipótesis; la hipótesis es provisional, la teoría definitiva.

En todo caso podemos observar un amplio espacio de imprecisión de la noción misma de teoría pese a que estaría destinada a eliminar las ambigüedades de la concepción filosófica del derecho y de otros campos y que se evidencia en que «en la mayoría de los casos se usa ‘teoría’ sin precisar lo que se entiende por este término y fiándose de una comprensión

² Cfr. *Acerca del dicho ‘lo que es verdad en teoría para nada sirve en la práctica’*, en “*Filosofía de la historia*”, Nova, Buenos Aires, 1958; en otras traducciones “*Sobre la falsedad del refrán de lo que es verdad en teoría puede no serlo en la práctica*”.

³ KANT; IMMANUEL, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, J. Ebbinghaus, Frankfurt, 1968: «Was aus Vernunftsgründen für die Theorie gilt, das gilt auch für die Praxis».

⁴ YEPES STORK; RICARDO, *¿Qué es eso de la filosofía? De platón Hasta Hoy*, Ediciones del Drac, Barcelona, 1989, p. 90.

⁵ NAWIASKY; HANS, *Teoría general del derecho*, Rialp, Madrid, 1962 (trad. de J. Zafra Valverde) y Editora Nacional, México, (2ª ed.) 1981, p. 22.

intuitiva del uso del vocablo»⁶. Con su confrontación con los principios del derecho quiero subrayar el contraste del intento de la teoría del derecho por describirlo y, sobre todo, explicarlo con el problema que, para la comprensión de la juridicidad, representa la necesidad de fundamentación que considero esencialmente diferente a la explicación.

B. Eficacia y efectividad

Uno de los temas y, a la par, una de las orientaciones fundamentales de la teoría del derecho está relacionado con explicación de la eficacia, sea del sistema jurídico en su conjunto, de determinados sectores, instituciones o reglas del mismo. La eficacia tiene que ver, en sentido general, con la relación entre medios y resultados a la hora de conseguir determinados fines. De este modo se conecta con lo que tiene grados, con la gradualidad, con lo que se puede medir. Por ejemplo, con el rendimiento de una máquina comparada con otras o, en otro ejemplo, podemos hablar de la eficacia de un medicamento para referirnos a su capacidad de curar una enfermedad, aunque la evaluemos de manera estimativa o aproximativa; incluso podemos referirnos a una eficacia de manera compleja por su relación entre el precio o accesibilidad de un medicamento y sus resultados prácticos.

Al estar relacionada la eficacia, en todo caso, con algo que se puede medir o evaluar cuantitativamente parece adecuada para calcular el impacto social, medioambiental o humano de determinadas acciones. Su aplicación al derecho ha supuesto un intento de cuantificar las necesidades de medios necesarios para la garantía de las normas lo que ha ido unido a cierta disolución del derecho en economía, la política o la sociología que examinaremos por separado a título de ejemplo.

Desde una perspectiva económica podemos encontrar un ejemplo de empleo adecuado de la noción de eficacia en la evaluación económica de los resultados de determinadas acciones, métodos de producción o formas de organización. En la medida en que la economía se ocupa de ver el modo de satisfacer ciertas necesidades humanas variables y respecto a las cuales la competencia es posible por la comparación al medir bienes

⁶ FERRATER MORA; JOSÉ, voz *Teoría*, en “*Diccionario de Filosofía*”, Ariel, Barcelona, 1994, IV, p. 3474-5.

y servicios con parámetros homogéneos, con dinero o en cantidades homologables, resulta determinante contrastar la eficacia de los medios o las formas. Ciertamente la cuantificación de la eficacia económica tiene limitaciones: Por un lado, aunque la medición en economía es importante (y de ello se ocupan la econometría y la contabilidad), no todo se puede medir de forma satisfactoria (pensemos en el «cariño verdadero» de la copla). Tampoco se puede, en segundo lugar, cuantificar el valor de los bienes con valor intrínseco porque están en juego diferentes criterios de valoración (al cambiar un manuscrito por una botella de vino o un reino por un plato de lentejas), como se evidencia en que se puede confundir el valor y el precio según el dicho popular. Se distingue además, en tercer término, una economía descriptiva de hechos o sucesos con relevancia económica y otra positiva o prescriptiva en la cual la evaluación de la eficacia está más condicionada a los objetivos posibles y por la incertidumbre. Hay que considerar, finalmente, que las necesidades económicas no se identifican con las jurídicas y están limitadas por el derecho porque se supeditan a él, nadie admitiría un sistema económico eficiente contrario al derecho, simplemente se consideraría una estafa, lo que dificulta la translación al derecho de los metidos económicos de cuantificar la eficacia.

Igualmente, desde una perspectiva política, la eficacia resulta relevante para evaluar el cumplimiento de los objetivos sociales o económicos de una colectividad política porque conlleva su estimación en términos de resultados que son graduables o comparables en función de los beneficios que aportan a la comunidad. Últimamente, con la generalización de la democracia, la eficacia política se mide en términos de los votos que respaldan al poder y no del precio que hay que pagar por los servicios que presta el poder político, precio inherente a la evaluación de los bienes económicos y que era propia de la concepción tradicional del poder político y del mercado. Lamentablemente la forma oculta de esos efectos se reduce básicamente a la medida en que esos resultados se relacionan con el incremento del poder de determinados grupos o el funcionamiento de la Administración o la burocracia de los estados.

La sociología, por su parte, ha generalizado la preocupación por la eficacia. En la medida en que se propone como ciencia social no tiene más remedio que mostrar la eficacia del conocimiento científico en la capacidad de control de las diferentes áreas de la vida social humana y siempre

de manera cuantificable en consonancia con las pretensiones de su método. Es lo que hace que el impulso del estudio de la eficacia del derecho venga de mano de la sociología. En cierto modo es la principal, si no la única, preocupación sociológica sobre el derecho, cuantificar su grado de eficacia. Su aplicación está avalada porque, en general, la sociología apela a una lógica de los hechos sociales diferente a la racional y que no se puede comprender con la lógica formal sino con algún tipo alternativo de lógica “material”. Se parte de que los hechos sociales siguen otras leyes, diferentes a la racionalidad estricta: la de la presión de los intereses, la de los hechos sociales, la de los sentimientos colectivos o de la solidaridad. El que se distinga una sociología descriptiva y comparativa de otra comprensiva implica que, en ésta, la eficacia cuenta menos porque se ocupa del estudio de la acción humana como dotada de sentido y exige una clarificación del sentido que no es meramente cuantificable.

La aplicación de la sociología al derecho fue presentada como una novedad cognoscitiva que parecía destinada a hacer definitivamente un estudio científico de un aspecto de la vida social en el que, desde antiguo, habría predominado la argumentación barroca y la absurda pretensión de racionalidad impuesta; por eso motivo parecía que la sociología «se ha constituido en un conocimiento sustitutorio de la filosofía jurídica, de la metodología normativa de todo orden»⁷, desplazando todos los modos de conocimiento pretéritos a los que se despreciaba con su consideración de especulativos o metafísicos; la revuelta antiformalista cuestionaba los viejos modos de conocer y las formas de vida artificialmente apoyadas en ellos, teniendo a la vista principalmente el ya entonces fracasado programa ilustrado frente al que la sociología presentaría ventajas que se resaltan. Parece que, muchas veces, tiene utilidad en el plano del mero interés por cómo de mal van las cosas o para comprobarlo con datos por encima de la multiseccular queja lastimera, para evidenciar las deficiencias de lo que se llama administración de justicia, el retraso, el número de asuntos, su clasificación por materias y las necesidades de jueces y personal. También permite estudiar los efectos sociales de las medidas legislativas y la consecución de objetivos sociales, aunque en este caso es más problemática por la definición de los objetivos. Al respecto se distingue la eficacia (consistente en la aplicación estricta de las normas)

⁷ SÁNCHEZ DE LA TORRE; ÁNGEL, *Sociología del derecho*, Tecnos, Madrid, 2ª ed, 1987, p. 9.

de la efectividad (la consecución de los objetivos con independencia de que las normas sean aplicadas). La eficacia es más difícil de evaluar que la efectividad porque el legislador puede ocultar los motivos verdaderos de las normas. Pero la eficacia, en el caso de Ross identificada con validez, no es indicativa del funcionamiento real de las cosas en la práctica sino sólo del funcionamiento del aparato oficial que se encarga de aplicar las normas.

Es indudable, por otro lado, que la ausencia de eficacia, la inoperancia de las instituciones jurídicas, muchas veces lastradas por diversos factores es una importante fuente de injusticia, sobre todo cuando hay una indefensión estructural. A este respecto se puede ejemplificar con el supuesto citado por Max Weber de la India donde, para reclamar una deuda, había que hacer una huelga de hambre porque no había una acción estipulada, y las múltiples medidas de presión que actúan de comparsa en la eficaz reclamación actual de los derechos y sin cuya concurrencia casi nada se consigue en una democracia, o lo que vemos en los derechos humanos que «nunca han sido tan autoevidentes como se desprendía de las Declaraciones americana y francesa»⁸. Esto explica parcialmente la apelación de los juristas a la eficacia y a la sociología.

Hemos de considerar un dato esencial y es que la eficacia, aun en aquellos casos en que nos informe de algo cuantificable, no da cuenta de la legitimidad de las pretensiones, lo que hace claramente inadecuada su aplicación en el derecho; de hecho los sociólogos no tienen una excesiva preocupación en diferenciar las pretensiones de los grupos que se consiguen por los cauces jurídicos institucionales y formales y las que se consiguen por vías alternativas, incluso las que desafían abiertamente a aquellos cauces; tampoco dan mucha importancia a la protección de la personalidad que representa el derecho frente a la dinámica de las fuerzas sociales predominantes. Hay autores que estiman que el cuestionamiento de la eficacia sustituye a la pregunta por la validez del derecho. Incluso en Kelsen, a pesar del acentuado carácter formalista de su teoría, acaba reconduciendo, en el nivel de la norma fundamental, la validez a efectividad, pues defiende el principio general de eficacia como un concepto

⁸ FUERTES-PLANAS ALEIX; CRISTINA, *Eficacia de los derechos humanos y responsabilidad*, en SÁNCHEZ DE LA TORRE; ÁNGEL Y HOYO SIERRA; ISABEL ARACELI, *¿Por qué se es responsable jurídicamente?*, Dykinson-Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2007, p. 231.

jurídico fundamental. En efecto, se dice siempre que el derecho necesita un mínimo de eficacia para distinguirse de una moral social, pero incluso en ese caso, resulta determinante la legitimidad. Es igualmente cierto que una sociedad moral necesita menos reglas jurídicas e instituciones coactivas y, pese a ello, la eficacia no se evalúa en términos morales o de legitimidad. Con ello aflora el principal problema que plantea la consideración de la eficacia como concepto clave del derecho; es la indistinguibilidad del sistema jurídico eficaz de un ordenamiento criminal. Nadie que sufre una injusticia la considera como un simple hecho que está ahí y por eso lo transforma en derecho, aunque haya libros que llevan el título “*El derecho como hecho*”.

Más difícil es entender la legitimidad cuando la eficacia se puede entender dirigida hacia diferentes objetivos: al considerarla requisito o condición necesaria para la vigencia de la norma o del sistema propiamente jurídico, alude a la existencia de un poder organizado que la respalda. En este sentido el término hace referencia a una actividad poderosa sobre la aplicación rigurosa de leyes y sentencias al margen de las consideraciones morales en que se evalúa la legitimidad. Más compleja es de evaluar aún cuando se considera relativa al control social efectivo, donde el poder político en su intervención social va más allá de garantizar la vigencia social de reglas formales; indudablemente la maquinaria estatal actual tiene a su disposición medios muy efectivos de control y está extendiendo sus tentáculos hacia campos antes impensables en los que conseguir los resultados exige técnicas complejas cuya conexión con el derecho es remota. Al relacionarse, en todo caso, con la implantación incontrovertida del poder ya sea del estado o de diversas instancias sociales a la hora de conseguir objetivos de transformación social la orientación de la transformación, en esos casos, no se puede evaluar en términos de eficacia; podemos encontrar un ejemplo en la enorme eficacia o efectividad del sistema educativo o informativo español; consiguen el cien por cien de los objetivos cuando se trata de que los jóvenes digan lo que interesa al poder, pero nada que tenga que ver con la verdad ni la ciencia. La disparidad de sentidos y su alternativa relación con la justicia hace que cualquier medición de resultados sea ajena a lo que podamos entender por Derecho.

La pregunta por la eficacia se relaciona, en definitiva y fundamentalmente, con los hechos, es la teoría de lo fáctico, pretende hacer ciencia

de los hechos. Lo cual se ha presentado muchas veces como un descubrimiento original pese a que atenerse a los hechos es característico de la mentalidad occidental⁹. Lo saben bien los historiadores no positivistas, los hechos, en contra de lo que frecuentemente se dice, no hablan por sí mismos¹⁰, unos mismos hechos pueden tener muchos sentidos distintos y unos hechos incontrovertibles sirven para justificar diversas teorías incluso incompatibles entre sí. Del Vecchio señala que «Los mismos argumentos que sirvieron al escepticismo de todos los tiempos para sostener la inexistencia del derecho natural, son empleados por otros pensadores para demostrar su existencia, la posibilidad de instituciones contradictorias lleva a unos al escepticismo y a otros a buscar una verdad más elevada de lo justo que sea independiente de cualquier sanción positiva y de cualquier situación fáctica»¹¹, se refiere a argumentos para vale para los hechos. Esto significa que los hechos necesitan una interpretación. En el derecho el ejemplo más claro de la necesidad de interpretación está en que el axioma *in claris interpretatio non fit* se considera generalmente inadecuado o incorrecto. Ahora bien, para interpretar algo se precisa siempre un criterio interpretativo o un modelo de comparación y de comprensión. Más claramente el derecho es algo construido para explicitar determinados principios, no es un dato, algo simplemente dado de manera incuestionable, no es un hecho evidente; exige siempre una clarificación del sentido (muchas veces presupuesta) que dé forma o sentido al material informe que, por sí mismos, son los hechos. En cierto modo, lo que se ha llamado derecho natural tradicionalmente es un intento de clarificar la realidad de los hechos por encima de su apariencia frente al positivismo que se conforma con la primera impresión.

El hecho al representar la primera manifestación fenoménica o experiencial del ser es meramente aparente o indiciario en relación con la realidad que se descubre tras la comprensión de su sentido. La facticidad no es determinante del sentido, unos mismos hechos pueden tener sentidos bien distintos, o hechos distintos pueden tener el mismo sentido. Los

⁹ UNAMUNO; MIGUEL DE, *El sentimiento trágico de la vida*, Espasa-Calpe, Madrid, (12ª ed.) 1971, IX, p. 144-5.

¹⁰ DUMONT; JEAN, *La Iglesia ante el reto de la historia*, Encuentro, Madrid, 1987, p. 8.

¹¹ DEL VECCHIO; GIORGIO, *Filosofía del derecho*, Bosch, Barcelona, 9ª ed, 1980 (trad. de Luis Legaz y Lacambra), p. 301-2.

principios involucran una comprensión de los hechos que va más allá de las posibilidades de la teoría explicativa de los mismos. Aunque a veces se contraponen la teoría a los hechos (las teorías pueden equivocarse, los hechos no), en la medida en que la teoría explica una necesidad donde las condiciones fácticas determinan el estado ulterior o anterior de un proceso no puede ser comprensiva. De ese modo la explicación cuantificadora de la eficacia no nos dice nada de aquello en que está implicado un principio y su empleo se traduce en un resultado esencialmente deficitario en la comprensión.

C. La validez del derecho

Otra forma de abordar la construcción de la teoría y el conocimiento del derecho gira en torno a la determinación de su validez. Es una propuesta básicamente formalista y, a diferencia de la eficacia, tiene un carácter más técnico que sociológico.

Aunque se haya dicho reiteradamente que la cuestión de la validez es un problema central y constante del derecho, en realidad estimo que sólo es una reciente cuestión técnica planteada dentro de los sistemas jurídicos normativistas y que, por tanto, no se ha planteado en los sistemas jurídicos asentados y con una larga tradición tras ellos, ni tiene un alcance realmente filosófico más que en la medida en que sustituye a nociones que sí lo tienen. Y se trata, por otra parte, de una noción cuyo empleo resulta problemático; precisamente por la extrapolación a la filosofía del derecho de una cuestión técnica que presenta una fisonomía nebulosa al proyectarse en la comprensión del derecho en su conjunto y al vincularse a diversos aspectos jurídicos controvertidos a la vez. Su extrapolación la conecta, en efecto, a la relación entre derecho y moral, a la fundamentación del derecho, a su concepto y naturaleza, a sus contornos, etc. Sólo desde esta perspectiva se puede presentar como una cuestión más filosófica que técnica.

He indicado que se trata de un problema técnico en el derecho que no tiene correspondencia en el lenguaje, en el arte o en la religión, por citar áreas de la cultura donde deberían existir nociones similares de ser la validez una idea filosófica. El estudio técnico de la validez se centra en la disponibilidad de la ley para ser aplicada, en su vigencia, en su actividad, su

disponibilidad, su invocabilidad o su vigor. Básicamente está relacionada con la derogación de las leyes o su entrada en vigor; por eso la noción no tiene el mismo alcance en los derechos de precedente judicial que en los sistemas normativos. Siempre ha existido la duda sobre la vigencia de las normas; duda que se acentúa cuando está en juego saber cuál es la norma aplicable en los casos de conflictos de leyes, cuando una reclama su vigencia en detrimento de otra a la que desplaza. Algunos problemas más complejos se adicionan con la derogación tácita. Esos problemas suelen resolverse con la prevalencia de unas normas sobre otras en función de su origen temporal, de la materia que regulan o de la instancia de la que proceden las normas según reglas que permiten zanjar los casos de manera relativamente precisa. En ocasiones se puede aplicar la duda de la vigencia de la norma a la determinación de quién manda, cuando se superponen dos poderes con pretensiones de exclusividad en la elaboración de normas; en estos casos lo que está en juego es la legitimidad del poder “normativo” que debería determinarse conforma al Derecho. Por lo demás se relaciona muchas veces validez con la juridicidad, lo cual es un contrasentido puesto que hablar de validez del derecho presupone la juridicidad. Así, aunque autores significativos, como Kelsen, atribuyen al derecho la cualidad esencial de la validez de las normas, lo cierto es que carece de sentido preguntarse por la validez general del derecho, al igual que lo sería del arte, de la religión, del lenguaje o de cualquier otra actividad cultural humana y más para resolver problemas como si una palabra es correcta o una obra es arte o artesanía. Al abordar el problema de la juridicidad, bajo la noción de validez es poco resolutive porque aunque hay varias formas sencillas de determinar la validez (mediante normas fundamentales, de reconocimiento, o sociológicamente con carácter convencional), su extensión a todo el derecho presenta aporías lógicas y distorsiona los problemas jurídicos genuinos. En todo caso, el problema de la validez se magnifica si las anteriores cuestiones relativas a la vigencia de las normas se relacionan con actos de derivación de otras normas y con la estructura conjunta del sistema que se construye, entonces, de modo que la supuesta vigencia autónoma del mismo es el factor que evita que se consideren meros criterios técnicos a los factores para determinar la vigencia de las normas; es lo que sucede en las teorías de Kelsen o Hart.

La consecuencia de lo anterior es que, pese a la apariencia de originalidad, el tratamiento de la validez realmente consiste en plantear, en el mejor de los casos, problemas jurídicos tradicionales con otro rótulo; por ello su proyección filosófica ha de entenderse secuela de un anacronismo o de un apriorismo. Resulta, sin duda, anacrónico tratar de plantearse con la validez un problema jurídico anterior al siglo XX y más aún en autores metafísicos similares a santo Tomás, Suárez, Leibniz o Hegel; y no porque las opiniones respecto al derecho de estos autores carezca de relieve. En la medida en que antes se planteaba la pregunta por el sentido sustantivo del derecho y no se asumía a éste como una mera manifestación de la acción del poder, la pregunta por la validez carecía de sentido. Si algo tiene valía intrínseca no recibe su validez como un añadido accidental por muy difusos que sean sus contornos (pensemos en el caso del arte). Resulta un apriorismo porque trata de comprender el pensamiento jurídico de pensadores con categorías que ellos mismos no emplean y para problemas que ellos no se plantean. Los principales filósofos no se refieren a la validez (es un problema técnico secundario como podría ser la vigilancia del dinero para un economista o incluso para un banquero), no le dan ningún relieve en su cuerpo conceptual. Es característico de la ilustración que inunda la teoría del derecho tratar de medir el pasado con las categorías del presente y lo ajeno con las propias. Pero debiéramos, antes de hacerlo, comprobar si las categorías empleadas por los autores que tratamos de entender son más precisas que las nuestras. El apriorismo se extiende no sólo diacrónicamente, sino, podríamos decir, sincrónicamente, en cuanto trata de comprender problemas jurídicos complejos y con diferentes ramificaciones con una categoría relativamente simple como es la disponibilidad de una ley que encorseta el pensamiento y provoca falsos problemas.

Podemos concluir que la duda sobre la validez del derecho, al igual que la de la eficacia, es un problema jurídico artificial (puede tener validez en el plano meramente normativo pero no real, como podría ocurrir con un sistema de medida erróneo que produzca aberraciones). Con ello tratamos de mostrar la inviabilidad de las dos variantes principales de la teoría del derecho para comprenderlo. Otras variantes que pueda adoptar la teoría como la que se preocupa por los valores, por el sentido ideal del derecho o por su legitimidad (en la teoría tridimensional de Miguel Reale) al tener menos carácter explicativo resultan más comprensivas

pero no del todo adecuadas para captar el sentido del derecho en cuanto principio de subsistencia personal del ser humano.

En todo caso, estimo inadecuado hablar de validez cuando se trata de elucidar un principio jurídico (Dworkin, por ejemplo, no la destaca en sus estudios). Es debido en gran parte a que la teoría funciona con axiomas que no coinciden con los principios, tienen sólo un cierto parecido. Creo que no debemos olvidar que, según se ha destacado, mientras que los axiomas de un razonamiento formal hacen abstracción del contexto, la argumentación se inserta necesariamente en un contexto psicosocial, hablar de una teoría pura del derecho es olvidar los elementos sin los cuales el razonamiento práctico funcionaría en el vacío¹². La construcción de una teoría del derecho es típicamente moderna y tiene un fuerte componente racionalista. Es característico del racionalismo explicarlo todo a partir de una visión reductiva y unilateral de la razón, de aquella razón que *de facto* monopolizan, pero los axiomas no sólo se descontextualizan del entorno psicosocial, también de la historia, de la tradición religiosa, del sentido artístico, de la naturaleza en las que arraigan los principios.

III. LOS PRINCIPIOS

La comprensión de los principios en el derecho se ha efectuado por una parte en contraposición a las teorías legalistas y normativas que implicaban la reducción del derecho a su exclusiva formulación o plasmación en leyes o normas, generalmente imperativas o hipotéticas, racionales y abstractas. Pero por otro lado parece que puede plantearse en función de su contribución a la comprensión de la mejor forma humana de vida y de un mundo habitable con sentido humano personal.

A. Su noción

La noción de principio jurídico es compleja. Aunque el pensamiento tradicional metafísico descansaba en ellos podemos decir que no han sido clarificados de manera precisa; creo que en parte se debe a la extraordi-

¹² PERELMAN; CHAÏM, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Cívitas, Madrid, 1988 (trad. de Luis Díez-Picazo).p. 163-4.

naria complejidad de la realidad; pensemos en lo que significa el alma como principio de identidad personal del ser humano en el cristianismo o la razón como principio del saber para Aristóteles (*Analíticos posteriores*, II, 19, 100b) y su proyección al campo jurídico. Más confusión se introduce con la noción “principios generales del derecho” que se ha hecho corriente a partir del Código civil suizo de 1911 en que se empleó por vez primera y que ha contribuido a entender que los principios son las ideas jurídicas más generales y, por tanto, más inconcretas e imprecisas.

Vamos a considerar aquí la conjetura de pensar al principio en cuanto manifestación auténtica de lo originario y que, a la par, permite comprender el sentido y significado de lo descubierto o desvelado en él. Hay una leve diferencia con respecto a su consideración tradicional del tomismo donde es “aquello de lo que algo procede, cualquiera que sea el modo de proceder” (*id, ex quo aliquid procedit quocumque modo*). Incluye no sólo a las causas (principio positivo de donde algo procede con dependencia del ser) y a los principios demostrativos que están en la base del conocimiento, sino también las actividades vitales, especialmente las personalizadoras, y la actividad cultural en sus diversas expresiones.

Desde esta perspectiva los principios no son explicativos de algo que, dadas unas condiciones determinadas, produce necesariamente un efecto preciso (según ocurre en los fenómenos naturales y en los procesos lógicos) sino de algo que por sus peculiaridades queda fuera del alcance de la teoría; si bien muchas veces la teoría se usa con sentido comprensivo. Los principios evidencian una necesidad del sentido, de la realidad, del conocimiento, de lo personal, de lo cultural que se comprende más allá de la explicación teórica y sin que quede, por ello, por exceder a la teoría, arrinconado o expatriado al ámbito de lo irracional. Ya es difícil entender el mundo natural como una mera serie de procesos gobernados por causas, por algo ha tenido tanto éxito la idea de Dios como causa incausada; algo semejante ocurre con el conocimiento, con el principio del alma que evita que el conocimiento sea un proceso mecánico para nadie, con la vida y con el carácter expresivo de la cultura tan resaltado por el romanticismo en el cual «El “expresivismo”... denota una cierta visión de la naturaleza humana. Es el que se inspira en Aristóteles, pero con la nueva peculiaridad de que el paso de la potencialidad a la realización ha de entenderse también como una especie de autoexpresión y, por tanto, incluye algunos elementos de autodefinición. El arte se convierte

en uno de los paradigmas, sino en el paradigma por excelencia, por el cual nos expresamos y, por tanto, nos definimos y, por consiguiente, nos realizamos a nosotros mismos»¹³. Es la noción de principios que pretendo trasladar al derecho.

Los principios jurídicos se relacionan así con el fundamento del derecho pero no tanto en el sentido del soporte o fuente del derecho y menos aún con un tipo especial de normas prevalentes sino con la manifestación misma de la realidad del derecho. También podemos entender la eficacia como manifestación, pero del poder en este caso, o de la validez, como manifestación de coherencia. Pero hablar de validez o eficacia del derecho –fuera de la vigencia de las leyes– supone el mismo contrasentido que si hablamos de validez o eficacia del arte, del lenguaje o del dinero, por poner sólo tres ejemplos. El hecho de que podamos calificar de válido o inválido al arte no significa que la validez sea una categoría estética; hacerlo con el derecho es algo similar. Si en referencia a la obra de arte sustituimos la autenticidad por la validez se plantearía una mera cuestión terminológica pero nada más. Algo similar ocurre con el lenguaje, el uso de la palabra o expresión correcta no se puede calificar más que forzosamente de válida o inválida y el hecho de hablar un idioma u otro, mejor o peor, no se puede reducir a una cuestión de validez ni de eficacia para la capacidad comunicativa. Algo similar ocurre con la religión verdadera.

Podemos ver un ejemplo de la inviabilidad de la teoría con el dinero que es un elemento cultural más fácilmente explicable mediante una teoría debido a que es representativo y fácilmente cuantificable o contable. El dinero es representación de la riqueza, de bienes y servicios que se pueden adquirir con él. Inicialmente su valor viene fijado numéricamente o facialmente. Pero podemos observar oscilaciones del valor en determinados fenómenos como la inflación, que demuestran que no se corresponde con el valor declarado por la autoridad que lo emite o lo respalda. Durante la guerra civil española en el bando nacional la inflación fue de 40%, en el bando republicano fue del 1.500%. La moneda tenía el mismo nombre y el mismo valor facial y una pretensión rival de representar a la riqueza, pero el valor de las pesetas de un bando y del otro no tenían correspondencia por el hecho de tener impreso el mismo valor nominal y, podríamos decir, el mismo grado de validez y la pretensión

¹³ TAYLOR; CHARLES, *Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna*, Paidós Básica, Barcelona, 1996 (Trad. de Ana Lizón).p. 499.

de monopolizar la representación de la riqueza. Por otra parte la eficacia de unos papeles como dinero no nos dice nada acerca de la legitimidad de las pretensiones de los bandos enfrentados aunque era indicativa de la marcha de las operaciones militares por encima de la propaganda bélica (inversamente proporcional a la inflación). Así pues ni la validez de la moneda ni su eficacia son expresivas de su relación con la riqueza representada por ellas, no indican su valor real de dinero, valor que depende de la equivalencia en relación con los bienes y con otras monedas y que determina su uso. Podríamos decir que su valor no depende de su validez ni de su eficacia sino de su contraste con la realidad representada, deja de tener uso cuando deja de ser adecuada para adquirir bienes, con independencia de que se mantenga su validez a la fuerza. Otros fenómenos relacionados con el dinero, la inconvertibilidad de determinadas monedas por ejemplo, manifiestan igualmente que su validez no depende del valor que convencionalmente se le atribuya aunque sea compulsivamente por el poder. Algo similar ocurre con el derecho.

Así frente a la tendencia de la teoría a explicar los fenómenos a partir de un único factor o de varios que actúan deterministamente conectados debemos tomar en consideración que siempre son varios los motivos y las causas que se entrecruzan en cada fenómeno histórico y que si todos esos factores tuviesen que entrar una fórmula única, se podría violentar “la complejidad de los hechos para salvar una teoría”¹⁴. La teoría es una explicación unilateral o unidimensional de los hechos; explica pero no comprende, no puede explicar al hombre y al derecho, pero éstos se pueden comprender, a ello contribuyen los principios jurídicos y para ello resultan imprescindibles.

B. Su presupuesto metafísico

Habitualmente la comprensión de los principios, en el derecho y en cualquier ciencia, se ha planteado como una cuestión metafísica. La filosofía se preguntó desde sus momentos germinales por el *arjé* y adquirió por él una orientación metafísica. El fundamento fue una de sus principales cuestiones y se suponía un presupuesto necesario en toda la realidad para que estuviera dotada de sentido, algo que competía dilucidar

¹⁴ CRUZ CRUZ; JUAN., *Filosofía de la Historia*, Eunsa, Pamplona, 1995, p. 74-5.

precisamente a la metafísica desde la perspectiva de que el mundo fenoménico no podía autojustificarse. Sobre su búsqueda y esclarecimiento surgió la ciencia occidental, pero el principio va más allá de la causa (en la que se centra la ciencia) y se escapa de la observación y la medida, incluso de la demostración y la explicación.

Pese a que la pregunta por el principio afecta a la realidad del mundo en su conjunto, concierne también al hombre, al lenguaje y a la cultura; es más, el problema básico se relaciona con la cuestión antropológica y especialmente en sus aspectos existenciales. Ciertamente las preocupaciones ontológicas iniciales por el fundamento indagan en el orden cósmico. Pero pronto pasan a Dios y después, en un giro radical, al sujeto autónomo. Este giro es debido a que, ciertamente, la metafísica, con su importancia histórica, científica y personalista, no ha dado una cuenta adecuada de la acción y de la actividad cultural, en parte porque se ha limitado, muchas veces, a una simple reproducción objetivista del mundo naturalístico y del ser humano en tanto que una cosa más de las que hay en el mundo. Sólo por vía moral se establecía la diferencia (al mundo no humano no se le ponían las exigencias morales inherentes a la humanidad). Diversos intentos en el siglo XX los han evidenciado como Leonardo Polo o los personalistas y existencialistas. Ese giro radical se produjo en una arrogante dirección auto-emancipatoria que hoy podemos considerar esencialmente errada y fracasada.

Genéricamente la elucidación metafísica del fundamento y la teoría son similares, mas en la medida en que se abandone el sentido “especulativo” de la teoría y la consideremos explicativa se queda desbordada por una necesidad humana de sentido más profunda que no puede ser satisfecha por una teoría incapaz de interpretar adecuadamente experiencias originarias como la admiración (origen de la filosofía), la fe, la belleza, el bien moral y la alienación de su privación, el mal, la justicia; experiencias todas ellas cuya sistematización y explicación es muy difícil y compleja. Mientras que la teoría busca explicar el fundamento exige comprender. A este respecto nos podría servir de metáfora la raíz del árbol que lo sostiene sobre el suelo, aunque no se ve; es una metáfora del fundamento porque en ella no sólo se apoya el árbol, como lo haría un poste eléctrico, sino que también se nutre vitalmente en ella y ha germinado echando raíces, mostrando de ese modo una múltiple raíz del fundamento, del mismo modo que el agua es el fundamento de la vida. También podríamos decir

que la teoría está más dirigida al dominio, a la previsión y control de la naturaleza hasta el punto de que sus postulados o axiomas no son más que herramientas para ello; según las exigencias del giro racionalista. Desde esta perspectiva la ciencia teórica parece más abierta a la innovación científica que desde la búsqueda metafísica del fundamento, pero siempre en la dimensión lineal única. En ella la perspectiva del físico o del médico es distinta la del propio sujeto, pues para él el hambre, etc., no es más que una especie de señal para la praxis que permite tomar las medidas adecuadas, aunque no sepamos la causa del hambre ni por qué se calma al comer¹⁵. El dominio mediante la ciencia y la técnica de lo natural (tanto de la naturaleza que hay en nosotros como fuera de nosotros) intenta eliminar la relativa amenaza que sobre el hombre ejerce la naturaleza que produce y alimenta al hombre pero también le oprime y aniquila. Por eso la emancipación y autoafianzamiento en el mundo es visto como clave para entender qué es el hombre y qué es la naturaleza. La certeza acerca del propio ser se encuentra entonces con que el de dónde y el hacia dónde sólo pueden asumirse mediante la confianza en un fundamento, que sólo lo sugiere pero que no puede aprehenderse ni teórica ni prácticamente¹⁶. Ese fundamento (Dios) es la clave de la metafísica y del escape evasivo de su ausencia.

Al considerar al principio como manifestación auténtica de lo originario su alcance no se limita a la estructura física del mundo o cosmológica sino que tiene una dimensión más amplia que afecta a un extenso número de aspectos cuya enumeración es sólo aproximativa. Abarca a lo que la metafísica llama trascendentales del ser: a la verdad, de la belleza, del bien, de la justicia; a ésta en cuanto respeto inseparable de lo personal y, por tanto, a lo propio y a lo que a uno le pertenece (propiedad, honor), a su interioridad y afectividad. El principio entendido como manifestación de autenticidad de lo humano que engloba la vida, la libertad, la dignidad, la historicidad y las formas de socialidad que resultan inseparables y condicionantes de lo personal según resulta evidente en el caso del derecho, incluye igualmente el lenguaje, el arte y toda la cultura; aspectos que pueden consistir en la realización de un propósito o un fin y que

¹⁵ HAEFFNER; GERD, *Antropología filosófica*, Herder, Barcelona, 1986 (trad. de Claudio Gancho), p. 115.

¹⁶ HAEFFNER; G., *Antropología filosófica*, p. 116.

manifiestan el modo en que resulta lograda la autocomprensión personal. Por algo el principio tiene razón de fin, según la escolástica.

Metafísicamente el fundamento afronta la percepción del orden que produce la admiración generadora de la filosofía y que lleva a buscar su sentido y finalidad. La noción básica de orden procede de san Agustín; es compleja y lo abarca todo. Básicamente implica una problematización radical del orden (*ordo*) que, en san Agustín, es distinto del *cosmos* griego, que tiene el significado de universo y orden (*taxis* en Platón), que se contrapone a caos (*Timeo*, 30a) pues «el orden vale infinitamente más que el desorden. Y al que es óptimo no les estaba permitido ni está permitido hacer sino lo que es más bello»¹⁷ y supone un principio ordenador supremo que dota de organización interna a la realidad (razón, armonía, belleza); para san Agustín el orden incluye todas las cosas (la providencia, la historia, el conocimiento, la política, la belleza, etc.), se concibe en el movimiento de las cosas a sus fines (*De ordine*, 1.10.18) y se plasma en un arreglo y disposición de cosas, iguales y desiguales, que asigna a cada una de ellas su lugar debido (*Civitate Dei*, 19.13.1). El carácter omniabarcante del orden se ve incluso, a propósito de una pelea de gallos, «en aquellos movimientos de animales sin razón todo parecía armonioso, como concertado por una razón superior que todo lo rige»¹⁸ y no se puede conocer sin una consideración de conjunto, «¿quien es tan ciego que vacile en atribuir al divino poder y disposición el orden racional de los movimientos de los cuerpos, tan fuera del alcance y las posibilidades de la voluntad humana?... osáramos abstraer de la dirección de la majestad inefable de Dios el orden maravilloso que se aplaude y admira en todo el universo, sin tener en ello el hombre arte ni parte»¹⁹.

C. Su sentido antropológico

Antropológicamente la principal cuestión relacionada con el fundamento es la personalidad del ser humano. En la referida noción de orden lo personal está asociado a una naturaleza espiritual de la que son

¹⁷ PLATÓN; *Timeo, o de la naturaleza*, en *Obras completas*, Aguilar, Madrid, 1991 (trad. y notas de Francisco de P. Samaranch), p. 1126-79, cita en p. 1134.

¹⁸ AGUSTÍN; SAN, *Del orden*, en “*Obras completas*”, vol. I, Libro I, cap. VIII, 25, p. 711.

¹⁹ AGUSTÍN; S., *Del orden*, Libro I, cap. I, 2, p. 683.

manifestaciones la libertad, la dignidad, la capacidad de moralidad, el lenguaje, la historicidad y toda la actividad cultural. La personalidad se entiende como participación, en los demás y, especialmente, en Dios; de esa participación se deriva la universalidad de la naturaleza personal que impregna lo humano y que se evidencia en que lingüísticamente podemos decir todo, podemos reflexionar sobre lo que hacemos, sobre lo que pensamos, sobre lo que decimos y sobre lo que vivimos, incluso sobre lo que no somos (negatividad), o somos incapaces de expresar pero que de algún modo podemos dar cuenta y que nos ayuda a reconocernos como personas. Según Raz (en *When we are ourselves*) “somos nosotros mismos mientras, según vemos, respondemos a razones”²⁰, lo que depende de lo que una persona toma como responsabilidad propia, la misma responsabilidad, la razón (lo que entendemos por razón) nos hace inteligibles a nosotros mismos. Pero mientras que las condiciones de la personalidad se han acentuado tradicionalmente, no se ha recalcado tanto el aspecto constructivo de lo personal que exige el esfuerzo cultural pues, según dice san Agustín, sólo «cuando el alma se ordena y embellece a sí misma, haciéndose armónica y bella, puede contemplar a Dios»²¹. Entre otras cosas exige un cuidado del derecho, cuyo fundamento se ha asociado a esa noción de orden, ya que «no puede guardarse el orden natural en las cosas si no es conforme a derecho, puesto que el fundamento del derecho está unido inseparablemente al orden»²²; en sus diferentes manifestaciones, sin reduccionismos, del mismo modo que el interés por el lenguaje puede ser un interés lógico por la claridad o histórico por las grandes manifestaciones del espíritu o filosófico y lo es también por el fundamento del ser del hombre. El mal positivista consiste en un ensimismamiento que hace que se pierda el sentido de la investigación²³. Si tenemos en cuenta que «la teoría general del derecho

²⁰ RAZ; JOSEPH, *Engaging Reason. On the Theory of Value and Action*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 19: «we are ourselves so long as, we see it, we are responsive to reason».

²¹ AGUSTÍN; SAN, *Del orden*, en “*Obras completas*”, vol. I, Libro II, cap. XIX, 51, p. 793.

²² ALIGHIERI; DANTE, *Monarquía*, Tecnos, Madrid, 1992 (trad. de L. Robles Carcedo y L. Frayle Delgado del original: *Monarchia*, 1310-1317). II, VI, p. 60-1.

²³ JASPERS; KARL, *El lenguaje*, en *Lo trágico. El lenguaje*, Agora, Málaga 1995 (trad. de José Luis del Barco), p. 188.

ha sido, pues, históricamente la Filosofía del Derecho del positivismo»²⁴, pero planteada como un sustituto de la filosofía del derecho, en conexión con el desprecio de muchos juristas prácticos a la filosofía, entendemos mejor las limitaciones antes referidas que hacen que, a diferencia de la filosofía del derecho, que incluye «como parte medular de su temática, su propia historia en virtud de la *conexión orgánica*, radical, existente entre *Historia y Sistema*»²⁵, la teoría está desconectada de la historicidad, de la que también es inseparable el arte, como podemos ver en que, incluso, se puede ver como biografía del artista.

D. Su proyección cultural

Más difícil aún que en el ámbito antropológico es encontrar el fundamento y hablar de principios en la cultura donde la diversidad de manifestaciones parece prescindir de su conexión común. El historicismo resaltó el carácter orgánico de la misma, poniendo como principio al espíritu del pueblo (*Volksgeist*) explicativo de todas las realizaciones culturales pero negador de la personalidad del ser humano concreto. Los ensayos para fundamentar la cultura anteriores al racionalismo, para el que se sitúa en la acción y aplicación de la ciencia racional, habían estado unidos a la etimología y a la misma actividad humana, según muestra Cicerón que la deriva del cultivo, de *colligere* (recoger), pero quizá podamos verla mejor como la expresión de la actividad para satisfacer necesidades personales, superpuestas a las meramente biológicas, que se derivan de determinadas facultades o potencialidades humanas. Para tratar de comprenderlo podemos partir de que, de hecho, «es notorio que el fundamento de la civilización humana no es la matemática, sino la constitución lingüística de los hombres»²⁶ y proyectarlo en la constitución histórica, artística y jurídica; el derecho en cuanto producto cultural adquiere los caracteres generales de la cultura. Si es difícil acceder a la realidad o considerarla

²⁴ LEGAZ Y LACAMBRA; LUIS, voz *Derecho. Teoría General del Derecho*, en “GER”, tomo VII, p. 419.

²⁵ MONTORO BALLESTEROS; ALBERTO, *Aproximación al estudio de la lógica jurídica*, Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia, Murcia, 1986, p. 17.

²⁶ GADAMER; HANS-GEORG, *Arte y verdad de la palabra*, Paidós Studio, Barcelona, 1998 (trad. de José Francisco Zúñiga García y Faustino Oncina y prolog. de Gerard Vilar), p. 116.

como una ilusión, cuya percepción está mediada y deformada por los sentidos, por la estructura lógica de la mente, por el cerebro, por la ideología, la magia, la droga, etc. según se pone de manifiesto en diversas caricaturizaciones de la realidad que trata de comprender la metafísica, tales como que “la realidad es una alucinación causada por la ausencia de alcohol”, que “toda alegría que no viene del vino es ficticia” o que “en este mundo traidor, nada es verdad ni es mentira / todo es del color del cristal con que se mira”, lo cierto es que no podemos prescindir de la realidad al tratar de comprender o hacer ciencia, no podemos hacer ciencia de la nada y algún medio de acceso a la realidad es posible.

El proceso de auto-emancipación a que ha dado lugar el mundo de la cultura en la perspectiva ilustrada, según se ve en Kant, en la que hay una mera reclamación compulsiva del ser libre, sin explicar ni el fundamento ni la fuente del mismo parte de ese vacío del sinsentido cultural. Frente a ello la cultura como expresión de la personalidad, como apertura a los demás y correspondencia con la participación y la necesidad de los demás para ser nosotros mismos que reducen el ímpetu emancipatorio pero resulta más adecuada, evidencia necesidades no meramente biológicas, sino de auto-comprensión que sólo culturalmente se satisfacen y que, aunque pueden serlo defectuosamente, tienen ejemplos históricos muy logrados, uno de ellos y no el menos importante es la propia consideración del ser humano como persona.

Resulta indudable la proyección cultural del derecho. Pero la cultura (y el derecho en cuanto fenómeno cultural) no se puede explicar como algo que está después de una serie de factores que pudiéramos considerar ambientales o causantes, de ahí que se proponga la comprensión frente a la explicación. Uno de los rasgos distintivos de la cultura es que el efecto excede a la causa y que los fines sobrepasan los medios. Aunque en ocasiones se ha tratado de explicar en términos evolucionistas, como por ejemplo la diversificación de las lenguas, resulta claro que detrás de la cultura hay una acción reflexiva de la que carece el azar de la evolución, por más que en algunos casos no conozcamos concretamente a quien la ejerce; es el caso de muchas composiciones musicales, cuadros o libros anónimos. Una obra de arte para ser significativa o valiosa no necesita esperar a que haya una teoría artística acabada que la explique o a que finalice por completo su comprensión que puede seguir un proceso incremental a lo largo de la historia. En la medida en que los medios

resultan inadecuados para producir el resultado, la teoría que tan sólo proporciona medios resulta patentemente insuficiente; lo vemos en que la teoría jurídica explica las reglas formales de desenvolvimiento del poder, llamándolo derecho (en poco sitios más claramente que en la teoría pura del derecho de Kelsen) y excluyen nociones que el derecho había incorporado de su contacto con el cristianismo, como la de culpa, perdón, mérito, benevolencia, personalidad, etc. De ese modo el derecho no puede expresar principios, inaccesibles a la teoría explicativa, que dotan de sentido humano al derecho y a la vida del hombre. Del mismo modo que es absurdo considerar la validez o la eficacia de la noción de culpa o de perdón lo es la de la donación o la herencia, la propiedad o el contrato, cuya juridicidad intrínseca se ve menoscabada con la teoría.

E. Su expresión artística

Ahora bien, el derecho no es sólo un entramado cultural, sino que reviste carácter artístico ya mencionado en la célebre definición de Celso (*Arte de lo bueno y de lo justo*) y compartida por casi todo el pensamiento premoderno. En tanto que actividad cultural susceptible de expresión artística el derecho puede plasmarse de forma bella y armoniosa. Esto se refiere no sólo a las expresiones artísticas de la justicia con diversas alegorías sino a la propia formulación del sentido del derecho que, en ocasiones, aparece mejor expresado en obras literarias que en los libros de derecho y hay que hacer constar al respecto que los libros de teorías contienen, a su vez, expresiones más deficitarias (Kelsen muy rara vez pone ejemplos de derechos concretos).

El arte satisface determinadas necesidades humanas. El hombre es un ser deficitario que no sólo necesita cubrir sus necesidades biológicas, algo que hace de manera menos eficiente e instintiva que otros animales, sino que requiere también satisfacer necesidades culturales, relacionadas con la justificación de su actuación y la evaluación del éxito o el fracaso en ella en relación con los demás. Se trata de necesidades que no se satisfacen con la mera descripción de lo que hay en el mundo sino que precisan una elaboración personal compartida. Si se destierra la belleza algo de sentido humano se pierde, su exclusión de las relaciones sociales (no directamente cuestionada) nos recuerda la pérdida derivada de la exclusión de la fe (directamente perseguida por el laicismo); ésta ha

informado aspectos básicos del derecho de Occidente y es el principal componente de lo que podemos llamar Tradición que sirve para que el ser humano se represente a sí mismo, su acción, reflexione sobre ella y la juzgue, la comunique o la narre, la simbolice y la celebre.

En la obra de arte, igual que en toda la cultura, no cabe propiamente una explicación causal, el efecto excede ampliamente a la causa. El resultado desproporcionado que caracteriza a la cultura es patente en la obra de arte, sus consecuencias no pueden calcularse, ni es resultado de extrapolar un cálculo actual de factores. Es más bien parecido a una semilla que se siembra o una levadura que hace fermentar la masa (siguiendo la expresión del texto bíblico); tampoco se entiende con una deducción lógica, en este sentido las nociones de la teoría del derecho de eficacia y validez son completamente inadecuadas para comprender cualquier obra de arte del mismo modo que la noción de perdón no se puede comprender desde una perspectiva causal o demostrativa. Por lo general el valor artístico se asocia a los ejemplos mejor logrados y éstos se evalúan en una tradición con un determinado sentido de lo que es la vida humana óptima.

En la parte de la cultura humana que consideramos arte el principio se puede explicitar de manera expresivista, como resaltaron los románticos, en algunos casos exageradamente, pero incluso en esos casos «El “expresivismo”... denota una cierta visión de la naturaleza humana. Es el que se inspira en Aristóteles, pero con la nueva peculiaridad de que el paso de la potencialidad a la realización ha de entenderse también como una especie de autoexpresión y, por tanto, incluye algunos elementos de autodefinición. El arte se convierte en uno de los paradigmas, sino en el paradigma por excelencia, por el cual nos expresamos y, por tanto, nos definimos y, por consiguiente, nos realizamos a nosotros mismos»²⁷. Desde la perspectiva personal del mundo el arte no es una simple imitación de la naturaleza como en el panteísmo o en el mundo antiguo, porque la comprensión personal del ser humano «hizo posible para el arte algo que ni el antiguo oriental ni el clásico habían realizado: los egipcios plasmaron lo que *sabían* que existía; los griegos, lo que *veían*; los artistas de medioevo aprendieron a expresar lo que *sentían*. No se puede hacer justicia a ninguna obra de arte medieval sin tener presente este propósito»²⁸.

²⁷ TAYLOR; CH., *Fuentes del yo*, p. 499.

²⁸ GOMBRICH; ERNST H., *Historia del arte*, Debate-Círculo de lectores, Madrid, 1977 (trad. de Rafael Santos Torroella), p. 165.

Frente al expresivismo romántico la tradición que descansa en lo personal requiere una forma bella para hacer un mundo humanamente habitable, dotado de sentido y se pregunta por él como una necesidad, de modo que aunque «Sigmund Freud escribió en cierta ocasión, en una carta dirigida a la princesa Bonaparte: “Desde el momento en que uno se pregunta por el sentido o el valor de la vida, se está enfermo”. Mas yo pienso que, más bien que exhibir una enfermedad mental, aquel que se preocupa acerca del sentido de la vida está demostrando su esencia humana... la búsqueda de sentido es una característica distintiva de que se es humano. Ningún otro animal se ha preocupado jamás de si existe o no un sentido de la vida... [pero] ha de considerarse incluso como la “principal preocupación del hombre”... [y] permanece insatisfecha en la sociedad actual»²⁹.

La consideración del carácter artístico del derecho posibilita expresar la multiplicidad de ideas por encima de la eficacia o la validez de la teoría y acceder, por tanto, a un plano más próximo a la libertad personal inherente al sentido moral del derecho. La consideración moral del derecho está en sintonía con el hecho de que podemos considerar que la caridad es la fuerza primordial del espíritu alternativamente a la evolución de la fuerza ciega del poder en que se apoya la teoría moderna. De este modo aunque se diga que poner a la moral como fundamento del derecho haría de éste «un satélite que careciendo de luz (validez) propia, sólo puede reflejar la luz (validez) que le viene dada por el sol de la Moral»³⁰, creo que hay que reconocer la ventaja de su carácter moral, su contribución al proceso de personificación, lo cual no significa que se niegue su especificidad respecto a otras formas de moral. Quizá una de sus expresiones mejor lograda esté en la persona jurídica que, con independencia de su utilidad, es, en los casos ejemplares, el resultado de una larga y esforzada historia y que expresan más que sentimientos, el sentido de la vida porque ayuda a sostener, fundamentar, una vida buena. A este respecto ocasionalmente se dice que los derechos humanos no necesitan fundamentación porque son axiomáticos y tienen coherencia y consistencia por sí y al igual que los axiomas (de *axios* = valor) se reconocen y proclaman; igual

²⁹ FRANKL; VIKTOR E., *Psicoterapia y humanismo*, F.C.E. (Breviarios), México, 2002 (trad. de Alfredo Guéra Miralles), p. 28-9 y 96.

³⁰ MONTORO BALLESTEROS; A., *El deber jurídico*, (Cuadernos de Teoría Fundamental del Derecho) Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Murcia, Murcia, 1993, p. 17.

que para Santo Tomás los principios de la ley natural son auto-evidentes, lo cual no significa que no se pueda mejorar su forma de expresión, con la diferencia de que en el tomismo se presupone el fundamento antropológico y teológico de que los derechos humanos prescinden. Eso incide en el diferente grado de efectividad, los derechos humanos necesitarían una incorporación a un sistema jurídico y ser interpretados conforme a una ley, evidenciando que no son absolutos, los principios no lo necesitan porque sin ellos no hay derecho posible, la ley sólo los expresa concretamente. Lamentablemente cuando el principio es sustituido por el axioma (punto de partida formal cuya verdad o realidad no consta), acaba funcionando como un simple tópico y los derechos humanos sustituyen a los principios.

El verdadero arte no es crítico y sólo adquiere ese carácter a consecuencia de su instrumentalización en el socialismo y la ilustración donde frecuentemente se emplea como arma para destruir una cultura, como medio de lucha política (lo podemos ver claramente en el caso del llamado cine español), usado por el poder político con una gran eficacia corrosiva; en el derecho es el caso de expresiones similares a la prohibición de la especulación (artículo 47 de la constitución), noción jurídicamente inconcretable. Orientados a la praxis revolucionaria más o menos terrorista, el derecho y el arte, en manos del poder político con los mismos fines no permiten abrir espacios sociales diferenciados donde se germine y fructifique la personalidad. El héroe anónimo de la retórica socialista impide expresar lo personal en beneficio de la clase que el poder maneja.

IV. Resolver problemas humanos

La clarificación de los principios jurídicos como modo de resolver o, mejor, considerar bien resueltos determinados problemas humanos con preferencia a las nociones empleadas por la teoría del derecho nos ha llevado a ver en los principios la expresión o manifestación auténtica u originaria del derecho y, en consecuencia, la verdaderamente relevante.

He presentado esa apelación a los principios de forma alternativa a la teoría del derecho entre otros motivos porque en la divergencia de ambos planteamientos, el de los principios y el de la teoría, vemos la clara contraposición entre tradición y modernidad respecto al derecho. Es manifiesto el carácter ideológico de la preocupación por la validez y la

eficacia del derecho puesto que impiden el acceso a la expresión cultural y artística en que se manifiesta su sentido antropológico y real. Frente al cálculo formal y a la experiencia, la tradición pre-moderna acentuó la realidad y la verdad como referencia de lo logrado y ello sin olvidar la belleza expresiva. El cálculo permite efectuar extrapolaciones, proyectarlas hacia el futuro y planificar bajo la suposición de una continuidad que no siempre se da en la vida humana. En cuanto alternativa a la teoría se confrontan también con el neoconstitucionalismo que apela a principios frente a la ley, es lo que hace Dworkin que, según Raz, «desde el comienzo vio a su teoría como una teoría del derecho de los Estados Unidos y del Reino Unido... el concepto de derecho es una parte de una práctica de derecho... sugiere que el concepto y la práctica del derecho son parte de la misma práctica auto-reflexiva»³¹ y, por eso, para él «el derecho es una práctica interpretativa que sólo existe en sociedades que son conscientes de la naturaleza de esa práctica y de su carácter interpretativo, y, por tanto, poseen el concepto de derecho»³², porque se mueven en lo que podríamos considerar axiomas flexibles, inestables las más de las veces, sin referencia al fundamento firme que proporciona la antropología y la metafísica y que según Luhman, se traduce en que «el derecho moderno responde esencialmente a una estrategia oportunista y que es absolutamente contingente, convencional y mudable, y que los propios derechos fundamentales son una mera reglamentación de fronteras entre esferas de poder que constantemente pueden ser traspasadas por los poderes»³³. Ciertamente del arte auténtico no se puede decir lo de que “en sociología toda investigación suficientemente exhaustiva lleva siempre a los resultados apetecidos y, si no, se le meten logaritmos”.

Efectivamente, el derecho afronta, en todo caso, la solución de determinados problemas humanos. Aunque inicialmente, en la tradición, estaban referidos básicamente a la distribución de bienes y a la exigencia de responsabilidades, en la modernidad se ha ampliado notoriamente su alcance con una redefinición en derechos fundamentales o humanos

³¹ RAZ; JOSEPH, *¿Puede haber una teoría del derecho?*, Capítulo 1 de RAZ; J., ALEXI; R. Y BULYGIN; E., *Una discusión sobre la teoría del derecho*, p. 47-86 (trad. de Rodrigo Sánchez Brigido), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, p. 68-9.

³² RAZ; J., *¿Puede haber una teoría del derecho?*, p. 77.

³³ BARCELLONA; PIETRO, *El vaciamiento del sujeto y el regreso al racismo*, en SILVEIRA GORSKI; H., *Identidades comunitarias y democracia*, Trotta, Madrid, 2000, p. 113-26, p. 122.

que, al igual que los principios, vienen protegidos y matizados por las leyes y están, a la par, institucionalizados. Pero esos derechos presentan un carácter sustitutivo de los genuinos principios, favorable a la ideología muchas veces de forma casi imperceptible en los enunciados pero más claro en las adaptaciones estratégicas a que obligan esas nuevas definiciones legales claramente ideológicas (pensemos en la sustitución de la noción de acción procesal por el derecho de acceso a la justicia). En cierto modo, en lo que se llaman derechos fundamentales o derechos humanos funcionan, a veces, principios jurídicos irreducibles a normas. Me refiero a la propiedad, la empresa, el contrato, la familia, etc. Pero frente a la institución que encarna y da al principio la vida que como mera idea no puede tener, en el caso del derecho fundamental desvertebrado actúa como una máscara encubridora de un interés del poder que desvirtúa el principio y que no permite descubrir los falsos motivos presentes en la promulgación de las normas o los intereses ocultos. Debido a que el principio jurídico se desvirtúa ante la manipulación, la coincidencia y la posibilidad coexistencia humana que proporcionan es posible sólo ocasionalmente. Por eso la teoría necesita ser crítica, que es también un sucedáneo del conocimiento y de la moral; critica a la moral y formula evaluaciones negativas sin mantener el criterio de la moral a la que critica, imposibilitando la comprensión según magistralmente expresa Tolstoi en la actitud de Levine que «criticaba en lugar de comprender»³⁴.

En los problemas humanos están involucradas cuestiones de principio que, según se ha caracterizado, involucran un reconocimiento del ser humano concebido personalmente, según la expresión mejor lograda del ser humano de la tradición jurídica y que la modernidad ha tratado de erosionar reorientándolo al individualismo. No en vano el término personalidad es usado por Kant «siendo su principal empeño brindarnos una nueva concepción del término “persona”»³⁵. No sólo eso sino que el derecho también compromete la salvaguarda de lo personal en su presencia en la medida en que en los principios se pone de relieve la plasmación del derecho que nadie ha sabido mejorar de un modo semejante a «la maquinaria de la administración de justicia, esa maquinaria

³⁴ TOLSTOI; LEÓN, *Ana Karenina*, V, 1, (Alba, Madrid, 1999), p. 301.

³⁵ HOYO SIERRA; ISABEL ARACELI, *Apuntes sobre la idea de personalidad jurídica*, en AA.VV., *El Concepto de Relevancia Jurídica*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2007, p. 171.

compleja y grandiosa, era seguramente imperfecta, chirriaba, tenía herrumbre y polvo en cada rincón, pero no se conocía nada mejor, no había nadie capaz de inventar algo más perfecto, así que había que resignarse y aceptarla»³⁶ contemplada por Márai. Aunque el escritor húngaro ponga de relieve el funcionamiento de la maquinaria, muchas veces lastrada por la burocratización, lo cierto es que está abierta a la innovación y mejora, a la expresión mejor lograda, a la que se supedita el respeto (no una simple resignación pasiva) que merece.

Comprender el mundo dotado de sentido humano implica tratar de entender cuándo hay un problema o una necesidad y cuándo está adecuadamente resuelto. Responder esta pregunta implica saber cuándo está concluido un proceso argumentativo, es equivalente a saber cuándo está acabada la obra de arte, algo muy difícil. Cuando lo sabemos el problema puede ser anticipado, previsto, abordado y resuelto. En cierto modo es lo que hace la teoría, pero eliminando las dimensiones “trascendentes” del problema de manera convencional y arbitraria. El principio expresa la vigencia de una idea de justicia que descansa en orden humano frente a la planificación de un mundo imaginario que rompe con cualquier modelo. En el mundo moderno de la planificación, la transformación social y la utopía se plantea la pregunta por la eficacia o la validez que es irrelevante en el mundo del arte y de la cultura. Ciertamente de la cultura europea (occidental) podemos decir que es muy eficaz; ha producido una maquinaria militar, impositiva, depredadora y dominadora, pero también humanizadora y personificadora, más que civilizadora (caso de Roma). Esta actividad otorga primacía a los bienes intrínsecos inherentes a la moral tradicional y se apoya en principios. Recuperar los principios resulta una nueva y vieja forma de entender el derecho que exigiría que la preocupación por la validez y la eficacia fueran no abandonadas pero sí relegadas a la técnica por su incapacidad comprensiva. Preguntarse en qué medida es eficaz la literatura del siglo de oro español carece de sentido, la pregunta por la eficacia de la televisión como medio para hacer publicidad comercial o manipulación política sí que lo tiene, al igual que la de los grandes espectáculos masivos, mientras que tampoco lo tiene preguntar por la eficacia o validez de una obra musical excepcional. Exigiría que fueran sustituidas por la consideración de logro que designa la consecución de una plasmación de la justicia

³⁶ MÁRAI; SÁNDOR, *Divorcio en Buda*, Salamandra, Barcelona, 2002 (trad. de Judit Xantus Szarvas), p. 55.

que pueda servir de referencia, ser sugerente o modélica, abandonando el carácter impositivo y fríamente mecanicista de la teoría. Con la idea de logro se apela a esa “fuerza” que ha hecho fructificar la cultura occidental, a la que se ha considerado como la fuerza primordial del espíritu: la caridad. El mundo cultural y humano europeo (occidental) se puede considerar un logro en su conjunto. Ha surgido sin planificación estatal, incluso la mal llamada conquista de América se llevo a cabo sin la dirección política de la monarquía. La quebrada planificación socialista e ilustrada y que sólo se ha impuesto por la fuerza bruta de la violencia indiscriminada, el terrorismo, las huelgas salvajes, la revolución es un sucedáneo del logro, como ellos mismos dicen es una conquista. Su eficacia, eficiencia, efectividad y validez despersonalizadora se ha visto en las cámaras de gas, en los *gulags*, en el terrorismo o la guillotina.

La modernidad que necesita de la teoría, que también oculta la ciencia genuina pese al cientifismo ideológico que la caracteriza, entiende su activismo como una conquista que puede tener un sentido gnóstico, pues «el gnosticismo ha producido algo como los contraprinicipios de los principios de la existencia y, en la medida en que esos principios determinan una imagen de la realidad para las masa de fieles, ha creado un mundo de ensueño que es en sí mismo una fuerza social de primer orden en lo que respecta a motivar actitudes y actos de masas gnóstica y sus representantes... El gnosticismo como mundo de ensueño contraexistencial tal vez pueda hacerse inteligible como la extrema expresión de una experiencia que es universalmente humana, es decir, de un horror de existencia y un deseo de huir de la misma... El resultado es un estado mental patológico muy complejo, tal como lo presentó Hooker en su retrato de los puritanos... la obsesión por reemplazar el mundo de la realidad por el mundo soñado trasfigurado se convirtió en la obsesión por un mundo en el que los soñadores adoptan el vocabulario de la realidad pero cambiando su significado... En la ética clásica y cristiana, la primera de las virtudes morales es la *sophía* o *prudencia*, ya que sin una adecuada comprensión de la estructura de la realidad, incluida la *conditio humana*, la acción moral con coordinación racional de fines y medios difícilmente es posible. En el mundo soñado gnóstico, en cambio, el primer principio es el no reconocimiento de la realidad»³⁷. La conquista es incompatible

³⁷ VOEGELIN; ERIC, *La nueva ciencia de la política. Una introducción*, Katz (discusiones), Buenos Aires, 2006 (trad. Joaquín Ibarburu), p. 200-3.

con lo que nos proporciona la noción de logro, de lo que se consigue con esfuerzo, siguiendo ciertas reglas internas a la práctica, que conlleva reconocimiento de la actividad humana de la que es fruto y cuya nobleza expresa y que no es explicable causalmente. La explicación causal falla al explicar la nobleza (incluida la nobleza moral de las personas sencillas), lo que no es explicable o predecible, lo que produce efectos desproporcionados. Quizá sólo es posible con una especial inspiración (diferente a la iluminación que, desde el siglo XVIII, nos domina y se podría reflejar en las visitas de Benito Juárez a la logia de Nueva Orleans, de las que se decía que iba a por luces y volvía iluminado). El logro es el efecto del esfuerzo por expresar la mejor forma humana que a veces se logra no sólo con la nobleza moral (reconociendo u honrando a las mejores realizaciones como ejemplares), sino también con las condiciones de vida y hábitat urbano, tan distantes al modelo socialista de colmena, que buscan embellecer la ciudad y que vemos ejemplificado en el propósito con el que el rey Alfonso VIII impulsó la construcción de Plasencia y ha quedado grabado en el lema de la ciudad: *Ut placeat Deo et hominibus* (Para deleite de Dios y de los hombres), siguiendo el horizonte mental de los hombres medievales que “por primera vez hablan de su propio tiempo llenos de esperanza y satisfacción”³⁸. Inspiración que alcanza a la justicia entendida como actividad noble que llevaba, a los medievales, a considerar necesaria a «la nobleza para realzar la virtud y administrar la justicia, para ser con los actos y las costumbres de sus distinguidas personas el modelo de los demás. Las más altas funciones del Estado: la defensa de la Iglesia, la propagación de la fe, el amparo del pueblo contra la opresión, el fomento del bienestar general, la lucha contra la violencia y la tiranía, la consolidación de la paz son adjudicadas... a la nobleza. La veracidad, la valentía, la moralidad y la dulzura son, por otra parte, sus cualidades»³⁹.

³⁸ HUIZINGA; J., *El otoño de la Edad Media*, Alianza Universidad, Madrid, 1927, 14^a reimpr. 1994 (trad. de J. Gaos), 2, p. 47 y s.

³⁹ HUIZINGA; J., *El otoño de la Edad Media*, 3, p. 83.

V. REPLANTEAMIENTO

La propuesta de reforzar el papel de los principios jurídicos busca darles un sentido distinto y más importancia de la que tienen en lo que se ha llamado neoconstitucionalismo frente a las teorías legalistas y normativistas, pretende replantear su significado recuperando y desarrollando su genuino sentido tradicional con una proyección innovadora de los mismos.

Propone considerar los principios jurídicos siguiendo la vía en que ya se han encauzado muchas veces bajo la forma de ley o derecho natural, como expresivos de las condiciones básicas y fundamentales para que haya derecho; para que no se disuelva en algo distinto y falsificador. Pero pretende a la par una nueva expresión compatible con el modo en que el derecho era entendido en la gran tradición iusnaturalista premoderna europea, en la que se justificaba en impedir la vigencia inmediata y exclusiva de la fuerza en las relaciones humanas, en evitar que fuera la simple expresión de la misma como en la modernidad donde es una simple herramienta del poder frente al cual los débiles, los considerados no personas, los necesitados o los catalogados de determinados modos están indefensos.

Por ello aquí se propone considerar los principios de forma diferente. No se trata de una exigencia de una antropología científica que, una vez descubierta, se pueda imponer a todo el mundo, incluso de manera coactiva, por más que lo contrario resulte absurdo, contraproducente, irracional o arbitrario, sino que se pretende que sea una oferta disponible para organizar determinadas formas de entender la vida social de forma comunitaria. Por ello se vincula el principio jurídico con el esfuerzo para la conformación y mantenimiento de la personalidad humana no con la ciudadanía ni con el individualismo, ni con la clase, la raza, el rol, el pueblo o el género. Bien entendido que la noción de persona no es compartida ni compatible por todas las corrientes de pensamiento, sino que es una elaboración básicamente del pensamiento católico que ha sufrido duros ataques, del empirismo, del racionalismo, donde era sustituida por el individuo y del marxismo y el positivismo donde es sustituida por nociones como clase, rol, género, etc. Para estas corrientes la noción de persona conlleva un componente metafísico, el alma, que les resulta inasumible y, consecuentemente, no pueden aceptar elementos jurídicos

en consonancia con ese principio de identidad personal que proyecta al ser humano a una participación trascendente.

Entonces la expresión de los principios jurídicos de carácter personal no puede imponerse generalmente sino ofertarse como la expresión de lo que se considera la mejor forma humana por quienes participan de la cultura europea (que no es sólo ni todo el viejo continente, incluye gran parte de América y grupos humanos importantes en otras partes del mundo y excluye a la modernidad radical en sus variadas versiones) entre cuyos logros más importantes está la forma personal del ser humano. La expresión de esos principios requiere una comunidad cultural y económica adecuada para promoverlos y salvaguardarlos como campo de cultivo de su posibilidad lograda. Consecuentemente debe insertarse en la construcción de comunidades humanas diferenciadas donde los logros sean compartidos y en un marco social en que éstas estas comunidades no sean obstaculizadas o impedidas por quienes están cerrados a participar en ellas por el soporte ideológico que ciega su acción, puesto que el hecho de que amplios sectores sociales no tengan interés en el proceso personalizador y se conformen con su inserción en colectivos en vez de pertenecer como miembros a instituciones jurídicas no debe ser un obstáculo para la institucionalización personificada de determinadas organizaciones sociales que busquen personalizar. En la medida en que los principios jurídicos se presentan como una oferta que sirve de fundamento a una expresión personal del ser humano, permiten vislumbrar moral y jurídicamente la posibilidad y potencialidad de la participación trascendente constitutiva de la personalidad y han de entenderse como un logro. La participación en los demás y en Dios resulta constitutiva de la personalidad y, entre otras cosas, exige una conformación del derecho adecuada para que se realice la personalidad humana, lo que no ocurre si el ser humano es insertado forzosamente en un entorno social de colectivos sin personalidad. El carácter trascendente de esa participación es lo que posibilita hacer frente a la vigencia inmediata de la fuerza o de la norma fáctica y romper la fascinación que determinadas formas sociales ejercen en los seres humanos actuando como productos alucinógenos que sólo benefician al poder político. Son un logro, aunque no sea generalmente compartido, porque se considera la mejor expresión u oferta del ser humano desde la perspectiva tradicional, la de la “antropología metafísica” y la de la religión de Occidente que se ofrece a cualquiera. Lo cual está en

sintonía con la consideración de que la fe no consiste en demostrar sino expresar una revelación, también personal, que se traduce no tanto en el simple creer como en hacerla creíble. En ella si tratáramos de expresar el orden que exige la justicia de diferentes maneras, con un edificio cúbico, materializado en una estatua alegórica, en una pintura, en una poseía o en una novela, encarnado en la vida de una persona justa o virtuosa, en la de un jurista profesional, en una institución jurídicamente personificada donde muchas personas puedan compartir una vida noble no nos cabría duda de cuál es el ejemplo mejor logrado a partir de la tradición, no en vano «las acciones virtuosas no provienen de unos principios racionales separables de la historia particular del que las hace; por el contrario las personas virtuosas participan en ejercicios comunitarios»⁴⁰.

Compete a esa nueva expresión de los principios jurídicos dar respuesta a varios retos, entre otros: el que se deriva de la ausencia de una teoría del derecho, básicamente eludir el miedo, incluso el pánico que está en la base de la planificación social moderna “científica” y que presenta como amenazantes a la moral, a la antropología y la metafísica; el de hacer atractiva la libertad a la que se ha renunciado a cambio de la seguridad ficticia que proporciona el estado dando respuesta a la preocupación humana por la seguridad sin que haya una utilización ideológica de esa necesidad; el incentivar el esfuerzo personal en el proceso de personalización innovadora incluyendo la construcción de personas jurídicas para colaborar con los demás y expresar lo que no es expresable con la validez, el cálculo, la experiencia, mediante una construcción artística de las mismas; el promover formas de autoridad moral que susciten confianza con sus argumentos en vez de con su poder, según el modelo agustiniano de servicio⁴¹.

A ello se dirige mi propuesta de estatutos personales que, al posibilitar constituir comunidades donde se resuelvan estos problemas, competirían unas donde predomine la teoría científica y el cálculo con otras donde cuente la autoridad y la confianza; la que busquen determinados logros con la que busquen conquistas sociales. Pero el marco de libertad debería posibilitar que no todo el mundo se vea obligado a compartir logros o

⁴⁰ CAVANAUGH; WILLIAM T., *Imaginación teo-política*, Nuevoinicio, Granada, 2007 (trad. de Manuel Salido Reguera), p. 44.

⁴¹ MEGÍAS QUIRÓS; JOSÉ JUSTO, *Historia del pensamiento político. I Raíces del pensamiento político de Occidente*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006, p. 195.

conquistas (en concreto en los dos mundos que he mencionado los logros no se comparten y las conquistas menos porque se hacen a costa de los logros). Permitirían en todo caso construir personas jurídicas que ayuden a trascender las limitaciones fácticas de un mundo de hechos sin sentido y de fríos cálculos “científicamente” válidos. Se podría calificar de dogmatismo pero no impediría a nadie vivir un modo de vida relativista radical, dejaría a los socialistas seguir siendo genéricos o transgenéricos, clones de agentes subversivos o, incluso, de terroristas, con su teoría y su ciencia materialista lisenkoista, para que, en sus comunidades o por su propia cuenta hagan lo que quieran, pero sin poner en peligro la labrabilidad, la sexualidad, la cultura, el patrimonio, etc. de quienes no son iguales que ellos ni quieren serlo.

Puede pensarse, respecto a ellos, que es predicar en el desierto, según dice Unamuno, o dar la miel a la boca del asno (en expresión de Don Quijote), el desierto de los estados en manos de grupos encubiertos. Se me puede decir que es una utopía o que es un modelo medieval fracasado, pero lo uno y lo otro está desmentido por algunos ejemplos actuales y, sobre todo, históricos, reveladores de la creatividad del espíritu humano en libertad y, si seguimos la recomendación de Cervantes respecto a lo que considera “uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos”, «por la libertad, así como por la honra, se puede y debe aventurar la vida»⁴².

⁴² CERVANTES SAAVEDRA; MIGUEL, *El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha*, IIª parte, Capítulo LVIII.

SOBRE LA EFICACIA, EFICIENCIA Y EFECTIVIDAD DEL DERECHO EN EL PENSAMIENTO DEL PRIMER KELSEN

EUGENIO RUBIO LINARES
Académico correspondiente

Resumen: El actual manejo de los conceptos de eficacia, eficiencia y efectividad del Derecho se ha apartado notablemente de la concepción conceptual con la que fue utilizado, inicialmente, por Kelsen. El presente trabajo trata de esbozar la necesidad de reformular la concepción de estos conceptos desde lo que denomino “antropología jurídica dogmática”, de manera que nos permita la percepción de la trascendencia jurídica de la normatividad que se sitúa más allá de toda voluntad legislativa o interpretativa por que viene impuesta por el orden de la palabra que siempre trasciende al ser que habla.

Palabras clave: Eficacia, eficiencia, efectividad, Derecho, Kelsen, antropología, jurídico, dogmática, voluntad, legislativa, interprete, trascendente, hablante, palabra, kantiano, marcartismo, teoría, pura, pensamiento, judío, Europa, EE.UU., política.

Abstract: The current treatment of the concepts of efficacy, efficiency and effectiveness of law has departed significantly from the conceptual design that was initially used by Kelsen. This paper attempts to outline the need to reformulate the conception of these concepts from what I call “dogmatic legal anthropology”, so we allow the perception of legal significance of de regulations, which lies beyond legislative will or interpretation that is imposed by the order of word that always transcends the speaker.

Keywords: Efficacy, efficiency, effectives, law, Kelsen, anthropology, juridical, dogmatic, will, legislation, interpretation, transcendent, speaker,

word, kantian, maccartisme, theory, pure, thought, jewish, Europe, U.S., politics.

I. INTRODUCCIÓN

Hans Kelsen, como casi todos los autores que se vuelven clásicos, es más citado que estudiado, más presumido que sabido. En el actual análisis y teoría de las cuestiones jurídicas la dilatada obra que Kelsen legó a la comunidad internacional se suele saldar con la simple referencia a su “Teoría pura del derecho” que con ser, junto con la “Teoría general del derecho y del Estado”, su obra magna no basta para poder comprender cabalmente los empeños que motivaron al joven Kelsen para impulsarle a tomar una resuelta postura investigadora que terminó por transformar, en gran medida, la forma del pensamiento jurídico de Occidente, especialmente en Europa. En mi criterio, comprender las propuestas conceptuales que formuló Kelsen comporta hoy la necesidad de enfrentar dichos conceptos desde una perspectiva mucho más amplia, que integre la escena socio-política en la que el joven Kelsen se formó intelectualmente y a cuya problemática él intentó dar respuesta jurídica.

De otra parte, hoy tampoco puede ser ajeno a esa necesidad de enfrentar el análisis de los antecedentes que motivaron la posición científica de Kelsen, una revisión en profundidad de sus conceptos teóricos y de las consecuencias prácticas que, setenta años después de que Kelsen pusiera en escena su discurso, están teniendo para la organización jurídica de la actual sociedad occidental. Se trata, por tanto, de retomar las motivaciones que llevaron al joven Kelsen a intentar el acercamiento teórico que culminó en su “Teoría pura del derecho” y analizar las consecuencias que dichas motivaciones, que no fueron sólo las de Kelsen sino las de toda una generación europea¹, han procurado al pensamiento jurídico occidental.

¹ Está pendiente que el Occidente europeo analice, en la profundidad que la cuestión merece, la repercusión cultural que en la tradición cristiana de Europa ha supuesto la influencia del pensamiento agnóstico e internacionalista que, fundamentalmente, los judíos no practicantes llevaron a cabo durante el siglo XIX y que ha terminado por imponer un modelo de pensamiento del que se ha erradicado cualquier posibilidad de análisis del elemento trascendente que soporta la estructura de toda sociedad humana.

Enfrentar esta doble tarea, la de una revisión de los conceptos teóricos y la de una revisión de las consecuencias prácticas, setenta años después de su formulación, precisa, aún de manera somera, un recordatorio de quiénes y cómo gestaron lo que se terminó denominando “La escuela vienesa de la teoría del derecho” cuya historia y contenido fue ya publicado, bajo dicho título, por Klecatsky, Marcic y Schambeck en 1.968, con la intención, no sólo de retribuir al maestro por su valor intelectual, sino, también, con la de devolver a Viena la legitimidad del genuino lugar de origen de su pensamiento. Se trata, por tanto, de poder percibir la importancia que el *topos*² –discursivo y geográfico– tiene para todo pensamiento humano y por tanto también para el pensamiento de Kelsen, y cómo éste, el *topos*, aun cuando no pueda ser percibido de manera directa por los sentidos, ejerce su decisiva influencia sobre la mente pensante al punto de condicionar el nuevo discurso. En consecuencia, poder comprender como el pensamiento de Kelsen se gestó en el seno de una comunidad intelectual altamente influenciada por una corriente cultural de tradición judía que podríamos calificar de rigidez agnóstica³ e indiferencia nacional y a la que Kelsen, sin ninguna duda, perteneció durante toda su vida. Habrá, pues, que analizar, en el seno de esa corriente, de rigidez agnóstica e indiferencia nacional, donde el joven Kelsen formó su espíritu jurídico y en la que se formuló sus preguntas y dio sus respuestas, que elementos de su discurso tocan lo real del hombre y por tanto que elementos de su “Teoría pura” son verdaderamente puros; es decir, tienen vocación de universalidad.

² El termino latino *tópos* o *tópus* (del griego τόπος con el significado de lugar) entra a formar parte de los términos *tópice-es* o *tópica-æ* (del griego τοπίγγι) con el significado de “arte de inventar los argumentos”. En la actualidad el término *tópica* remite o bien a la idea de vulgar, trivial o muy empleado, o, bien al lugar común que la retórica antigua convirtió en formulas fijas y admitidas en esquemas formales o conceptuales de que se servían con frecuencia los autores. Por mi parte utilizo el término *topos* para poner de manifiesto el ambiente cultural (discursivo, histórico y geográfico) en el que el pensamiento de Kelsen se gesta y ve la luz.

³ Por *agnosticismo* entendemos aquella doctrina filosófica que declara inaccesible al entendimiento humano toda noción de lo absoluto, y reduce la ciencia al conocimiento de lo fenoménico y relativo. Cabe aquí destacar que la medicina utiliza el término *agnosia* (del griego ἀγνοσία, desconocimiento) para clasificar como una patología la pérdida de la facultad de transformar las sensaciones simples en percepciones propiamente dichas, por lo que el individuo no reconoce las personas u objetos.

Para ello, es necesario efectuar una separación radical del contexto cultural en el que el pensamiento de Kelsen surgió, de todos aquellos otros ambientes o contextos de producción que se le fueron añadiendo, en especial las circunstancias que le acontecieron desde su llegada, en junio de 1.940, a Estados Unidos y en las que, desde los años 50, se precipitan sus teorías y conceptos en un *maccartismo*⁴ que, auspiciado desde el pensamiento e interpretación del mundo jurídico latino americano, ha terminado siendo, en la labor de sus comentaristas, una profunda desviación de su pensamiento originario, lo que motivó que, en alguna ocasión, tuviera que ser el propio Kelsen el que se viera en la necesidad de puntualizar algunas de las cuestiones a él atribuidas o directamente extraídas de la interpretación de sus textos⁵.

La continua batalla jurídico-conceptual que el pensamiento de Kelsen inspira hasta el día de hoy nos pone tras la pista de un hecho: que hasta el momento presente el pensamiento original de Kelsen no ha sido siempre bien comprendido. Desde sus comienzos el propio Kelsen⁶ percibió esa falta de entendimiento y genuina interpretación de su pensamiento cuando sostiene que: “La teoría pura del derecho no sólo ha suscitado adhesiones e imitaciones; también ha dado lugar a una oposición cuyo apasionamiento, casi sin ejemplo en la historia del derecho, no es explicable de ninguna manera si consideramos objetivamente los puntos en los cuales hay divergencia de enfoque. Algunas de estas divergencias son producto de falsas interpretaciones que muy a menudo no parecen ser completamente involuntarias, y cuando la oposición es real, ésta no podrá justificar la profunda animosidad de mis adversarios, dado que la

⁴ Uso el término *maccartismo* para designar la técnica consistente en lanzar a la sociedad de manera indiscriminada determinadas opiniones o conceptos que nunca son seriamente comprobados y que terminan induciendo procesos de *movimientos* de opinión que sirven de base de justificación social a los conceptos indiscriminados y que constituyen, en esencia, el movimiento de lo “políticamente correcto” dentro del cual toda crítica posible termina siendo integrada.

⁵ CORREAS. Óscar. *El otro Kelsen*. Ediciones Goyoacán. México 2003. p. 11. “Lo que estos kelsenistas ocultan es este radical fondo político de la filosofía de Kelsen. Por eso nunca citan los otros trabajos de Kelsen, ni las partes más urticantes de la propia *Teoría pura del derecho*”.

⁶ KELSEN. Hans. *Teoría pura del derecho*. Editorial Universitaria de Buenos Aires. 13ª edición. Argentina. 1975. p. 12.

teoría que combaten está lejos de ser enteramente nueva y de oponerse a todas las que la han precedido”.

Comprender, pues, el pensamiento jurídico kelseniano comporta, en primer lugar, un acercamiento a su mentalidad; la necesidad de comprender al Kelsen hombre. Difícilmente podremos comprender lo que Kelsen expresó jurídicamente si no somos capaces de acercarnos a su íntima necesidad de acercamiento a la Ley; de comprender por qué se vio en la necesidad de dar una respuesta jurídica al estado de cosas que acontecían a su alrededor, en los años en los que su estructura humana se formaba. Comprender quién o quienes influyeron en sus iniciales formas de representarse la realidad circundante; en definitiva, poder comprender con qué palabras le fue entregado el mundo real del derecho y que él, a su vez, terminó representando para otros⁷.

De otro lado, este acercamiento al Kelsen hombre no se puede efectuar, como hacen la mayoría de sus biógrafos, a través de un relato histórico que ninguna referencia nueva aporta a lo ya sabido sobre él. Se trataría más bien de percibir la realidad de una comunidad, la judía, a la que perteneció Kelsen, que inserta en el corazón de Europa acababa de abrirse a poder expresar, con una cierta libertad, sus postulados culturales, que, por otra parte, no serían ya más los postulados familiares insertos en una tradición altamente religiosa, y que representaban un corte radical con la tradición (Marx, Freud, Kelsen), tomando, de manera radical, el camino de la *razón*, precisamente aquella razón que había auspiciado, con la Revolución Francesa, la emancipación⁸ judía en Europa. Pretendían, pues, explicar el mundo desde la Tierra y no desde el Cielo. Se trata, por tanto, de poder percibir, en el inicial pensamiento del joven Kelsen, como laten las ideas del Cielo y de la Tierra, del cuerpo y del alma, del más allá y del más acá, del derecho natural y el derecho positivo, de su fundamentación iusnaturalista y de su fundamentación iuspositivista.

⁷ KELSEN Hans. *Teoría pura del derecho*. o. cit. p. 14. “Si a pesar de ello me animo en semejante época a condensar los resultados de mis trabajos sobre el problema del derecho, es con la esperanza de que el número de aquellos que prefieren el espíritu a la fuerza sea mucho más elevado de lo que en la actualidad parece. Quiera la joven generación, crecida en el tumulto, no renunciar enteramente a creer en una ciencia jurídica libre, de la cual el porvenir –estoy convencido– recogerá los frutos”.

⁸ En el contexto cultural europeo del siglo XIX el término *emancipación* conserva el doble significado de liberarse políticamente pero también, de manera principal, liberarse religiosamente.

Las primeras lectura del joven Kelsen, según recoge Metall⁹, se interesaron por la literatura poética de Friedrich Spielhagen, “Naturalezas problemáticas”. Después, Kelsen se interesó por una detallada y atenta lectura de la obra de Schopenhauer y tras ella por la obra de Georg Büchner, “fuerza y materia”. Pero sin ninguna duda, la que más va influir en el pensamiento de Kelsen será la que se deduzca de su acercamiento al pensamiento neokantiano y dentro de éste al singular contacto que mantiene con Cohen¹⁰ y su obra. Cohen, filósofo judío, fue junto con Natorp¹¹ uno de los fundadores de la denominada escuela de Marburgo, y a cuya terminología, bajo cuyo influjo cayó Kelsen, se debe, según Metall, la denominación de *Teoría pura del derecho* que Kelsen diera a su obra cumbre.

El pensamiento de Cohen, dentro del marco general de la escuela a la que pertenece, sostiene que el *ser en sí* de las cosas queda completamente fuera de la cognición humana; los objetos son *puestos* por la propia actividad del conocer, cuya actividad principal es la de “poner bajo categorías” que no pueden ser sino categorías *a priori* como se deduce directamente de la propia existencia de las ciencias. En consecuencia, los objetos surgen de la idea de un *sujeto* que los crea en el propio proceso de su conocimiento. De ello deduce Kelsen que lo verdaderamente importante para él no es el objeto jurídico que termina creando el *sujeto*, sino que, antes de nada, es la pureza del propio método en sí con el que los crea la que determina la pureza del *objeto*, porque de la pureza metodológica terminará dependiendo la pureza del *objeto* creado. En consecuencia es la honestidad intelectual y el valor personal del investigador jurídico lo que determinan la pureza del *objeto* jurídico creado.

⁹ METALL Rudolf Aladar. *Hans Kelsen y su escuela vienesa de teoría jurídica*. Discurso pronunciado en el Instituto Hans Kelsen de Viena el día 11 de octubre de 1.973.

¹⁰ COHEN Hermman. *L'etique de la volonte pure*. Universidad de Caen. Caen. 1.994. traducción al francés de la segunda edición alemana de 1.907.

¹¹ NATORP Paul (24.01.1854 – 17.08.1.924) Fue uno de los principales filósofos que impulsaron, frente a las ideas defendidas por la Escuela de Baden, que buscaba, siguiendo la *Critica de la Razón práctica*, la fundamentación de los valores, la Escuela de Marburgo defendió intereses, principalmente epistemológicos, desarrollando teorías del conocimiento fundamentadas de manera estrictamente conceptual sobre la deducción trascendental de las categorías genéricas a partir de la propia estructura del intelecto.

Así, en un texto de Kelsen¹² se puede leer: “Cuando hace más de 25 años tuve la suerte de conocerte, tuve inmediatamente la sensación *voilà un homme*. Y a pesar de todos los acontecimientos estremecedores que desde entonces movieron el mundo y a nuestras vidas, y que más tarde verdaderamente pondrían a prueba el carácter de una persona, durante estos años mi amistad por ti se profundizó continuamente, motivada por tu reconocimiento científico, no menos que por tu valor personal. Que entre estos dos valores exista una relación esencial es, quizás, la más importante experiencia de mi vida, la que te agradezco.... Es por ello, tanto más importante, porque mejor que cualquier otra novedad que te agradece la ciencia del derecho, demuestra aquella relación interna que existe entre el rendimiento científico de una persona y su carácter.... Lo que quiero destacar es nada más que el motivo definitivo que te condujo, antes que nada este problema. Fue que sentiste la insinceridad que se oculta tras la teoría tradicional del dualismo entre derecho público y derecho privado, que seguramente servía a necesidades totalmente distintas a aquellas exigidas científicamente por la teoría, es decir, a exigencias políticas. Fue para ti —como en todos tus trabajos científicos— no sólo una finalidad lógica, no sólo un efecto de la razón, sino también una verdadera cuestión de corazón, porque es un problema de la integridad intelectual expresar lo que es; aun a riesgo de entrar en conflicto con todos aquellos poderes interesados en la conservación de la apariencia científica. Si alguien merece un homenaje así, ese alguien es como tú que has demostrado con tu obra que la verdad científica no puede ser alcanzada sin la honradez y el valor personal del científico. Estos dos atributos morales son los que te hicieron ser, lo que se llama un positivista y que no significa otra cosa más que ver la realidad, tal como es y como hay que verla, cuando se quiere entender científicamente. Tu carácter es el que te estimula una y otra vez en contra de las ilusiones poco claras del conservador, o revolucionario, derecho natural, y que te atrae enemigos de la derecha y de la izquierda. Porque tu sinceridad profundamente arraiga en ti, te deja percibir en el derecho positivo únicamente formas relativamente importantes y por lo mismo cambiables, mientras que otros, seducidos por sus deseos políticos, creen ver contenidos eternos y absolutos llamándote formalista. Pero este es el reproche, que en todos los tiempos ha levantado la política

¹² Se trata del prefacio de Kelsen al libro homenaje por el sexagésimo cumpleaños de Franz Weyt (25.04.1.879 – 29.06.1.951).

contra la ciencia y que ésta sabe sobrellevar con orgullo mientras no se quiera degradar a ser la servidora de aquella”.

Se trata por tanto de poder percibir en Kelsen esa honestidad y ese valor personal que le llevaron a proponer una nueva metodología y no tanto una serie de conceptos positivos más o menos dogmáticamente determinados, como pretenden algunos de sus seguidores. Analizar esa nueva metodología propia de la *ciencia jurídica*, ajena por tanto, por completo, a toda otra cuestión que no sea la de posibilitar la *apercepción* del *objeto jurídico real*; es decir, el *objeto* que surge de las propias ideas de un *sujeto* que lo re-crea en el propio proceso de su conocimiento; por tanto, poder ver como es la posición metodológica que el científico jurídico adopta la que determinará su *objeto*, deduciendo de ello que es ese método, que Kelsen nos propone, el que debe estar comprometido con la aceptación racional de todo aquello de lo que el investigador jurídico, que se pretenda científico, se vaya *apercebido* en el propio decurso de su pensamiento, pues ese decurso *aperceptivo* del pensamiento del investigador jurídico es el que termina creando el *objeto*, del que el *sujeto* tan sólo toma conciencia en el *après coup*¹³ que comporta su propio pensamiento jurídico. En definitiva, en tanto que un *saber*, la esencia del derecho tan sólo se puede percibir en el propio proceso de pensar en el derecho. Es por tanto la re-construcción de lo jurídico, comprometida con la verdad científica la que permite el *saber* jurídico, y, en consecuencia, toda aquella otra actividad pensante que no tenga por objeto la re-construcción jurídica del objeto *a priori* estará impedida para *saber* del derecho.

La ciencia jurídica comprometida con aquella verdad directamente determinada por lo que el *sujeto* humano no puede dejar de reconocer como propio por ser consustancial con su propia naturaleza y que lo constituye como ser hablante, tiene por objeto determinar cuales son las consecuencias normativas que el lenguaje implica para el hombre. Se trata por tanto de una pura cuestión metodológica: aquella que pone en relación la lógica de las palabras con las que nombramos el mundo jurí-

¹³ El término francés *après coup* sirve para designar ese momento *a posteriori* en el que la conciencia humana toma nota de la *re-construcción* del *objeto*; es decir, ese momento en el que al viviente hablante se le hace consciente el *a priori*. Se trata, por tanto, de que podamos percibir ese momento que ya Kant denomino como la *apercepción*; es decir, el momento en el que ser racional puede percibir saber lo que ya sabe.

dico con la lógica de las palabras con las que el *poder* induce o determina los actos de los hombres, conforme a un orden que llamamos jurídico.

Determinados métodos de pensamiento inducen procesos ilusorios a través de los cuales concluimos en procesos mentales de representaciones impuras; es decir, las imágenes “puestas” en escena por los discursos de los otros detienen nuestro propio proceso de pensamiento y con ello fijan unas imágenes de *objeto* que tan sólo responden a otra imagen: la creada por las palabras de los otros; en general, los otros son siempre los otros del poder político. El decidido compromiso personal a aceptar la realidad jurídica tal y como es y no como ilusoriamente nos la hacen percibir fue lo que impulsó a Kelsen a formalizar su *Teoría pura del derecho*.

II. UN NUEVO ENFOQUE DE LA PROPUESTA METODOLÓGICA DE PUREZA EN KELSEN

Lo que me propongo exponer se aparta notablemente de las formas clásicas de abordar la materia jurídica. En general, el actual abordaje de los conceptos jurídicos se realiza en referencia a textos normativos, sean estos leyes o sentencias; es decir, en buena medida conforme a una antigua metodología que podemos definir como exegética escolástica. Yo, por mi parte, voy a plantear la materia de mi trabajo desde una posición radicalmente diferente que me atrevo a denominar como *antropología jurídica dogmática*.

Es *antropológica* porque trata los aspectos biológicos del ser hablante en el seno de su comportamiento como miembro de una sociedad humana. Es *jurídica* porque atañe o se ajusta al Derecho y es *dogmática* porque, en cuanto método, se contrapone al exegético de los textos jurídicos y se atiene a principios doctrinales del propio discurso del Derecho.

Derivado de lo anterior, la exposición que pretendo efectuar se desarrolla a través de la toma en consideración de un hecho que en general suele pasar desapercibido en los abordajes de los conceptos jurídicos positivos. Este hecho no es otro que la necesidad, impuesta por la lógica del discurso, de tomar al propio ser hablante como un hecho positivo; es decir, como un hecho producido por el propio discurso. En general, el pensamiento jurídico positivo, que se ha desarrollado después de Kelsen, tiende a considerar el orden jurídico como un orden im-puesto por la

voluntad de un legislador, sin reparar que, para que esto pueda ocurrir, es necesario, que a su vez, la propia *voluntad legisladora*, que impone el orden jurídico positivo, esté constreñida por un *orden normativo*: el de la lógica de la Razón, que, a su vez, impone, a la *voluntad legisladora*, el ámbito normativo del lenguaje. En consecuencia, que todo ser hablante, por tanto también el legislador, es, a su vez, un hecho positivo producido en un orden normativo, fuera del cual no es posible pensar la existencia de una voluntad jurídica legislativa.

Dicho de otro modo, el ordenamiento normativo positivo se despliega en dos ámbitos:

- a) Denominado, siguiendo la formulación generalmente aceptada, como “ordenamiento jurídico positivo”.
- b) Denominado, siguiendo la formulación kelseniana, como “ordenamiento normativo hipotético”.

Pues bien, visto así, el “ordenamiento normativo hipotético” no puede dejar de ser una producción positiva de la inteligencia humana y por tanto, también, y aún cuando no se formule jurídicamente de manera positiva, no deja de ser una producción normativa que necesitará, a su vez, de una hipótesis explicativa que tan sólo es posible alcanzar en un “ordenamiento normativo trascendente”; es decir, en un “orden de creencias”.

Así Kelsen¹⁴ nos dice:

“Aún cuando es ciertamente difícil determinar cuál es la causa por la cual los hombres se comportan de acuerdo con el orden estatal, cabe, sin embargo, afirmar con cierta seguridad aproximativa, que en muchos casos no es, o por lo menos no es solamente, la representación de un mandato del Estado lo que los induce a una conducta de acuerdo con el mismo. Lo que les induce a los hombres son a menudo representaciones religiosas o morales. Lo que lleva a los hombres a obedecer los mandatos del Estado, no es el miedo al castigo o a la ejecución (bajo cuya sanción se encuentra la norma estatal) sino el pensamiento en Dios, en el bien del prójimo, o en el respeto social”.

¹⁴ RECASENS. Luis. *Compendio esquemático de la Teoría general del Estado de Hans Kelsen*. Núñez y Compañía S en C. Barcelona, 1,927. p. 33.

Por tanto, un ordenamiento jurídico positivo es supuesto como válido normativamente, sólo cuando la conducta real de los hombres a los cuales va dirigido, coincide hasta un cierto grado con su contenido; es decir, cuando la validez formal del ordenamiento jurídico del Estado se hace coincidente, hasta un cierto grado, con el orden de creencias que impera en el grupo humano socialmente organizado; orden de creencias que, a la postre, induce la eficacia en la conducta humana de sus individuos.

De ello podemos concluir que, para el ser que habla, la razón de ser de sus actos está basada en un orden de creencias del que la lógica de la Razón humana no puede prescindir.

Lo anterior nos lleva a la necesidad de plantearnos, en cuanto al proceso jurídico mediante el cual el derecho puesto se hace validamente operativo, es decir, eficaz en las conductas subjetivas de los diferentes individuos, dos ámbitos de reflexión: El primero, hace referencia al análisis de los procesos mediante los cuales la voluntad legisladora asume, frente a los otros del poder, los administrados, la verosimilitud del conocimiento sobre la “verdad pública” de la genealógica del ser humano, base del orden de creencias y por tanto de la integración social; “verdad” que, a su vez, permite el sostenimiento del sujeto jurídico en el seno de la sociedad humana. Por tanto, el análisis de cómo la voluntad legisladora debe servir para la integración y el sostenimiento de dos estructuras: la subjetiva y la social. La subjetiva, reuniendo los elementos biológicos, sociales y subjetivos. La social, separando a los individuos por sexos y dentro de estos, por generaciones. Es decir, sosteniendo la estructura básica de la *institución* que permite la unidad constituyente de lo social: la familia, fuera de la cual se hace, al menos en la lógica del *ius civile*, la estructuración de cualquier derecho positivo.

El segundo, hace referencia al análisis de los límites y condiciones de las desviaciones que, en la lógica de la Razón de la voluntad legisladora, se pueden operar respecto de la lógica de la Razón que rige, en cada individuo humano, su propia estructura; es decir, el orden de creencias que induce las representaciones conforme a las cuales va a actuar el individuo; por tanto, el análisis de los procesos de inducción de *imágenes* base de las representaciones subjetivas que la voluntad legislativa va a producir. Y aquí es importante rescatar la idea de Legendre¹⁵ respecto de

¹⁵ LEGENINDRE, Pierre. De la Société comme Texte. Librairie Arthème Fayard. París. 2.001. p. 10. «Serons-nous assez décervelés pour renoncer à comprendre que l'*institutionnalité*

la imposibilidad absoluta de anular el orden de la lógica de la representación. Ninguna voluntad legisladora puede anular el orden de la lógica de la representación que obliga a respetar la lógica constructiva originaria en cada una de las re-presentaciones de la misma. Es decir, a sostener la *imagen y semejanza* del hombre consigo mismo, a posibilitar que el hombre se pueda sostener, subjetiva y socialmente, como tal hombre.

Se trata, por tanto, de poder analizar cuál es el grado de des-razonamiento que puede contener la voluntad legisladora expresada en una norma jurídica de obligado cumplimiento para todos, sin que dicho grado de des-razonamiento haga saltar los resortes estructurales de la lógica de la Razón que sostiene la estructura del propio individuo humano y con ello que se produzcan los procesos que inducen los resultados de la des-socialización humana que llevan, inexorablemente, a toda suerte de violencias.

Planteando así el escenario de la cuestión objeto de este trabajo, la *eficacia, eficiencia y efectividad* de la norma jurídica, no pueden dejar de estar referidas a esa relación que se produce entre la lógica de la razón de la voluntad del legislador y la lógica de la Razón que rige la *construcción* de la estructura del ser hablante; es decir, a la relación entre las conductas que el discurso del poder induce y las conductas que los diferentes individuos humanos producen y todo ello visto desde la perspectiva de los procesos de integración social que el Derecho debe promocionar.

III. UN PRIMER ACERCAMIENTO A LA CUESTIÓN

En mi criterio, comprender los conceptos de *eficacia, eficiencia y efectividad* del Derecho comporta, en principio, la necesidad de comprender qué es Derecho. Mal podremos comprender las manifestaciones externas del Derecho si previamente no tenemos cabal representación de qué es Derecho.

Muchas y muy variadas han sido las concepciones que se han propuesto del concepto de Derecho para su representación social.

suppose la parole? Avec tous effets de droit, q'emporte la dimension normative du langage».

En lo que a este trabajo se refiere voy a retener la que, en mi criterio, expresa mejor la concepción actual del derecho positivo euro americano y que se puede traducir más o menos, en la idea de que Derecho es un determinado sistema de valores coactivamente impuesto a una sociedad humana por el grupo de individuos operativamente dominante dentro de esa sociedad.

Frente a esa idea de Derecho quiero sostener, la que me parece más cercana a la idea originaria del concepto y que se puede expresar en la idea de que el Derecho es la imagen de la Ley; es decir, el Derecho, sería la imagen o representación que, en el ser humano, se produce como consecuencia de su Ley constituyente; Ley de la relación que liga y sujeta el *orden de la palabra* a la lógica natural de una estructura biológica. Por tanto, que en lo que se refiere al Derecho no se puede prescindir de la lógica de la Razón que entraña el uso de la palabra. Lógica de la Razón del uso de la palabra que, en su representación discursiva, no es disponible para ninguna voluntad legisladora sin producir efectos des-estructurantes de lo humano; des-estructura que se despliega en un doble sentido: en la desestructuración subjetiva del individuo humano y en la desintegración social del grupo de individuos.

IV. EL DESVELAMIENTO DEL PRIMER KELSEN

Al referirme al primer Kelsen hago alusión a la producción textual que va desde el año 1.910 hasta el año 1.935; es decir, a la producción textual que comienza con Teoría del Estado de Dante (1.910) y termina con la Teoría pura del Derecho (1.935)

Durante este periodo de veinticinco años, el Kelsen vienes no fue ajeno al pensamiento freudiano. Es más, me puedo atrever a decir, aún cuando su demostración excede con mucho este breve trabajo, que sin el pensamiento de Freud no se hubiera desarrollado el pensamiento jurídico de Kelsen.

Esta afirmación merece, al menos un breve comentario.

En el periodo de tiempo, al que he hecho alusión, 1.910-1.935, Freud dio a conocer algunas de sus obras fundamentales: Tótem y Tabú (1.911-1.913), Más allá del principio de placer (1.920), Psicología de las masas y análisis del yo (1.921) La negación (1.925), Inhibición, síntoma y angustia (1.925) y El malestar en la cultura (1.929-1.930).

Si repasamos todas estas obras de Freud podemos comprobar que van a tener decisiva influencia en el pensamiento de Kelsen, pues, suponen los antecedentes de la concepción del “orden normativo presupuesto”, que coincide, básicamente, con la idea de la estructura inconsciente de la psiquis humana en el pensamiento freudiano, recordando que Lacan¹⁶ afirma que el inconsciente está estructurado como un lenguaje, como una necesidad de la lógica de la Razón discursiva consciente del ser hablante; por tanto, como una necesidad lógica de la justificación racional de todo discurso positivo; es decir, como una necesidad de la lógica de la Razón que permite la expresión positiva de todo discurso de la voluntad legisladora, en lo que dicho discurso excede a quién lo pronuncia. Valga decir, que la voluntad de la norma promulgada excede siempre la voluntad de su promulgador. Así, Kelsen¹⁷ afirmará:

“La voluntad del Estado es, empero, algo distinto de la voluntad de los hombres que están sometidos a él; es algo más que la suma de estas voluntades; está por encima de ellas. Todas estas afirmaciones serán algo repleto de sentido y no constituirán desvíos de una psicología mística que trabaje con ficciones, siempre y cuando la misteriosa voluntad del Estado, no sea entendida sino como la expresión metafórica para designar la validez objetiva del orden que llamamos Estado, pues en sentido psicológico no hay más voluntad que la de los hombres individualmente considerados, fuera de las cuales no existe ninguna otra”.

En consecuencia con lo anterior, podemos afirmar que el pensamiento jurídico de Kelsen se basa, originariamente, en la necesidad lógica de sostener, conceptualmente, una metáfora. Una instancia meta-jurídica que muy bien puede ser vista como el *inconsciente* freudiano; es decir, un orden normativo *a priori*: el orden que implica el habla humano, que rebasa las meras manifestaciones positivas del orden del lenguaje social y en cuya referencia metafórica el orden jurídico positivo alcanza el grado de objetividad necesario para poder ser, legítimamente, impuesto

¹⁶ LACAN. Jacques. *Escritos* 1. Siglo veintiuno editores. México. 2.001. p.p. 219-310.

¹⁷ RECASENS. Luis. *Compendio esquemático de la Teoría general del Estado de Hans Kelsen*. O.cit. p. 30.

mediante el ejercicio de la violencia llevada a cabo en nombre del grupo humano socialmente organizado.

V. LA EFICACIA DEL ORDEN JURÍDICO POSITIVO EN EL PENSAMIENTO KELSENIANO DE LA TEORÍA GENERAL DEL ESTADO

Le debemos al profesor Recasens Siches, y quizás en mayor medida a su colaborador el profesor Azcárate Florez, que haya llegado hasta nosotros la traducción al castellano del “Compendio esquemático de la Teoría General del Estado de Kelsen”. Esta obra, publicada en Barcelona el año 1.928, nos permite hoy rastrear en castellano, desde sus orígenes, la idea del concepto de *eficacia* de la norma jurídica que Kelsen se forjó y que hace referencia, más o menos, a los términos que he venido refiriendo.

Para el primer Kelsen la *eficacia* de la norma jurídica, distaba mucho del concepto que hoy tenemos de *eficacia* de la norma jurídica. En general, hoy tendemos a concebir la *eficacia* de la norma jurídica como un concepto explicativo aplicado a la sanción, al cumplimiento objetivo material de la norma jurídica.

Sin embargo, para el primer Kelsen la *eficacia* de la norma jurídica no se corresponde con el concepto de *validez* de la norma jurídica.

Así nos dice:

“No es propiamente la norma o el orden normativo, considerados en su validez específica, los que se manifiestan como eficaces o influyentes. Es *el hecho* de que los hombres se representan en la conciencia la norma u orden; y es precisamente *el hecho* de esta representación, lo que actúa induciéndoles a un comportamiento coincidente con la misma”.

La representación humana tiene, por tanto, en lo que se refiere al Derecho, por objeto o como contenido una norma jurídica; en consecuencia el acto psíquico que es soporte espiritual de la norma jurídica, es un puro hecho psicológico; puede funcionar como causa y como efecto, pues, se halla colocado en la esfera del ser humano, en tanto que esfera del ser natural.

En este sentido, nos dirá Kelsen, puede actuar o resultar *eficaz*; es decir, motivar la conducta del ser humano que adapta su comportamiento a la misma; por tanto que la norma jurídica es causa de dicho comportamiento.

Visto así, hay que distinguir de manera clara entre la norma que es válida o vigente conforme al orden político de su producción y la representación subjetiva de la misma; es decir, de aquella representación de la norma jurídica que actúa psicológicamente en la motivación de la conducta del sujeto y que constituye la verdadera *eficacia* de la norma jurídica.

Se hace preciso, pues, distinguir claramente entre estos dos aspectos de la norma jurídica: De una parte la validez o vigencia de la norma jurídica y de otra la *eficacia* de la norma jurídica. La primera afecta a la lógica de la Razón de la estructura de la voluntad legisladora. La segunda afecta a la lógica de la Razón de la estructura del sujeto hablante. Aquí es importante señalar que tanto la estructura de la voluntad legisladora, inductora de la conducta subjetiva, como la propia estructura actuante del sujeto hablante, pueden estar, respecto de la lógica de la Razón que rige en el orden de la representación de la construcción originaria de lo humano, en un ámbito de irracionalidad. Es decir, pasadas estructuras de voluntad legisladora pueden haber inducido órdenes de creencias subjetivos distorsionados, respecto del orden de la lógica de la Razón de la representación, cuyos contenidos subjetivos pretenden ser, a su vez, modificados por una nueva voluntad legisladora que también se aparta del orden de la lógica de la razón de la representación, produciendo con ello escenarios, subjetivos y sociales, altamente irracionales.

Lo anterior puede ser percibido si reconducimos la validez o vigencia de la norma jurídica al concepto de Derecho que habíamos retenido anteriormente consistente en la idea de que Derecho es un determinado sistema de valores, coactivamente impuesto a una sociedad humana por el grupo de individuos operativamente dominante dentro de esa sociedad.

Esta reconducción nos hace evidente diferentes cuestiones:

- 1ª) Que conforme a lo sostenido por Kelsen, el sistema de valores de un grupo dominante no puede ser, en ningún caso, confundido con la voluntad legisladora del Estado, pues ésta excede cualquier suma de voluntades individuales, aún cuando dicha suma integre

la totalidad de sumandos de una determinada sociedad humana. Es decir, la validez de una norma jurídica no puede ser reconducida a ninguna cuestión de número, pues, ésta deriva no de la lógica del número sino de la lógica de la letra.

- 2^a) Que el adueñamiento del lugar de la voluntad legisladora del Estado, por un determinado grupo social dominante, no puede servir de base explicativa para la *eficacia* de las normas emanadas desde dicho lugar, pues el adueñamiento, a título subjetivo (bajo la fórmula “somos los más”) de la voluntad legisladora del Estado clausura la metáfora explicativa en que está basada, para Kelsen, la “voluntad” del Estado.
- 3^a) Que una concepción jurídica del grupo dominante basada en el mero uso de la fuerza, sea esta física o psicológica, no puede dejar de producir una dinámica de enfrentamientos entre la voluntad del grupo dominante y las voluntades subjetivas de los individuos que integran la sociedad que se pretende normar. En definitiva que se pone en tensión la *validez* y la *eficacia* de la norma jurídica.

Por el contrario, si reconducimos la idea kelseniana de *eficacia* a la concepción de Derecho como imagen de la Ley que rige en la estructura del sujeto humano; es decir, la idea de Ley basada en la relación fija que liga y sujeta la lógica natural de una estructura biológica, el orden de la necesidad, al orden de la palabra, al orden del sentido que está siempre más allá del mero acto, entonces podemos percibir que cuando la voluntad legisladora se atiene al orden de la palabra la *validez* o vigencia de la norma jurídica alcanza los máximos grados de *eficacia*.

Por tanto, que en lo que se refiere al Derecho no se puede prescindir de la lógica de la Razón que entraña el uso de la palabra. Lógica de la Razón del uso de la palabra que se impone a toda voluntad legisladora por la vía de hacer ineficaces los contenidos normativos promulgados que, a la larga, terminan por hacer inválidas o desusadas las normas jurídicas promulgadas.

Este fenómeno social de la *anomia* se puede percibir en una ingente cantidad de normas jurídicamente válidas y vigentes y que, sin embargo, son absolutamente ineficaces, pues los destinatarios no las ponen, mayo-

ritariamente en práctica, ni los jueces se atreven a aplicarlas por el descrédito social (falta de adecuación al orden de creencias) que impera en los individuos humanos de una determinada sociedad). En definitiva, supone, como afirma Durkheim¹⁸, la ausencia del equilibrio entre el sistema de valores y el sistema normalizado de las conductas individuales, situación, que, también, como sostiene Merton¹⁹, no siempre es producida por el orden de creencias que rige en una sociedad humana, sino que, a veces, es producida por la propia acción de la voluntad legisladora, cuando no se adecuan los fines propuestos por una sociedad y los medios puestos a disposición de sus individuos para su consecución.

VI. MÁS ALLÁ DEL PRIMER KELSEN: LA EFICIENCIA Y LA EFECTIVIDAD DE LA NORMA JURÍDICA

En los textos de Kelsen, comprendidos entre 1.910 y 1.935, no se encuentra el uso de las palabras *eficiencia* y *efectividad* de la norma jurídica. La única referencia que efectúa Kelsen, como ya hemos visto, es al término *eficacia*, lo que hace suponer que dichos conceptos, al menos

¹⁸ DURKHEIM, Émile. (1.858-1.917) Es uno de los principales creadores de la sociología moderna. Fundador la primera revista dedicada a la sociología, con la cuál también se identifica al grupo de estudiosos que desarrolló su programa de investigación sociológica. La cita del texto está tomada del *Dictionnaire encyclopédique de théorie et sociologie du droit*. Librairie general de droit et de jurisprudence. Paris. 1.993. p. 32.

¹⁹ MERTON, Robert. (1.910-2-003, su nombre de nacimiento fue Meyer Schkolnickzó) Nacido en el seno de una familia judía emigrada a EE.UU desde el este de Europa En América junto a Talcott Parsons desarrolló la "Teoría sociológica estructural-funcionalista" que privilegia un análisis microscópico de la sociedad, analizando las partes que la integran y las diferentes relaciones entre ellas. Para Merton, la sociedad es un sistema que está constituido por una estructura que permanece en el tiempo, siendo un sistema o conjunto de elementos interdependientes, en equilibrio y que tienen la posibilidad de crecer. Los elementos que integran el sistema son subsistemas interdependientes, que cumplen funciones sociales necesarias para el funcionamiento, regularidad y estabilidad de todo el sistema. Cada subsistema cumple una función. Si cumple con sus objetivos se le denomina funcional, y, en caso contrario, disfuncional. Merton considera a la estructura como un sistema de relaciones relativamente estables entre las partes de un conjunto, y la estabilidad deriva de la permanencia de los actos sociales más allá de las personas. La cita del texto está tomada del *Dictionnaire encyclopédique de théorie et sociologie du droit*. O. cit. p. 32.

en el periodo de tiempo que he tomado como base de este trabajo, fueron ajenos al pensamiento de Kelsen.

Sin embargo, no podemos dejar de señalar que la concepción kelseniana de la *eficacia* de la norma jurídica nos permite aventurarnos en el campo de la sociología jurídica a fin de efectuar un pequeño recorrido por los conceptos de *eficiencia* y *efectividad*, tal y como hoy día son sostenidos por la Sociología jurídica, para ver si, ésta, sostiene dichos conceptos de manera compatible a como Kelsen sostuvo la *eficacia* jurídica, o si por el contrario bajo los actuales conceptos sociológicos de *eficiencia* y *efectividad* de la norma jurídica se camuflan técnicas de colonización del Derecho llevadas a cabo por la Sociología, la Psicología e incluso la Medicina.

En el ámbito de la sociología jurídica continental europea, al menos en la que ha seguido la línea marcada por Durkheim, el término de *eficiencia* es absolutamente ajeno a la reflexión llevada a cabo, no apareciendo el término *eficiencia* en ninguno de los diccionarios enciclopédicos de teoría y sociología del derecho que he consultado.

En mi criterio, el término de *eficiencia*, referido a la norma jurídica, se recepciona en España a través del término inglés de *efficiency*, que reduce la observación de la sociedad humana al análisis de la gestión científico/tecnológica que el propio Poder político lleva a cabo. Se trata, por tanto de una observación que es llevada a cabo desde dentro del propio texto jurídico; desde la concepción del Derecho como una herramienta, siempre científica y tecnológicamente perfeccionable con la que se quiere conseguir la inducción de determinadas conductas subjetivas en el grupo social humano en el que se manipula con dicha herramienta.

En cualquier caso, el análisis de la herramienta de trabajo del Poder político concebida como un instrumento estructuralmente activo en el interior de la economía del texto jurídico que se sostiene como *válido* y *vigente* en una sociedad, no puede producir la idea de comprensión de lo subjetivo ni de lo social, pues lo subjetivo y lo social humano no responde a las particulares y contingentes técnicas constructivas de ningún gestor humano. En consecuencia, concebido el Derecho como una herramienta de trabajo del Poder político, el análisis de tal herramienta no puede, estrictamente, tener ningún sentido en la comprensión de lo

social humano. A lo sumo puede, mediante grandes campañas de publicidad, promocionar la creencia colectiva en la simple idea de un gestor Público eficiente.

En consecuencia con lo anterior, la propagación del concepto de *eficiencia* de la norma jurídica forma parte de los sistemas de creencias puestos en uso social por el actual sistema político de Occidente para promocionar la visión colectiva de una imagen que convierte, no a la norma jurídica, sino al propio Poder político en “gestor eficiente”; es decir, a hacer creer a los individuos que las normas de comportamiento que induce la voluntad legislatadora son instrumentos políticos para alcanzar la felicidad trascendente en la Tierra. En definitiva, que el actual Poder político se ocupa de crear “eficientemente” instrumentos que sirven, imaginariamente, a la realización de nuestros deseos. En definitiva, hablar jurídicamente de *eficiencia* de las reglas del Derecho, como ya he dicho, carece absolutamente de sentido.

Por su parte el término de *efectividad*, del latín *effectivus*, en el sentido de lo activo, lo que produce, es el método que permite medir el grado de realización, en las prácticas sociales, de las reglas enunciadas por el Derecho.

El término de *efectividad* es inseparable de su contrario: *inefectividad*. Los dos se refieren a la posibilidad de medir la separación existente entre el Derecho en vigor y la realidad social considerada como ordenada. Se trata, pues, de un concepto de evaluación de la recepción y puesta en uso social de las normas jurídicas. El concepto de *efectividad* y de *inefectividad* tuvo, en sus orígenes, una función crítica desde la perspectiva dogmática y reedificó, en este sentido, plenamente, la sociología jurídica. Por el contrario, la actual banalización de su uso ha contribuido a introducir y difundir aproximaciones del sesgo del comportamiento subjetivo dentro del análisis de los fenómenos jurídicos. Aquí podemos encontrar la razón por la cuál, desde hace mucho tiempo, el estudio de las formas de aplicación del Derecho ha desembocado, inexorablemente, en un discurso amenazante para la visión reguladora del mismo, discurso que, además, se ha construido con claros desconocimientos y fuerte resistencia a la concretización social del Derecho.

Jean Carbonnier²⁰, en un artículo de 1.958, citando como fuente de su trabajo a Geiger²¹, asegura la paternidad del concepto al pensamiento francés, en la línea de continuación del pensamiento durkhemiano que considera siempre el análisis del par legislación y estado social, y se pregunta por el grado de modificación del Derecho a través, precisamente, de la práctica de la *desuetudo* y que responde a la antigua cuestión de si la Sociedad humana puede o no puede modificar la estructura originaria del Derecho; es decir, a aquella estructura jurídica que originariamente sujeta, a través de sus sucesivas representaciones, al ser humano con la lógica de la Razón que lo construye como tal ser humano.

Se trata por tanto, de que los juristas podamos concretar la necesidad de retomar la medición de la *eficacia* del Derecho, a través del análisis de su *efectividad* social. Claro está, que para los defensores de la *eficiencia*, más preocupados en ganar votos legitimadores de sus privilegiados puestos de gestores sociales, no sea del todo motivador que la sociedad occidental termine tomando conciencia de cuáles son los caminos por los que está siendo conducida, al punto de que, en un breve plazo y si no cambian las cosas en Occidente, el ciudadano euro americano y a través

20 CARBONNIER, Jean. (1.908-2.003) Jurista francés que contribuyó, notablemente, desde la década de 1950 al desarrollo de la sociología del derecho como disciplina particular en la enseñanza y en la investigación universitaria. Creó, en 1.968, el *Laboratoire de sociologie juridique* en la Universidad Paris II, institucionalizando un marco de investigación que consideraba indispensable para las reformas legislativas en curso y dirigió durante quince años el comité directivo de la revista *Année sociologique*. En 1972 publicó *Sociologie juridique*, obra que ha servido como cuadro pedagógico para la disciplina y que ha sido utilizada por generaciones de estudiantes y de investigadores. La tercera edición actualizada de esta obra da cuenta de la permanente preocupación de su autor por la evolución de la disciplina y las publicaciones recientes. La cita del texto está tomada del *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*. O. cit. p. 218.

21 CARBONNIER, Jean. (1.908-2.003) Jurista francés que contribuyó, notablemente, desde la década de 1950 al desarrollo de la sociología del derecho como disciplina particular en la enseñanza y en la investigación universitaria. Creó, en 1.968, el *Laboratoire de sociologie juridique* en la Universidad Paris II, institucionalizando un marco de investigación que consideraba indispensable para las reformas legislativas en curso y dirigió durante quince años el comité directivo de la revista *Année sociologique*. En 1972 publicó *Sociologie juridique*, obra que ha servido como cuadro pedagógico para la disciplina y que ha sido utilizada por generaciones de estudiantes y de investigadores. La tercera edición actualizada de esta obra da cuenta de la permanente preocupación de su autor por la evolución de la disciplina y las publicaciones recientes. La cita del texto está tomada del *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*. O. cit. p. 218.

de ellos la totalidad de la población mundial, corren el peligro de dejar de nacer, vivir y morir a la forma humana; es decir, bajo la protección de la lógica que rige el *ius civile* que inspiró, en el Occidente europeo, la idea de Derecho; lógica que habrá sido, pura y simplemente, convertida en el irracional discurso de los adoradores del becerro de oro que clamaban en el desierto del Sinaí contra la Ley de Dios.

LA PRETENDIDA EFICACIA DE LAS SANCIONES

MARÍA JOSÉ FALCÓN Y TELLA

Profesora Titular de Filosofía del Derecho U.C.M
Directora del Instituto de Derechos Humanos. U.C.M

Resumen: En el presente artículo se estudia el tema de la eficacia de las sanciones penales, poniéndolo en relación con conceptos afines como la efectividad y la eficiencia, que no son exactamente equivalentes. Se alude también a la legitimidad y la validez de las sanciones. Con ello se analiza el problema desde la triple dimensión de los valores, las normas y los hechos.

Palabras clave: Sanción, legitimidad, validez, eficacia, valores, normas, hechos.

Abstract: In this paper, we study the issue of the efficacy of punishment, in relation with the related concepts of its effectiveness and efficiency. We also study the topics of legitimacy and validity of sanctions. So we see the problem from the three-dimensional perspective of values, norms and facts.

Keywords: Punishment, legitimacy, validity, effectiveness, values, norms, facts.

I. DISTINCIÓN CONCEPTUAL ENTRE LOS TÉRMINOS LEGITIMIDAD, VALIDEZ, EFICACIA, EFECTIVIDAD Y EFICIENCIA

Las discusiones terminológicas envuelven a menudo cuestiones conceptuales de fondo. Por eso no está de más, a modo de introducción,

realizar una clarificación conceptual en relación con tres nociones que no son equivalentes y, sin embargo, pocos utilizan correctamente. Nos referimos a las ideas de eficacia, efectividad y eficiencia. Las tres se incardinan en el plano de los hechos, frente a nociones también relacionadas como las de validez y legitimidad.

Pese a que cada uno de los autores que se han ocupado del tema ha propuesto un concepto y una terminología no siempre coincidentes, sí puede, sin embargo, encontrarse un denominador común a todas las teorías existentes en la materia.

- La LEGITIMIDAD. Una norma es *legítima* cuando posee un contenido conforme a los ideales de justicia.

- La VALIDEZ. Por su parte, se dice que una norma es *válida* cuando pertenece a un determinado ordenamiento jurídico por haber sido producida por el órgano competente para ello y con arreglo al procedimiento regular previsto por el propio ordenamiento.

- La EFICACIA. Por último, la *eficacia* se predica de aquella disposición jurídica que es obedecida en la práctica por los ciudadanos y los tribunales.

Cada una de estas tres nociones –legitimidad, validez y eficacia– se encuadra en el tridimensionalismo respectivamente en el plano de los valores, las normas y los hechos.

- LA EFECTIVIDAD. Centrándonos en el concepto que nos interesa –la eficacia–, conviene distinguirla de la *efectividad*. Aunque a primera vista esta noción corresponda con la eficacia, sin embargo, como ponen de manifiesto algunos autores, en sentido técnico no son términos exactamente equivalentes. Cabe decir que la “efectividad” del Derecho es la condición necesaria, pero no suficiente, de su “eficacia”. La efectividad tendría un cariz formal o técnico. Bastaría con que se “cumpla” la norma jurídica. En cambio la esencia de la eficacia sería de carácter material, pues va más allá, a que se «logre el fin» perseguido por la misma. Así, por ejemplo, el cumplimiento efectivo, incluso al cien por cien, de una ley en materia de inflación puede, sin embargo, no acabar con ésta y continuar la situación de crisis económica que a través de dicha ley se trataba de evitar. Lo mismo podría predicarse de un precepto jurídico que prohíba el ejercicio público de la prostitución. Aunque técnicamente cumplido, probablemente no conseguirá la erradicación de la misma de una de-

terminada sociedad, que sería el fin en última instancia perseguido. En ambos casos las normas que luchan contra la inflación o la prostitución son formalmente observadas, son efectivas, pero no consiguen el fin materialmente perseguido. Son ineficaces.

- La EFICIENCIA. También podrían señalarse algunas notas distintivas entre los conceptos de efectividad y *eficiencia*. Se dice que mientras aquella es una noción de carácter marcadamente jurídico, ésta tiene un matiz político-económico. No obstante, ambas nociones se encuentran relacionadas. La eficiencia de la Sociedad es un presupuesto de la efectividad, elevada a criterio jurídico.

II. ¿SON LEGÍTIMAS, VÁLIDAS, EFICACES, EFECTIVAS Y EFICIENTES LAS SANCIONES PENALES?

La principal sanción jurídica es la pena. Sin embargo, ésta no es sino una manifestación secundaria de la coactividad. Supone el fracaso de la forma normal y primaria de la misma, la cual consistiría en la imposición a todo trance de la conducta debida o el impedimento a toda costa de la conducta prohibida. Además, la pena no existe en todas las parcelas del ordenamiento jurídico. Solamente actúa en el Derecho penal, en las correcciones administrativas o en las cláusulas penales de determinados contratos. A continuación se va a ver si son legítimas, válidas, eficaces, efectivas y eficientes los principales tipos de penas, comparándolas con el otro gran modelo de sanción, que cada día le gana terreno, la medida de seguridad. El concepto de pena es el tradicional y no plantea mayores problemas. Serían penas, entre otras, la privativa de libertad –prisión–, la capital –o de muerte– y las penas pecuniarias –multas–. Cada una de ellas priva de un bien: la libertad, la vida o la propiedad. Mayor novedad presenta el concepto de medida de seguridad. Como ejemplos podríamos citar el internamiento en un centro psiquiátrico o de rehabilitación especial, la prohibición de abandonar el territorio nacional, o la confiscación del carné de conducir o del permiso de armas.

2.1. Las penas

2.1.1. *La pena capital*

- Su LEGITIMIDAD. El tema de la legitimidad o no de la pena capital nos lleva a enlazar con el argumento tradicional *cristiano*, tan próximo al pensamiento occidental, de la *dignidad* del hombre, como valor básico, y con la vida como bien sagrado del que no cabe disponer al ser humano, sino sólo a Dios. Se insiste en la idea de que no resulta en absoluto superfluo preocuparse por la vida de *un* hombre pese a que a diario la *Humanidad* entera se halle inmersa en desastres naturales, hecatombes bélicas y hambrunas, puesto que no se trata de un problema cuantitativo, sino cualitativo: la vida de un solo hombre ya merece respeto.

¿Cómo podemos castigar, por ejemplo, el asesinato, matando nosotros a su vez al asesino, que no es sino otra persona? Se dice: el asesino fue el que empezó. Pero esto nos es suficiente. El mal no se soluciona con otro mal en sentido contrario, sino solo con el bien.

Además hay que tener en cuenta lo inmoral y el morboso atractivo que la contemplación de la pena capital resulta para algunos, o lo criminoso y amoral de la existencia de una figura como el *verdugo*, históricamente estigmatizado, por pensadores como Unamuno, como la tacha más grave, como alguien que termina acostumbrándose a matar y, lo que es peor, ya no siente nada al hacerlo.¹

¹ BARBERO SANTOS, Marino, "Postulados político-criminales del sistema punitivo español vigente: presupuesto para su reforma", en *Nuevo Pensamiento*, 1975. *Pena de muerte: (el ocaso de un mito)*, De Palma, Buenos Aires, 1985. AMNESTY INTERNATIONAL, *United States of America: The Death Penalty*, Amnesty International Publications, London, 1987. BEDAU, Hugo Adam, *Death is Different: Studies in the Morality, Law and Politics of Capital Punishment*, Northeastern University Press, Boston, 1987. BEDAU, Hugo Adam (ed.), *The Death Penalty in America; an Anthology*, Anchor Books, Garden City, N.Y., 1964. CLAY, William L., *To Kill or not to Kill: Thoughts on Capital Punishment*. Editado por Michael y Mary Burgess, 1ª ed., Borgo Press, San Bernardino, California, 1990. SORELL, Tom, *Moral Theory and Capital Punishment*, B. Blackwell en asociación con la Open University, Oxford, U.K. - New York, USA, 1988. SUBRAMANYAN, Karattoluvu Ganapati (1903-), *Can the State Kill its Citizen?* Introducción de S. Mohan Kumarangalam, Madras Law Journal Office, Madras, 1969.

- Su VALIDEZ. El origen de la pena capital se remonta a la noche de los tiempos. Ya existen representaciones de ejecuciones capitales en pinturas rupestres. En la evolución de la pena de muerte pueden distinguirse dos etapas netamente diferenciadas. Una de ellas es el período anterior al *siglo XVIII*, en el que se manifiestan favorables a ella la generalidad de las mentes preclaras –Sócrates, Platón, Santo Tomás de Aquino, Erasmo, Lutero, Goethe, Kant, ...–. Es en el *siglo XVIII* –Siglo de las Luces, de la Ilustración– cuando comienza a cobrar auge una corriente crítica contra la pena de muerte, que dará origen al *movimiento abolicionista*.² Es la época de las utopías –*La nueva Atlántida* de Bacon o *La ciudad del sol* de Campanella–. Como consecuencia de ello se produce una disminución en su aplicación, así como una relativa humanización y racionalización de la misma, con la incorporación de la guillotina como método de ejecución y la supresión de las torturas. La pena de muerte deja de ser la pena fundamental, papel que pasa a ocupar la pena privativa de libertad.

Por tanto puede decirse que durante siglos –hasta el Iluminismo– la validez de esta sanción estuvo reconocida. Pero es que, todavía en la actualidad, hay países que la admiten, ya *de iure*, ya *de facto*, en sus legislaciones penales, incluso Estados democráticos –piénsese en algunos Estados de EEUU, que la aplican–. Sin embargo, en cualquier caso, la tendencia es a suprimirla. El papel de pena reina que ocupó durante siglos ha cedido su corona a la pena privativa de libertad.

Además el que algo haya sido siempre de un modo –argumento histórico– es un fundamento poco convincente. Precisamente insistiendo en su antigüedad y gran arraigo en las distintas etapas y períodos históricos,

² Este movimiento abolicionista estuvo capitaneado por las voces de pensadores como Cesare Beccaria, marqués de (1738-1794), en su obra clásica *Dei delitti e delle pene: con una raccolta di lettere e documenti relativi alla nascita dell'opera e alla sua fortuna nell'Europa del Settecento*. A cura di Franco Venturi, 1ª ed. en la NUE nuova serie, G. Einaudi, Torino, 1978. Hay trad. al castellano de J. A. de las Casas, Alianza Ed., Madrid 1968; y traducción, introducción y notas de Francisco Tomás y Valiente, en Ed. Aguilar, Madrid, 1969. BENTHAM, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1ª ed. London, 1789; Clarendon Press, Oxford, 1823; ed. por H. L. A. Hart – J. H. Burns, London, 1970. Recientemente, ver BIANCHI, Herman –VAN SWANINGEN, René. Con contribuciones de Elisabeth BARKER (y otros), *Abolitionism, Towards a Non Repressive Approach to Crime: Proceedings of the Second International Conference on Prison Abolition*, Free University Press, Amsterdam, 1986. RODIÈRE, Michèle, *L'abolition de la peine de mort*, Documentation Française, Paris, 1987. SELLIN, Thorsten, *Capital Punishment*, New York, 1967.

algunos se manifiestan a favor de ella. Si ha existido desde siempre por algo será, parecen querer decir sus defensores. Pero todo argumento tiene su contra-argumento, a saber, que la justicia de una institución no depende de su antigüedad, que no se trata de un problema cuantitativo, sino cualitativo y, por otra parte, que la historia de la pena es en muchas de sus páginas tan deshonrosa para la Humanidad como la de los delitos. Hasta Galileo, Copérnico y Kepler se creía que el Sol giraba en torno a la Tierra y no a la inversa. ¿Deberíamos por ello seguir creyéndolo nosotros? Además, en el momento actual la pena de muerte es anacrónica, aunque aún existan Derechos Penales en el mundo que la permitan.

- Su EFICACIA. Un tercer elemento a tener en cuenta, que es importante destacar en este trabajo, puesto que entronca directamente con el tema del mismo —el de la eficacia de la sanción penal—, tiene que ver con si a través de la misma se cumple su pretendida finalidad intimidante —de prevención general—, preventiva especial, utilitaria y retributiva.³

Aunque a primera vista podría parecer que la pena de muerte *intimida* al futuro delincuente, y mucho, puesto que priva del bien máximo, la vida, este aparente argumento a favor de la misma es desmentido por los datos estadísticos. Éstos demuestran que la pena de muerte no intimida a quienes son sus destinatarios principales, a los dos grupos de delincuentes a los que suele aplicarse: los asesinos y los delincuentes políticos. No intimida a los asesinos puesto que un 25% se suicidan después de cometido el crimen —inútil intimidarles con la muerte, pues—, un 50% son delincuentes pasionales —que actúan en una situación sin salida, sin pararse a reflexionar sobre la pena que se les impondrá—, y el resto o son psicópatas —incapaces de sentir la presión psicológica de la pena— o son profesionales —que la contemplan como un gaje del oficio, a modo de riesgo profesional—. Por lo que se refiere a los delitos políticos, y principalmente en los casos de terroristas, está comprobado que la pena de muerte lo único que produce respecto a ellos es un efecto glorificador, que les eleva a los ojos de algunos a la condición de auténticos mártires que se inmolan por una patria mejor.

¿Qué decir en relación con la eficacia *preventiva general*? Ésta es también cuestionable. Baste pensar en la última ejecución capital en

³ Sobre el tema, EHRLICH, Isaac, “The Deterrent Effect of Capital Punishment. A Question of Life and Death”, en *Am. Ec. Rev.*, 65, 1975, pp. 397-417.

España, el 27 de septiembre de 1975, y la inmediata reacción en forma de atentados posteriores.

El logro del fin *utilitario* también admite algunas consideraciones. ¿Es útil para la seguridad de los ciudadanos la pena de muerte? Podría parecer que sí, pero tal respuesta supone equiparar al hombre a un animal dañino –el criminal nato, *l'uomo delinquente* del que hablara Garofalo–, frente a su consideración como un ser susceptible de mejora, en la línea cristiana occidental. Una cosa es que el delincuente no haya sido aún corregido y otra, muy distinta, que sea incorregible. Se produce además la paradoja de querer proteger la vida de los hombres matando a algunos de ellos.

En cuanto al argumento *retributivo*, talionar, expiatorio –“ojo por ojo, diente por diente”, “que el que la hace la pague”– del imperativo categórico kantiano, de que la pena capital sirve por lo menos para compensar o expiar un mal con otro mal, el mismo no es aplicable tampoco a todo tipo de delitos –es imposible en la rebelión o en la violación de sepulturas, por ejemplo–; prescinde de instituciones modernas como el arrepentimiento espontáneo, el indulto o la prescripción; olvida que muchas veces el delincuente al actuar no es libre, sino que está en gran medida predeterminado a delinquir por factores genéticos, familiares y sociales de distinto tipo; e ignora que el mal sólo se repara ontológicamente con el bien.

- Su EFECTIVIDAD. Por lo que respecta a la efectividad, es decir, al cumplimiento técnico de la ley, existe un inconveniente: la posibilidad de *errores judiciales irreparables*. Los casos de Juana de Arco, Jesucristo, el matrimonio Rosenberg –acusado de revelar los secretos de la bomba atómica– o Saco y Vanzetti –castigados por propagar la peste de Milán en Norteamérica–, son algunos de los muchos supuestos en los que un inocente ha pagado con su vida por un crimen que no había cometido, errores judiciales que además tienen la agravante de ser irreparables: a nadie puede devolverse la vida

- Su EFICIENCIA. En fin, en relación con la eficiencia y la correlación costes-beneficios, a lo anterior hay que añadir una serie de argumentos *prácticos* de variada índole, algunos obviamente irracionales, como que la pena capital es más barata que la prisión, o el riesgo que en ésta se corre de evasión, o que la prisión puede resultar, llegado el caso, más afflictiva incluso que la privación de la vida.

2.1.2. *La pena privativa de libertad*

- Su LEGITIMIDAD. A continuación realizaremos una serie de consideraciones que cuestionan la pretendida legitimidad o justicia de la pena privativa de libertad. Una cosa es que sea el remedio menos malo existente, un mal menor, y otra que sea buena; una cosa es que sea excusable, otra que esté justificada.

La privación de libertad acentúa la teoría de la *diferenciación entre buenos y malos*. Las producciones dramáticas tradicionales tienden a perpetuar esta idea simplista de que hay buenos a un lado y malos al otro, cuando lo cierto es un enfoque mucho más matizado de las personas y de las situaciones, que resultan mucho más *complejas* de lo que esta dicotomía parece dar a entender. En realidad todos podemos ser buenos y malos a la vez, según el momento. El arte, la literatura y el cine contemporáneos se esfuerzan por mostrar la complejidad de lo real y lo falaz de los *discursos en blanco y negro*.

A menudo se condena a penas de prisión, a veces muy largas, *en pocos minutos*, sobre la base de un simple atestado de la policía. ¿Tienen el sentimiento de haber sido juzgados bien todos aquellos hombres, jóvenes en su mayor parte, a menudo inmigrantes, culpables sobre todo de carcer de contactos sociales? ¿Y aquellos otros, entre los cuales se cuentan inculpados, inocentes o no, que pasan largos meses en *prisión preventiva* antes de que se inicien sus procesos? ¿Se han sentido protegidos de los peligros de los cuales nuestras leyes pretenden preservarnos o han tenido más bien la sensación de haber caído en una trampa aquellos conductores que, debido a una simple respuesta vehemente a un gendarme se han visto llevados ante un tribunal correccional por ultraje a un agente de la fuerza pública? Bastan estos ejemplos para poner de manifiesto el *carácter a menudo ciego de la maquinaria estatal*.

Esforcémonos ahora un instante en imaginar e interiorizar lo que es el encierro en la prisión. Olvidémonos por un momento del punto de vista puramente abstracto desde el cual se nos ha enseñado a pensar en la prisión –al poner en primer lugar el orden, la seguridad pública, el interés general, la defensa de los valores sociales, etc.– No es poco privar a alguien de su libertad. Es un mal extremadamente penoso el estar encerrado, el no poder ir y venir a donde nos plazca, el no estar al aire libre, el no encontrar a nuestros conocidos. Se trata de un contrasentido,

que choca con la personalidad y la sociabilidad humanas, el imponer un sufrimiento estéril.

Además hay muy pocos absolutos en este mundo. La *relatividad* impregna casi todas las parcelas de la vida cotidiana. Hechos como la homosexualidad, la drogadicción o la bigamia son punibles en determinados países y no en otros. Conductas como la blasfemia, la brujería o la tentativa de suicidio fueron punibles en el pasado y no lo son ya. Se pone en evidencia la relatividad del concepto de infracción, el cual *varía en el tiempo y en el espacio*, de manera que lo delictivo ayer puede no serlo hoy y lo aceptable en un contexto no serlo en otro. Por el hecho de haber nacido en tal lugar y no en otro, o en tal época y no en otra, se es merecedor de encarcelamiento.⁴

La necesidad de encontrar siempre un culpable —*el culpable necesario*—, de encontrar a alguien contra quien poner en marcha el mecanismo legal y condenar, a modo de chivo expiatorio, pasa por alto la posible parte de culpa que en el hecho delictivo y en el delincuente haya tenido su entorno, educación, carencias económicas y familiares. La cosmología del castigo implica la existencia de un punto absoluto —un Dios omnipotente y omnisciente—, idea ésta hija de la Escolástica y de una justicia heredada de la *Teología del juicio final*.

- Su VALIDEZ. La validez de la pena privativa de libertad es hoy indiscutible, contemplándose en la generalidad de los sistemas jurídicos. Como dijimos, desde el siglo XVIII este tipo de sanción ha desbancado a la pena capital. Aunque la prisión está hoy en crisis, de igual modo que se encuentran en crisis las medidas reeducadoras y de reinserción social, pese a todo no parece posible ni oportuno prescindir por el momento completamente de ella.⁵

No obstante, sí podrían señalarse unas *exigencias* que la pena de prisión tiene que cumplir en el Derecho penal moderno para ser válida: su uso económico, a modo de *ultima ratio*, de *extrema ratio*; la consideración de que estar privado de libertad no debe significar que el condenado carezca de todos los derechos individuales que un Estado social y democrático de Derecho reconoce. Al igual que la pena capital ya no

⁴ Ver IVisON, Duncan, “Justifying Punishment in Intercultural Contexts: Whose Norms? Which Values?”, en MATRAVERS, Matt (ed.), *Punishment and Political Theory*, pp. 88-108.

⁵ DODGE, Calvert R., *A World Without Prisons: Alternatives to Incarceration throughout the World*, Lexington Books, Lexington, Mass., 1979.

es usada con crueldad, pues bastante crueldad hay de por sí en privar de la vida para acompañar además esta acción de otros aditamentos, del mismo modo la prisión debe limitarse a ser la privación de la libertad, pero *no la privación de todo derecho*.⁶ Finalmente hay que señalar la loable *tendencia moderna al acortamiento* de las penas de prisión y la prohibición de la cadena perpetua –salvo en algunos casos en que podría estar indicada, como el terrorismo–, así como la tendencia actual a la sustitución de la pena privativa de libertad por otras opciones menos afflictivas, como las multas.⁷

- Su EFICACIA. ¿Y qué decir del *estigma* que en gran número de casos la experiencia del proceso y el encarcelamiento posterior producen en los condenados, sin olvidar el rechazo social tras el cumplimiento de la pena, todo lo cual puede determinar en el sujeto activo del delito la percepción de sí mismo como un ser realmente desviado e impulsarle a vivir conforme a esa imagen, como si estuviera situado al margen de la ley? Términos tales como “delincuente” o similares implican ya una carga emotiva desfavorable, un *juicio peyorativo*. La exclusión que la pena provoca se ve claramente en el caso de los *junkies* –nombre que se da a las personas que se drogan con heroína–, que querían ver castigado el comportamiento de los que venden la droga y decían: “no es a nosotros, es a los traficantes a quienes hay que perseguir...”. *Para escapar del rechazo, se adherían al rechazo de otros*. Para poder vivir impunemente a su manera, se situaban ellos mismos en el lado bueno y aceptaban la idea de la existencia de un lado malo al cual otros pertenecerían.

El sistema penal tiene efectos totalmente contrarios a los que quisiera obtener cierto discurso oficial que pretende alcanzar la enmienda del condenado. Lo que realmente se obtiene es que el sistema endurezca al reo en sus relaciones con el orden social al cual se le quiere reincorporar, con lo que se hace de él *una nueva víctima*. Por todo lo anterior algunos pensadores abolicionistas, como Louk Hulsman, se preguntan: ¿Por qué

⁶ MORILLAS CUEVA, LORENZO, *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 48-51. Ver también PINATEL, “Le traitement des délinquants”, en *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1964. “La prison, peut-elle être transformée en institution de traitement?”, en *Annales Internationales de Criminologie*, 1969. PERROT, Michèle (ed.), *L'impossible prison*, Seuil, Paris, 1980.

⁷ MAPELLI CAFFARENA, BOJJA-TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Civitas, Madrid, 1996, p. 20.

no podrían asimilarse a una catástrofe natural –relegándose al *ámbito de lo accidental*, desde el punto de vista de las pérdidas materiales sufridas– algunos acontecimientos *catastróficos* o gravemente dañinos que en la actualidad se atribuyen a personas determinadas? ¿No cabría recurrir a las reglas *civiles* de la indemnización que ya se aplican en muchos ámbitos en los cuales no se acude a ese concepto ambiguo que es la *culpabilidad*?

El 14 de mayo de 1981 el Papa Juan Pablo II fue alcanzado en el vientre por tres balas de revólver. El domingo siguiente –día en que cumplía 61 años– dirigió a los fieles que se habían congregado a orar en la Plaza de San Pedro de Roma, desde la clínica donde estaba convaleciente, un corto mensaje en el cual decía: “ruego por él *hermano* que me ha herido y al que sinceramente he perdonado”. Ni la prensa ordinaria ni la radio repitieron estos términos. Se pudo leer y escuchar: El Santo Padre ha perdonado a su *adversario*; Juan Pablo II ha perdonado al *homicida*... La palabra hermano era demasiado sorprendente e incomoda para ser reproducida en tales circunstancias. Era necesario encasillar el acontecimiento con la etiqueta habitual al uso. Era una tentativa de asesinato y no se llama hermano a un asesino. Era, sin embargo, esta palabra la que el Papa había buscado intencionadamente, evitando definirse como víctima frente a un agresor, situándose así en *otro universo* distinto al de la justicia criminal.⁸

Sainz Cantero señala una serie de factores motivadores del fracaso de la pena privativa de libertad. Entre ellos destacamos los siguientes: a.– Que la misma *ni intimida* a la generalidad de los delincuentes –precisamente los más peligrosos y habituales se han acostumbrado a sufrirla–, *ni tampoco corrige*; b.- El *abuso* que, desde su invención como pena, se ha hecho de la privación de libertad; c.- El hecho de que la sociedad *desconfía* del que sale de la cárcel.⁹

A los anteriores hay que sumar como argumentos en contra de la pena privativa de libertad que es perturbadora y *estigmatizadora* para el sujeto y para la familia y demasiado *costosa* para la sociedad, así como

⁸ HULSMAN, Louk - BERNAT DE CELIS, J., *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, Ariel, Barcelona, 1984, pp. 44-80.

⁹ SAINZ CANTERO, José Antonio, “La sustitución de la pena de privación de libertad”, en *Estudios Penales II. La reforma penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1978, pp. 221 y ss. ROTHMAN, D., “Prisons: The Failure Model”, en *The Nation*, 21 de diciembre de 1974.

lo insoportable del coste económico de la gestión carcelaria y la ingobernabilidad de las cárceles.¹⁰

Por otro lado, la prisión somete al individuo a un terrible aislamiento que destruye su *sociabilidad*;¹¹ reduce al condenado a una *inmovilidad* que es difícilmente soportable para algunos sujetos muy activos; priva al delincuente de su *actividad sexual* normal, privación que se extiende a su cónyuge y que le impulsa dentro de la prisión al ejercicio de prácticas homosexuales; a menudo genera un recuerdo de la cárcel o *psicosis carcelaria*, cuyos efectos y secuelas psíquicas pueden durar toda la vida; a nivel *familiar* afecta al preso y a sus parientes más próximos por la privación de su compañía, destruyendo a menudo la unidad conyugal; la cárcel termina siendo *escuela de delincuentes*.¹²

Pero no todos son elementos negativos en la pena privativa de libertad. La pena de prisión es todavía necesaria para neutralizar a los individuos peligrosos que amenazan a la comunidad y la seguridad de los ciudadanos. En la actualidad es difícil hacer realidad la supresión de la pena privativa de libertad, al menos a corto plazo. Podría decirse que es un mal, pero un *mal menor*, que cumple una función social hoy por hoy no cubierta por otras instituciones.¹³

- Su EFECTIVIDAD. Existe una gran cantidad de hechos legalmente punibles que el sistema ignora o descuida. Es la llamada *cifra oscura* de la criminalidad. Esto quiere decir que el sistema penal, lejos de funcionar

¹⁰ Sobre la prisión destaca el análisis de NORMANDEU, André, “Halte à la croissance des prisons !”, en *Revue de Droit Penal et de Criminologie*, 1977. “Le mythe de la réhabilitation”, en *Revue de Droit Penale et de Criminologie*, 1978.

¹¹ PRICE-LAPEDIS, “Jail Inmates Also Are People Who Need People”, en *Federal Probation*, septiembre 1965.

¹² SAINZ CANTERO, José Antonio, “La sustitución de la pena de privación de libertad”, *cit.*, p. 227. AMATO, Nicolò, *Diritto, delitto, carcere*, Giuffrè, Milano, 1987. *Nueva defensa social*, Buenos Aires, 1961. ANCEL, Marc, “Le problème de la peine de prison”, en *Revue de Droit Penal et de Criminologie*, 1977. DOLCINI, Emilio, “La ‘Rieducazione del condannato’ tra mito e realtà”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1979.

¹³ JACOBS, James B., *New Perspectives on Prisons and Imprisonment*, Cornell University Press, Ithaca, NY, 1983. MORRIS, Norval, *The Future of Imprisonment*, University of Chicago Press, Chicago, 1974. Del mismo autor, destacan también “Punishment, Desert and Rehabilitation”, en GROSS, Hyman – VON HIRSCH, Andrew (eds.), *Sentencing*, Oxford University Press, New York, 1981. *Madness and the Criminal Law*, University of Chicago Press, Chicago, 1983.

en todos los casos para los cuales tendría competencia, deja sin castigo muchos supuestos, quebrando principios y valores sobre los cuales reposa todo ordenamiento jurídico, tales como la igualdad, la seguridad y la justicia, que se encuentran radicalmente *falseados* si sólo se aplican a un número ínfimo de situaciones, o sea a los casos *registrados*.

- Su EFICIENCIA. A primera vista podría parecer que una “*pena o sentencia ejemplar*” disuadiría de la comisión del delito. Sin embargo no es así: no es cierto que solamente las penas muy severas puedan intimidar. Como sólo se pronuncian en casos excepcionales, los potenciales criminales se dirán, con razón, que tal cosa no les llegará a suceder. Cuanto mayor sea la *regularidad* en el funcionamiento del sistema a la hora de imponer sanciones a los delincuentes, mayor será su efecto disuasorio. Para ello es preciso que el delincuente sepa que será atrapado y castigado; que considere la sanción penal como una especie de corolario del delito, necesariamente ligado a él. Ya Beccaria afirmaba que “*la certeza de la pena tiene mayor valor intimidatorio que su severidad*”. Por ejemplo, la gente se sentirá más intimidada por una probabilidad del 10% de recibir un año de prisión que por una probabilidad del 5% de recibir dos años de prisión. Será mayor el temor por creer que van a ser encarcelados, aunque sólo sea un día. En ese caso la duración de la pena tendrá una importancia secundaria. Por lo demás, por lo que se sabe de la experiencia carcelaria, lo más duro de ella son los primeros días y meses, mucho más que los días y meses siguientes.

A este respecto, merece ser destacado que *la frecuencia de las penas tiende a disminuir cuando su severidad aumenta*. Ya Montesquieu lo señalaba. La atrocidad de las leyes impide su ejecución. Cuando la pena es desmesurada es preferible la impunidad. Por tanto, *o se castiga a menudo o se castiga duramente. Ambas realidades no se dan a la vez*. Al menos así es en los países democráticos. Las leyes consideradas demasiado severas raramente serán aplicadas. Y, a la inversa, aumentará la frecuencia de las sanciones penales cuando su severidad sea menor.

Cusson se refiere a la neutralización, básicamente a través de la prisión. ¹⁴ Dice que la neutralización no debe producirse más que en la hipótesis de que se pueda predecir que el delincuente realizará nuevos delitos de estar en libertad. Los criminólogos americanos están interesados en la neutrali-

¹⁴ CUSSON, Maurice, *Pourquoi punir?*, Dalloz, Paris, 1987, pp. 117-125, la cita en p. 124. Pp. 125-150.

zación desde hace años, pero sólo bajo determinadas “condiciones”: que los delincuentes neutralizados no sean reemplazados por otros dentro de los grupos en los que operan; que la prisión no ejerza sobre ellos un efecto criminógeno, que recrudezca su actividad criminal al salir de prisión.

Además, la neutralización tiene sus “costes”, tanto monetarios –cuesta dinero mantener a los delincuentes tras las rejas–, como de sufrimiento –para el encarcelado y su entorno–.

La neutralización ha sido históricamente una práctica corriente. En todas las épocas se ha querido hacer inocuos a los individuos inquietantes e imprevisibles. Se les expulsaba, se les mutilaba, se les mataba... Aún en nuestros días, la voluntad de poner a buen recaudo a los sujetos peligrosos se hace sentir en todas las etapas del proceso penal: la policial, la judicial...

La cuestión es ¿cómo identificar los riesgos de reincidencia futura que aconsejan la neutralización en prisión? Cada individuo es un mundo. No existen dos delincuentes iguales. Los criminólogos americanos hablan a este respecto de neutralización selectiva –*selective incapacitation*–. El problema gira en torno a la capacidad de predecir, pues la predicción en manos de los humanos tiene sus límites. Surgen dos problemas al respecto: los “falsos positivos” –consistentes en prever que un individuo reincidirá y darse el caso de que no sea así– y los “falsos negativos” –cuando se da por hecho que alguien no reincidirá y luego reincide–. En este sentido, los criminólogos están más preocupados, en su mayor parte, por las encarcelaciones que podrían haber sido evitadas que por las victimizaciones que podrían haber sido impedidas. Los problemas de errores de predicción parecen más agudos en crímenes violentos, no sólo por su mayor gravedad, sino también porque son más difíciles de predecir. Los crímenes violentos son raros y cuanto más raro es un fenómeno, más imprevisible es.

La conducta criminal no es ni totalmente previsible ni totalmente imprevisible. En el estado actual en la materia son más útiles a efectos de predicción las “tablas de predicción” que la experiencia clínica –generalmente psiquiátrica–. Las tablas de predicción son instrumentos que ponen en relación las características de varios grupos de delincuentes. Algunas de las conclusiones a las que se ha llegado a través de ellas establecen una serie de variables generalmente asociadas a la reincidencia:

- La *delincuencia pasada*. Cuantos más delitos ha cometido un delincuente en el pasado, mayor es el riesgo de que delinca en el

futuro. El pasado garantiza el futuro. Cuanto más enraizado está un hábito, más difícil es acabar con él.

- La *precocidad de la delincuencia*. Cuanto más joven es el delincuente a la hora de cometer su primer delito, mayor será su tendencia a reincidir.
- La *edad*. Cuanto más joven es un delincuente, mayor será su tendencia a cometer nuevos delitos. Con el paso del tiempo las pasiones terminan por calmarse.
- La *inestabilidad en el trabajo*. Con cuanta mayor frecuencia cambia un delincuente de trabajo, mayor es el riesgo de que delinca de nuevo. La gente que tiene un empleo estable e interesante tiene más que perder si es cogida con las manos en la masa.
- Los *excitantes*. Cuanta más droga o alcohol consume un delincuente mayor será su tendencia a reincidir. El consumo excesivo de alcohol y de drogas no favorece un buen control de uno mismo y crea necesidades de dinero.

2.1.3. *Las multas*

Las multas son el tercer gran tipo de sanción, que gana adeptos en la actualidad. Ante la dificultad de la resocialización del delincuente surge la cuestión de la conveniencia de sustituir la privación de la libertad por la de la propiedad, lo que usualmente se conoce como multas, especialmente en relación con algunos tipos de delincuencia como, por ejemplo, la delincuencia económica, también llamada “de cuello blanco”.

- Su LEGITIMIDAD. Las sanciones penales frente a los delitos económicos presentan por tanto una discutida ética. Algunas acciones tipificadas como delito económico no encuentran una reprobación general suficientemente fuerte; así sucede con el fraude fiscal. En otros casos se considera que la sanción civil o administrativa resultaría más apropiada que la sanción penal.¹⁵

¹⁵ En Inglaterra y Australia han surgido críticas especiales respecto de la ética de la sanción penal en el campo de la legislación *antitrust*.

Si son gente “decente”, personas “formales”, “bien consideradas” y “económicamente fuertes” parece que no habría en principio que resocializarlas o reeducarlas, frente a los delincuentes comunes, criados a menudo en ambientes marginales, pertenecientes a la clase media o baja y con una socialización defectuosa. Se llega incluso a la paradoja de la existencia de una “moral de frontera”, con su frecuente desviación individualista, que conduce, a veces, a considerar héroes a estos delincuentes de cuello blanco: “robar a Hacienda es como no robar”, se oye en la boca del hombre de la calle.

- Su VALIDEZ. Cada vez está más extendida la legislación que impone sanciones pecuniarias, multas, en especial en relación con la llamada delincuencia económica. Al referirnos a ésta no entran en nuestro campo de estudio el robo, el hurto y los demás delitos clásicos contra la propiedad, aunque sí muchos de los delitos de cuello blanco. La delincuencia económica técnicamente hablando es una especie de la de cuello blanco, llegando incluso a ser equiparadas ambas por algunos autores. Los *white collar crimes* son delitos cometidos por personas respetables y de la alta sociedad en el ejercicio de su profesión, mediante fraudes, estafas, monopolios, etc., más que con violencia.¹⁶

- Su EFICACIA. Tal vez sean adecuadas para los delincuentes económicos las sanciones económicas –multas–: ¿Para qué privarles de la libertad? Que devuelvan lo robado y paguen una cuantiosa multa, para que así disminuyan las diferencias económicas y sociales. O si se impone la pena de prisión, su duración debería ser breve –ejemplarizante– y acompañada de esas otras sanciones de tipo económico.

Aunque aún se ha investigado poco empíricamente en el tema de la necesidad y eficiencia de las sanciones en la delincuencia económica, parece que las mismas son beneficiosas en el terreno de la prevención general y –aunque menos– en algunos aspectos de la prevención especial. La doctrina suele negar la posibilidad de reeducación de estos sujetos, principalmente porque se considera que tienen un alto grado de socialización.¹⁷ Son personas que están bien educadas, personas “*of respectability*

¹⁶ SUTHERLAND, *White Collar Crime*, 2ª ed., New York, 1961, pp. 9 y ss. POSNER, Richard A, “Optimal Sentences for White-Collar Criminals”, en *American Criminal Law Review*, 17, 1980, p. 409.

¹⁷ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho Penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Civitas, Madrid, 1978, pp. 81 y ss.

and high social status” –Sutherland– “*well-to-do individuals*” –Posner–, “caballeros honrados” de la mejor sociedad.

La peculiar repersonalización de los delincuentes de cuello blanco ha de lograrse por vías distintas a las empleadas con el delincuente común: quizás por el “susto” y la “estigmatización” de una condena judicial, por el “golpe” de la privación de un derecho profesional o de libertad.

- Su EFECTIVIDAD. En relación con la cuestión de la efectividad de las multas, especialmente respecto a los delitos económicos y los delincuentes de cuello blanco, existe otro problema que sigue debatiéndose entre los especialistas contemporáneos en el tema, el de la imposibilidad de imponer determinadas sanciones penales a las *personas jurídicas*. Esto se soluciona en parte actuando en estos casos mediatamente contra los representantes, gerentes o personas naturales responsables de las mismas, pues ellos son los verdaderos autores del delito. Además los delincuentes económicos pueden ocultar sus bienes dentro o fuera de su nación, para así eludir los perjuicios de la multa. Esto se solucionaría en parte con una moderna legislación limitativa del secreto bancario.

- Su EFICIENCIA. Lo que acabamos de decir para las penas privativas de libertad –que intimida más una pena menos severa pero que se sabe que se va a imponer inexorablemente– no es aplicable a las sanciones pecuniarias, en las que la gente es más sensible a su severidad –y cuantía– que a la probabilidad de las mismas. Por ejemplo, nos sentiremos más intimidados por una multa de 2.000 Euros de una probabilidad de imposición del 5% que por una multa de 1.000 Euros cuya probabilidad de imposición sea sólo del 10%.

Pero, aunque las multas deben probablemente aplicarse más que la prisión para los autores de delitos económicos, por resultar menos inhumanas, más eficaces y más aplicables a las personas jurídicas, sin embargo, se corre el riesgo de beneficiar comparativamente con ellas a los delincuentes de cuello blanco respecto a los delincuentes comunes. También a éstos deberían aplicárseles más sanciones económicas y menos sanciones privativas de libertad. En cuanto al inconveniente de que “compensa” defraudar pues la multa impuesta es muy baja en comparación con la cuantía defraudada, habría que elevar la cuantía de las multas para hacerlas más eficientes.

2.2. Las medidas de seguridad

2.2.1. *Concepto moderno de medida de seguridad frente al tradicional de pena*

La idea que justifica la pena es la *justicia*: el dar a cada uno lo suyo; la noción que fundamenta la medida de seguridad la *utilidad*: el impedir que se vuelva a delinquir. La pena se basa más en el aspecto *objetivo*, en el *delito*, considerado, a su vez, en su dimensión jurídica, como infracción de una norma jurídica. Por el contrario, la medida de seguridad acentúa la vertiente *subjetiva*. Atiende más al *delincuente* y, dentro del delito, a su aspecto social, es decir, al delito considerado como infracción del orden social.

Ya no en cuanto al fundamento sino a la *función*, la pena mira más al sentido, al *porqué* de la sanción, mientras que la medida de seguridad, a la finalidad, al *para qué* de la misma. Se dice que la función de aquella es fundamentalmente *retributiva*, la de ésta preventiva. La pena es en teoría represiva, se presta a la expiación, a la venganza. Es la ley del talión, la idea de remediar un mal con otro, de que el que vive por la espada muera por la espada, como expresa gráficamente el axioma “ojo por ojo, diente por diente”. Por el contrario, la medida de seguridad se fija más, como su nombre indica, en la idea de seguridad. La pena mira en principio al *pasado*, la medida al *futuro*. En la primera se castiga porque se ha delinquido (*punitur quia peccatum est*), en la segunda para que no se vuelva a delinquir (*punitur ut ne peccetur*).

2.2.2. *¿Son eficaces las medidas de seguridad para lograr la prevención pretendida?*

En general puede afirmarse que las *medidas de seguridad* no tienen un efecto intimidante notable, especialmente para los delincuentes reincidentes.

La prevención especial ofrece como mayor ventaja el actuar sobre el delincuente, posibilitando, o al menos intentando posibilitar, que en el futuro lleve una vida conforme a Derecho. Es la idea de resocialización, en torno a la que gira la prevención especial. Esto supone la humaniza-

ción de la sanción penal, que se dirige a un individuo concreto y trata de reformarlo.

Pero no todas son ventajas en el movimiento preventivo-especial. Contra el mismo se argumenta que no posibilita una *delimitación* del derecho a castigar, pues si lo decisivo a la hora de imponer las sanciones es la peligrosidad, puede ocurrir que ésta sea grande, pese a que el delito cometido no sea grave. En estos casos el principio de culpabilidad y el de peligrosidad aconsejarían medidas de distinta dureza. Otro tanto ocurriría en los casos en los que la resocialización no fuese posible, lo que aconsejaría la incoización perpetua. Si el castigo impuesto al sujeto activo del delito debe durar hasta que esté resocializado, los límites del *ius puniendi* a menudo se verán traspasados porque la peligrosidad así lo aconseja, con lo que ello supondría de quebrantamiento de los márgenes fijados por el principio de legalidad y por el de culpabilidad. *A sensu contrario*, cuando se cometan ofensas graves, pero el sujeto no tenga una gran peligrosidad y esté correctamente adaptado, de observar rigurosamente la doctrina de la prevención especial y la peligrosidad y reinserción como sus criterios de valoración a la hora de imponer sanciones, nos encontraríamos con la paradoja de no tener que sancionar con penas graves, pese a que los delitos cometidos sí lo sean, simplemente porque se trata de sujetos con un grado de adaptación bueno.

Además, si el factor decisivo es la peligrosidad, cabría, en casos en que ésta se diese, pese a no haberse cometido aún acto delictivo alguno, imponer *medidas predelictuales*, con lo que ello implica de violación del principio de legalidad, al castigar por hechos todavía no producidos. ¿Para qué esperar a que se cometa el crimen si cabe anticiparse y evitarlo?, parece querer decirnos la teoría preventivo-especial llevada a sus últimas consecuencias. La respuesta debería referirse a que esto sería incompatible con la presunción de inocencia y la seguridad jurídica. Conculcaría el respeto de las libertades individuales de todo ser humano, reconocidas por la Constitución.

Estas doctrinas, al concebir al Estado como pedagogo, tutor o terapeuta y el delito como una patología –poco importa que sea moral, natural o social–, son las más antiliberales y antigarantistas y justifican modelos de Derecho penal tendencialmente ilimitado. No importa si es con el auxilio del sacerdote o con el del psiquiatra, el caso es que el delincuente ve como su libertad moral e interior se ve perturbada, al mismo tiempo

que su libertad física o exterior, a través de la pena privativa de libertad. Si el tratamiento no es compartido por el condenado esto se torna en una aflicción añadida a su reclusión.¹⁸ Tal vez por ello las doctrinas del tratamiento tienen su apogeo en los regímenes totalitarios del período de entreguerras.

La idea resocializadora está actualmente en crisis.¹⁹ No puede por sí sola justificar el Derecho Penal. Hoy en día existe un debate acerca del abandono de la ideología del tratamiento y la resocialización. Muchos le reprochan a esta idea su *carácter sensiblero y pusilánime* respecto a los delincuentes, que puede llegar a poner en peligro a la Sociedad. Otros van más allá y afirman que con ella se quieren regenerar las almas y no sólo los cuerpos, para mejor asegurar la *dominación* de los hombres por el poder y por el sistema. ¿Qué legitima a la *mayoría* de la población a imponer a la minoría de sujetos desviados su visión de las cosas? ¿En base a qué nos legitimamos para influir sobre la educación y los destinos de seres adultos contra su voluntad? ¿Por qué la gente no puede vivir a su manera al margen de la sociedad?, dicen los objetores de la idea resocializadora y del tratamiento.

Yendo aún más lejos, hay quienes afirman que *es la sociedad la que debe ser resocializada, eliminando las injusticias en ella existentes y de las que surgen las infracciones normativas*. Las teorías psicoanalíticas consideran que el castigo a los delincuentes no es sino un modo por el que la sociedad los convierte en *chivos expiatorios*, en *cabezas de turco*, en los que la población descarga los impulsos antisociales y queda compensada por no haber ella misma infringido la ley.

¹⁸ Los efectos curativos de la sanción penal en el delincuente son muy limitados, puesto que la mayoría de ellos carecen de una conciencia moral saludable, de tal manera que en vez de producir una mejora en estos individuos lo que se logra es justamente lo contrario, endurecerles y hacerles más fríos. El reproche moral que la sanción entraña ni siquiera origina en ellos remordimientos, sentimiento de culpa o de reproche. Es más, cuanto más frecuente sea el castigo menos efectivo será, tendiendo a destruir el poco sentimiento de vergüenza y culpabilidad que en el sujeto autor del delito pueda quedar.

¹⁹ Ver GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio, “La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 32, septiembre-diciembre 1979, pp. 645-700. Asimismo sus *Estudios Penales*, Bosch, Barcelona, 1984. MUÑOZ CONDE, Francisco, “La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito”, en *Cuadernos de Política Criminal*, 1979; también en *La reforma del Derecho Penal*, Bellaterra, Barcelona, 1980.

En cualquier caso, sigue abierto el debate en torno a la cuestión de si *debe resocializarse para la "moralidad" o para la "legalidad"*. ¿Es bastante con que la conducta externa del individuo no contrarie las normas sociales o hay que enmendarlo en el fuero interno también? A nuestro juicio bastaría con lo primero. El pensamiento no delinque y en el ámbito interno el sujeto es libre de la coacción estatal. Sólo la Moral o la Religión podrían inmiscuirse en dichas esferas, pero siempre de un modo orientador, no con medidas externas de coacción. Imponer a alguien la enmienda moral es incompatible con ese valor elemental de civilización que es el respeto de la persona humana, y *contradice irremediabilmente el principio de la libertad y autonomía de la conciencia*. Sobre sí mismo, sobre su mente, el individuo es soberano. De lo contrario, la aparente filantropía degenera en un despotismo inicuo.

Las otras ideologías correccionalistas –la positivista italiana y la de la diferenciación del Programa de Marburgo– contradicen, además del valor de la libertad, el de la *igualdad*, al entrañar una concepción del delincuente como ser anormal e inferior, y llevadas a sus últimas consecuencias, originan doctrinas inhumanas como las de la *crianza o la eliminación eugenésicas*, basadas en la idea de que el Estado debería echar una mano a la naturaleza llevando a cabo, junto a la selección natural, una selección penal de tipo artificial, de tipo orwelliano. Junto a los valores de la libertad y la igualdad, las doctrinas en cuestión lesionan la *dignidad* del sujeto tratado y uno de los principios básicos del Estado democrático de Derecho, el de la *tolerancia* e igual respeto de las diferencias, violando el primer derecho de cada hombre: la libertad de ser él mismo y de seguir siendo como es.

El intento de inculcar valores morales al delincuente es incompatible con una *sociedad pluralista*. Si impusiésemos credos religiosos y códigos éticos lo que haríamos sería difundir el sistema de valores *dominante*, que no necesariamente tiene por que ser el mejor. Sería un modo de manipular desde el poder. No olvidemos que las sociedades occidentales en las que vivimos son en su inmensa mayoría sociedades burguesas, en las que las leyes penales representan los intereses y valores de las clases dominantes. El principio democrático de las mayorías debería compatibilizarse con el *respeto a las minorías*. Como dijera en su día Henry David Thoreau, en protesta contra el sistema norteamericano que imponía una guerra injusta: “una minoría de uno con más razón que sus conciudadanos es

ya una mayoría de uno”. Tal vez éste no sea el caso en la mayor parte de los actos delictivos, pero en cierto modo deberíamos tener la suficiente flexibilidad para poder situarnos, aunque sólo fuera hipotéticamente, en el lugar del delincuente para pensar si nosotros, de haber vivido su infancia, haber tenido sus carencias económicas, familiares, educativas y de todo tipo, no habríamos reaccionado como él oponiéndonos al sistema. Hay veces en que la legalidad es injusta. No todas las leyes son justas. Hay supuestos legítimos en los que el sujeto debe objetar ante una ley injusta o, incluso, llegado el caso, desobedecerla.

Frente a las soluciones extremas, hay posturas intermedias y conciliadoras. Por ejemplo, algún autor propone el ofrecimiento al delincuente no de contenidos morales y valorativos concretos, sino de una *pluralidad de caminos*, la misma pluralidad que se encuentra en una sociedad heterogénea, para que sea el propio sujeto el que decida. En una línea similar otros ofrecen una terapia social emancipadora, que intente una labor pedagógica en el delincuente, pero sin adoctrinamiento. Hay quien objeta a estas doctrinas que dejan al delincuente a su suerte, que son demasiado liberales. Se considera al criminal como a un niño al que hay que guiar en sus pasos hacia la resocialización porque si no puede perderse.

Otra crítica a la prevención especial sería que se centra exclusivamente en el aspecto subjetivo, en el delincuente, dejando de lado el aspecto objetivo, el delito. Se introduce gran *inseguridad jurídica* al no aplicar penas iguales a delitos iguales, por tratarse siempre de sujetos distintos. La *incertidumbre* y la posible *arbitrariedad*, en manos de psicólogos, educadores y psiquiatras, podrían convertir al delincuente en un mero *conejillo de indias* en el que experimentar los nuevos tratamientos. Además, un tratamiento para curar a quien no quiere curarse es un contrasentido y una violación de la libertad del individuo que es *condenado a ser ayudado*.

Esto originaría en el plano de la realidad modelos y prácticas penales ilimitadamente represivos, paternalistas, persuasivos, de aculturación forzada y de manipulación violenta de la personalidad del condenado. Piénsese en las culturas autoritarias como la doctrina nazi. Recuérdese asimismo la experiencia de los manicomios penales soviéticos y las escuelas de reeducación de la China Popular. Estas son las formas abusivas y degeneradas a las que llevaron estas doctrinas.

En el plano, ya no teórico, sino práctico, se argumenta que la resocialización no siempre se alcanza, que es una *utopía*. Las teorías de la prevención especial se nos presentan como ineficaces para cambiar la realidad y lograr la consecución de sus metas. ¿No es irreal pretender que alguien se resocialice en la prisión, que, más que ayudar a ese fin, es a menudo *escuela de delincuentes*, y donde con frecuencia hay agresiones por los propios compañeros hacia aquél que pretende readaptarse? Pero, incluso si el delincuente quisiese cooperar y curarse y aunque las condiciones en prisión fuesen idóneas, ello requeriría unos medios y un personal en los establecimientos penitenciarios del que se carece. No se trata de dar televisión, juegos y otras actividades similares, como si fuesen el único contenido de la resocialización. Hay una excesiva burocratización, hay falta de medios. El panorama que ofrecen las cárceles en la actualidad es desolador en lo que a tratamiento resocializador se refiere. La prisión es un lugar de incitación al delito. Represión y educación son postulados incompatibles, del mismo modo que la privación de libertad y la libertad misma, presupuesto y caldo de cultivo ideal de la verdadera educación.

La idea resocializadora debería hacerse viable, pues como idea no es mala. “*No puede caerse en la trampa –dice Morillas Cueva– del esquematismo que exige una decisión rotunda entre resocialización sí o no, o entre pena o tratamiento. La concordia es posible. La idea de resocialización ni ha de extinguirse ni mitificarse, sino que únicamente debe relativizarse y consecuentemente adecuarse a las necesidades sociales, así como compatibilizarse con otras instancias de control social menos gravosas y con medidas globales de carácter político-social que propicien una sociedad más justa e igualitaria*”.²⁰ Lo único que se puede pretender de la cárcel es que sea lo menos represiva posible y, por consiguiente, lo menos desocializadora y deseducadora que quepa.

²⁰ MORILLAS CUEVA, LORENZO, *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 30-31 y 38-42. ALLEN, F., *The Decline of the Rehabilitative Ideal*, New Haven, 1981. ANDENAES, J., “The Morality of Deterrence”, en *University of Chicago Law Review*, 37, 1970, pp. 649-664, reimpr. en HAWKINS, G. – ZIMRING, F. (eds.), *The Pursuit of Criminal Justice*, The University of Chicago Press, Chicago, 1984. ANQUETIL, M. (et al.), *La peine, quel avenir?: approche pluridisciplinaire de la peine judiciaire. Actes du Colloque des Centre Thomas More des 23-24 mai 1981*, Editions du Cerf, Paris, 1983.

2.3. Las sanciones compensatorias. Hacia una privatización del Derecho penal

En la vida cotidiana, cuando hacemos daño a alguien tratamos de compensarle por el malestar que le hemos causado. ¿Por qué no hace lo mismo el Estado en los países más desarrollados? O, por lo menos, ¿por qué no extendemos la capacidad del agresor de compensar a la víctima y disminuimos el papel del Estado y del Derecho Penal, dejándolo relegado a ser un último recurso, una vía final cuando la solución pacífica de la disputa ha fallado? En todos los sistemas que no tienen un Estado fuerte la compensación de la víctima parece el camino más seguido.²¹ La gente corriente, toda la población, debería convertirse en *participante* y no en mera *espectadora*, en *productora de soluciones en vez de en mera consumidora de ellas*. Habría que buscar arreglos más que dar órdenes, compensar en vez de tomar represalias, hacer el bien en vez de el mal.²²

A modo de conclusión, podrían realizarse las siguientes propuestas: reservar el espacio de la justicia penal represiva a los temas trascendentales; implicar activamente a la víctima del conflicto en el proceso de resolución y acuerdo, pues de su actitud conciliadora depende en gran medida el éxito de estas propuestas alternativas; buscar penas alternativas a la privación de libertad; establecer criterios racionales para abandonar la persecución penal obligatoria y permitir la persecución a instancia de parte de las ofensas. Se trataría de establecer un sistema de compuertas racionales, que permitan saber que aguas deben dejarse pasar y cuales no en el dique que representa el sistema punitivo estatal. ¡Intentémoslo! ¿Qué podemos perder?

²¹ CHRISTIE, Nils, *Los límites del dolor*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984, pp. 128 y ss.

²² Al respecto ver, UMBREIT, Mark S. (1949-), *Crime and Reconciliation: Creative Options for Victims and Offenders*, Abingdon Press, Nashville, 1985.

DE LA ADMINISTRACIÓN EFICAZ A LA ADMINISTRACIÓN EFICIENTE

BORJA ADSUARA
Profesor de Derecho
Colegio Universitario Villanueva

Resumen: En el presente artículo se pretende realizar una reflexión sobre la interpretación de los conceptos de eficacia y eficiencia, según el contexto en que se utilizan, en el ámbito del derecho administrativo. Para ello se ha hecho un trabajo de campo sobre el uso de dichos conceptos en la Constitución, en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, y en la LEY 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.

Palabras clave: Eficacia, eficiencia, derecho administrativo, administración, administración electrónica, normas jurídicas, actuación administrativa, resoluciones y actos administrativos, principio general, criterio de actuación, costes, plazos.

Abstract: This article is intended to perform a reflection on the interpretation of the concepts of effectiveness and efficiency, depending on the context in which used in the field of administrative law. This fieldwork on the use of these concepts in the Constitution, law 30/1992 of 26 November, legal public authorities and common administrative procedure, and in the law 11/2007 of 22 June, electronic public access system have been made to public services.

Keywords: Effectiveness, efficiency, administrative law, administration / government, electronic administration / government, legislation, admi-

nistrative action, resolutions and administrative acts, general principle, criterion of action, costs, deadlines.

I. INTRODUCCIÓN

En el marco de este seminario sobre los conceptos de eficacia y eficiencia jurídicas, me parecía interesante realizar una reflexión hermenéutica sobre dichos conceptos en el ámbito del derecho administrativo y, especialmente, en relación con la LEY 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.

El Artículo 3.1 del Código Civil establece que: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, **en relación con el contexto**, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”.

Ya se ha visto, en otras ponencias, el sentido propio de eficacia y eficiencia, desde el punto de vista etimológico y semántico, por lo que no abundaré yo en esa dirección, sino que me centraré en el segundo criterio interpretativo, cual es “su contexto”, que, en este caso, es el derecho administrativo y, muy especialmente, la “Ley de Administración electrónica”.

Y, para ello, lo primero que hay que hacer es identificar el contexto en que se usan las palabras (o, mejor dicho, los conceptos) de eficacia y eficiencia, para intentar interpretar en qué sentido los usa el legislador en ese contexto concreto y si se usan en varios sentidos en contextos distintos, dentro de la misma ley o en leyes distintas, dentro del bloque del derecho administrativo.

En este sentido, esta ponencia es un “trabajo de campo” sobre el uso de los conceptos de la eficacia y eficiencia: en la Constitución, en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, y en la LEY 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.

II. CONCEPTOS DE EFICACIA Y EFICIENCIA EN LA COSTITUCIÓN

En nuestra Constitución aparece dos veces el concepto de eficacia y una sola vez el concepto de eficiencia. La primera, referida, por un lado, a la eficacia de actuación de la Administración (artículo 103.1) y, por otro, a la eficacia de las normas jurídicas (artículo 149.1.8ª), y la segunda referida a la programación y ejecución del gasto público (artículo 31.2):

Artículo 31

2. El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía.

Artículo 103

1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

Artículo 149

1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

8.ª En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas,...

Cuadro-resumen:

Artículo 31	<u>eficiencia</u>	de programación y ejecución del gasto público
Artículo 103	<u>eficacia</u>	de actuación de la Administración Pública
Artículo 149	<u>eficacia</u>	de las normas jurídicas

III. CONCEPTOS DE EFICACIA Y EFICIENCIA EN LA LEY DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN

En el marco de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, hallamos numerosas referencias a la eficacia, en la Exposición de Motivos (7 menciones) y en el articulado (19 menciones), mientras que sólo encontramos una mención a la eficiencia (en el artículo 3, sobre los principios generales de su actuación):

a) Exposición de Motivos.

Apartado 4.

La eficacia en el resultado de la actuación de esa realidad plural y compleja que son las Administraciones Públicas, hace que la cooperación entre ellas resulte un principio activo, no sólo deseable, sino indispensable a su funcionamiento.

Apartado 6.

(...) coexisten una diversidad de Administraciones que proyectan su actividad sobre el mismo ámbito territorial, personal y, en ocasiones, material, actividad que a la vez debe cumplir criterios de eficacia sin menoscabo de competencias ajenas.

Apartado 7.

Plenamente respetuosa con la potestad de autoorganización de las Administraciones Públicas, la Ley se limita a regular el núcleo estricto de lo que constituye la normativa básica de toda organización administrativa, cuya observancia tiene efectos directos sobre la validez y eficacia de los actos administrativos.

Apartado 9.

El silencio administrativo, positivo o negativo, no debe ser un instituto jurídico normal, sino la garantía que impida que los derechos de los particulares se vacíen de contenido cuando su Administración no atiende eficazmente y con la celeridad debida las funciones para las que se ha organizado. Esta garantía, exponente de una Administración en la que

debe primar la eficacia sobre el formalismo, sólo cederá cuando exista un interés general prevalente o, cuando realmente, el derecho cuyo reconocimiento se postula no exista.

Apartado 10.

La eficacia, notificación y publicación de los actos administrativos se recoge en el capítulo III, abriendo la posibilidad de medios de notificación distintos a los tradicionales que, sin merma de las necesarias garantías de autenticidad, permitan su agilización mediante el empleo de las nuevas técnicas de transmisión de información, superándose la limitación de la exclusividad del domicilio como lugar de notificaciones.

Apartado 11.

Se regulan asimismo, en este capítulo, otras cuestiones conexas a la iniciación, como el período de información previa, las medidas provisionales para asegurar la eficacia de la resolución, la acumulación de asuntos y la modificación o mejora voluntaria de los términos de la solicitud formulada por los interesados.

Apartado 12.

La autotutela de la Administración Pública, potestad que permite articular los medios de ejecución que garanticen la eficacia de la actividad administrativa, queda en todo caso subordinada a los límites constitucionales, debiendo adoptarse los medios precisos para la ejecución, de modo que se restrinja al mínimo la libertad individual y de acuerdo con el principio de proporcionalidad.

b) Articulado.

Artículo 3. Principios generales.

1. Las Administraciones Públicas sirven con objetividad los intereses generales

y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho. Igualmente, deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima.

2. Las Administraciones Públicas, en sus relaciones, se rigen por el principio de cooperación y colaboración, y en su actuación por los criterios de eficiencia y servicio a los ciudadanos.

Artículo 7. Planes y programas conjuntos.

4. El acuerdo aprobatorio de un plan o programa conjunto, que tendrá eficacia vinculante para la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas participantes que lo suscriban, puede ser completado mediante convenios de colaboración con cada una de ellas que concreten aquellos extremos que deban ser especificados de forma bilateral.

Artículo 15. Encomienda de gestión.

1. La realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de derecho público podrá ser encomendada a otros órganos o Entidades de la misma o de distinta Administración, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño.

3. La encomienda de gestión entre órganos administrativos o Entidades de derecho público pertenecientes a la misma Administración deberá formalizarse en los términos que establezca su normativa propia y, en su defecto, por acuerdo expreso de los órganos o Entidades intervinientes. En todo caso el instrumento de formalización de la encomienda de gestión y su resolución deberá ser publicado, para su eficacia en el Diario Oficial correspondiente.

Artículo 37. Derecho de acceso a Archivos y Registros.

7. El derecho de acceso será ejercido por los particulares de forma que no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos,...

Artículo 38. Registros.

5. Para la eficacia de los derechos reconocidos en el artículo 35.c) de esta Ley a los ciudadanos, éstos podrán acompañar una copia de los documentos que presenten junto con sus solicitudes, escritos y comunicaciones.

Artículo 45. Incorporación de medios técnicos.

5. Los documentos emitidos, cualquiera que sea su soporte, por medios electrónicos, informáticos o telemáticos por las Administraciones Públicas, o los que éstas emitan como copias de originales almacenados por estos mismos medios, gozarán de la validez y eficacia de documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y con-

servación y, en su caso, la recepción por el interesado, así como el cumplimiento de las garantías y requisitos exigidos por ésta u otras Leyes.

Artículo 46. Validez y eficacia de documentos y copias.

2. Las copias de cualesquiera documentos públicos gozarán de la misma validez y eficacia que éstos siempre que exista constancia de que sean auténticas.

3. Las copias de documentos privados tendrán validez y eficacia, exclusivamente en el ámbito de la actividad de las Administraciones Públicas, siempre que su autenticidad haya sido comprobada.

CAPITULO III. Eficacia de los actos

Artículo 57. Efectos.

3. Excepcionalmente, podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados, y, asimismo, cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas.

Artículo 72. Medidas provisionales.

1. Iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolverlo, podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello.

4. Las medidas provisionales podrán ser alzadas o modificadas durante la tramitación del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de su adopción. En todo caso, se extinguirán con la eficacia de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento correspondiente.

Artículo 111. Suspensión de la ejecución.

4. Al dictar el acuerdo de suspensión podrán adoptarse las medidas cautelares que sean necesarias para asegurar la protección del interés público o de terceros y la eficacia de la resolución o el acto impugnado.

5. Cuando el recurso tenga por objeto la impugnación de un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas, la suspensión de su eficacia habrá de ser publicada en el periódico oficial en que aquél se insertó.

Artículo 136. *Medidas de carácter provisional.*

Cuando así esté previsto en las normas que regulen los procedimientos sancionadores, se podrá proceder mediante acuerdo motivado a la adopción de medidas de carácter provisional que aseguren la eficacia de la resolución final que pudiera recaer.

Artículo 138. *Resolución.*

3. La resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa. En la resolución se adoptarán, en su caso, las disposiciones cautelares precisas para garantizar su eficacia en tanto no sea ejecutiva.

c) Cuadro-resumen.

EM. Apto 4	<u>eficacia</u>	de la actuación de las Administraciones Públicas
EM. Apto 6	<u>eficacia</u>	de la actividad de una diversidad de Administraciones
EM. Apto 7	<u>eficacia</u>	de los actos administrativos
EM. Apto 9	<u>eficacia</u>	en la (actuación de la) Administración
EM. Apto 10	<u>eficacia</u>	de los actos administrativos
EM. Apto 11	<u>eficacia</u>	de la resolución
EM. Apto 12	<u>eficacia</u>	de la actividad administrativa
Artículo 3.1	<u>eficacia</u>	de actuación de las Administraciones Públicas
Artículo 3.2	<u>eficiencia</u>	en la actuación de las Administraciones Públicas
Artículo 7.4	<u>eficacia</u>	del acuerdo aprobatorio de un plan o programa conjunto
Artículo 15.1	<u>eficacia</u>	de la encomienda de gestión
Artículo 15.3	<u>eficacia</u>	del instrumento de formalización de la encomienda de gestión
Artículo 37.7	<u>eficacia</u>	del funcionamiento de los servicios públicos

Artículo 38.5	<u>eficacia</u>	del derecho a obtener copia sellada de los documentos
Artículo 45.5	<u>eficacia</u>	de los documentos emitidos por medios electrónicos
Art.46.rótulo	<u>eficacia</u>	de documentos y copias.
Artículo 46.2	<u>eficacia</u>	de las copias de cualesquiera documentos públicos
Artículo 46.3	<u>eficacia</u>	de las copias de documentos privados
CAPITULO III	<u>eficacia</u>	de los actos
Artículo 57.3	<u>eficacia</u>	de los actos
Artículo 72.1	<u>eficacia</u>	de la resolución
Artículo 111.4	<u>eficacia</u>	de la resolución o el acto impugnado
Artículo 111.4	<u>eficacia</u>	de un acto administrativo
Artículo 136	<u>eficacia</u>	de la resolución final
Artículo 138.3	<u>eficacia</u>	de la resolución que no sea ejecutiva

IV. CONCEPTOS DE EFICACIA Y EFICIENCIA EN LA LEY DE ACCESO ELECTRÓNICO DE LOS CIUDADANOS A LOS SERVICIOS PÚBLICOS (ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA)

En la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos (o Ley de Administración electrónica), se han identificado hasta 9 lugares en los que figura el concepto de eficacia y 4 en los que aparece el de eficiencia, normalmente referidos, respectivamente, a la actuación externa y al funcionamiento interno de las Administraciones Públicas.

I.- Exposición de Motivos.

Apartado I. Párrafo 1º

Al servicio, pues, del ciudadano la Administración queda obligada a transformarse en una administración electrónica regida por el principio de eficacia que proclama el artículo 103 de nuestra Constitución.

Apartado I. Párrafo 3º

El mejor servicio al ciudadano constituye la razón de la reformas que tras la aprobación de la Constitución se han ido realizando en España para configurar una Administración moderna que haga del principio de eficacia y eficiencia su eje vertebrador siempre con la mira puesta en los ciudadanos.

Apartado III. Párrafo 7º

En cuanto al funcionamiento interno de la Administración, las nuevas tecnologías permiten oportunidades de mejora (eficiencia y reducción de costes) que hacen ineludible la consideración de las formas de tramitación electrónica, tanto para la tramitación electrónica de expedientes, como para cualquier otra actuación interna de la Administración, expandiéndolas gradualmente con el objetivo del año 2009.

Apartado IV. Párrafo 7º

Por otra parte, en el contexto internacional, también otros organismos se han interesado en la administración electrónica como forma de activar la economía y mejorar el gobierno de los países como es el caso de la OCDE, que publicó en 2004 un estudio con un título casi autodescriptivo: «La administración electrónica: Un imperativo», donde resalta los ahorros que la administración electrónica puede generar al permitirles aumentar su eficacia.

I Articulado:

Artículo 1. Objeto de la Ley.

1. La presente Ley reconoce el derecho de los ciudadanos a relacionarse con las Administraciones Públicas por medios electrónicos y regula los aspectos básicos de la utilización de las tecnologías de la información en la actividad administrativa, en las relaciones entre las Administraciones Públicas, así como en las relaciones de los ciudadanos con las mismas con la finalidad de garantizar sus derechos, un tratamiento común ante ellas y la validez y eficacia de la actividad administrativa en condiciones de seguridad jurídica.

Artículo 3. Finalidades de la Ley.

5. Contribuir a la mejora del funcionamiento interno de las Administraciones Públicas, incrementando la eficacia y la eficiencia de las mismas

mediante el uso de las tecnologías de la información, con las debidas garantías legales en la realización de sus funciones.

Artículo 4. Principios generales.

j) Principio de simplificación administrativa, por el cual se reduzcan de manera sustancial los tiempos y plazos de los procedimientos administrativos, logrando una mayor eficacia y eficiencia en la actividad administrativa.

Artículo 22. Identificación y autenticación de los ciudadanos por funcionario público.

2. Para la eficacia de lo dispuesto en el apartado anterior, el ciudadano deberá identificarse y prestar su consentimiento expreso, debiendo quedar constancia de ello para los casos de discrepancia o litigio.

Artículo 30. Copias electrónicas.

1. Las copias realizadas por medios electrónicos de documentos electrónicos emitidos por el propio interesado o por las Administraciones Públicas, manteniéndose o no el formato original, tendrán inmediatamente la consideración de copias auténticas con la eficacia prevista en el artículo 46 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, siempre que el documento electrónico original se encuentre en poder de la Administración, y que la información de firma electrónica y, en su caso, de sellado de tiempo permitan comprobar la coincidencia con dicho documento.

3. Las Administraciones Públicas podrán obtener imágenes electrónicas de los documentos privados aportados por los ciudadanos, con su misma validez y eficacia, a través de procesos de digitalización que garanticen su autenticidad, integridad y la conservación del documento imagen, de lo que se dejará constancia.

c) Cuadro resumen.

EM. Apt. I.1°	<u>eficacia</u>	de la administración electrónica
EM. Apt. I.3°	<u>eficacia</u> y <u>eficiencia</u>	de una Administración moderna
EM. Apt. III.7°	<u>eficiencia</u>	del funcionamiento interno de la Administración
EM. Apt. IV.7°	<u>eficacia</u>	de la administración electrónica
Artículo 1	<u>eficacia</u>	de la actividad administrativa

Artículo 3	<u>eficacia</u> y <u>eficiencia</u>	del funcionamiento interno de las Admones. Públicas
Artículo 4	<u>eficacia</u> y <u>eficiencia</u>	en la actividad administrativa
Artículo 22	<u>eficacia</u>	de la identificación y autenticación por certificados-e
Artículo 30.1	<u>eficacia</u>	de copias electrónicas de documentos electrónicos
Artículo 30.3	<u>eficacia</u>	de las imágenes electrónicas de documentos privados

V. CONCLUSIONES

Como colofón de este trabajo, podemos establecer las siguientes conclusiones, en relación a los conceptos de eficacia y eficiencia, desde el punto de vista de la interpretación de las normas (y los conceptos jurídicos), de acuerdo con la regla segunda del Artículo 3.1 del Código Civil (según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto en que se utilizan):

- 1^a De quién o de qué se predicen
 - La eficacia se predica de las normas jurídicas y de los actos administrativos
 - La eficiencia se predica (de la programación y ejecución) del gasto público
- 2^a Naturaleza: Principio o criterio
 - La eficacia es un principio general, que inspira la actuación administrativa
 - La eficiencia es un criterio de actuación concreta y conocimiento aplicado
- 3^a Redes semánticas (generales)
 - La eficacia (de las normas jurídicas, resoluciones y actos administrativos) se relaciona con los conceptos de: validez, aplicación, resultado, notificación, publicación, seguridad jurídica, garantías legales, acuerdo aprobatorio de un plan o programa conjunto, instrumento de formalización de la encomienda de gestión y su

resolución, funcionamiento de los servicios públicos, copias de documentos públicos y privados, documentos originales, retroactividad, suspensión, medidas provisionales, medidas cautelares, y el funcionamiento externo de la Administración (Front Office)

- La eficiencia (de la programación y ejecución) del gasto público se relaciona con los conceptos de: economía, reducción de costes, reducción de tiempos y plazos de los procedimientos administrativos, oportunidades de mejora y de ahorro, y el funcionamiento interno de la Administración (Back Office).

4ª Redes semánticas (específicas) de la Administración electrónica

- Conjunción entre eficacia y eficiencia, como principios y ejes vertebradores de una Administración moderna. Ya no basta que se produzcan resultados deseados, sino que deben conseguirse del modo más adecuado y seguro.
- Especificidades del medio electrónico, como: identificación y autenticación por medio de certificados electrónicos, copias electrónicas de documentos electrónicos, imágenes electrónicas de documentos privados,...

5ª De la Administración eficaz a la Administración eficiente

- La e-Administración no debe ser solamente una Administración eficaz en cuanto electrónica, sino una Administración eficiente, en la que las nuevas tecnologías estén al servicio de la prestación de servicios públicos de forma eficaz y eficiente: con una reducción de los costes, con una reducción de los tiempos y plazos de los procedimientos administrativos, o con ambas.

EL CRITERIO DE EFICACIA EN LA APLICACIÓN DE LA NORMA PENAL EN DERECHO ROMANO

JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ ROMANILLOS
Profesor Contratado Doctor de Derecho romano
Universidad Complutense de Madrid

Resumen: En este trabajo se analiza la eficacia de dos medidas legislativas, a saber: la *lex Calpurnia de repetundis* y la *lex Tabulae Bembinae*. Estas dos normas se corresponden con la primera regulación que se dio en Roma al delito de concusión y su posterior reforma. En el texto se analiza la intención del legislador al hacer aprobar estas leyes y la eficacia e ineficacia de las mismas.

Palabras clave: Concusión. Roma. Eficacia. Ineficacia. Leyes.

Abstract: This paper examines the effectiveness of two legislative measures, namely the *lex Calpurnia of repetundis* and *lex Bembinae Tabulae*. These two laws correspond to the first regulation that took place in Rome to the crime of extortion and further reform. The text analyzes the legislative intent and the effectiveness and ineffectiveness of the laws.

Keywords: Extortion, Rome, Effectiveness-Ineffectiveness, Laws

El Derecho penal es un ámbito en el que, por razones evidentes, la eficacia de la norma es una de las grandes dificultades a las que se enfrenta el legislador a la hora de concebir y redactar una disposición normativa. En efecto, una norma que no cumple sus objetivos, bien por causas exógenas o endógenas, no sólo es una norma inútil, sino que además tiene el efecto

pernicioso de crear la falsa sensación de que el problema a resolver ya está solventado, puesto que existe una regulación jurídica al efecto.

Este trabajo se centrará en el análisis de la eficacia de las normas en un ámbito muy determinado, no sólo por la materia sino también desde una perspectiva temporal. De esta forma, analizaremos la regulación jurídica del *crimen repetundarum* desde sus orígenes hasta la *lex Tabulae Bembinae* de Cayo Graco¹.

La regulación del delito de concusión, que comprendía todo comportamiento doloso de un magistrado o senador dirigido a conseguir un lucro ilícito en perjuicio de la población aliada o sometida a Roma, tuvo, desde sus comienzos, un marcado carácter político, debido al estatus de los sujetos activos del delito. Esta circunstancia provoca, como es lógico, que la normativa relativa a la represión del *crimen repetundarum* tenga que ser analizada desde una perspectiva histórico-política, y, por tanto, no estrictamente jurídica.

La *quaestio repetundarum* cobró existencia en el año 149 a. C. con la aprobación de la *lex Calpurnia de repetundis*. Este plebiscito, hecho aprobar por el tribuno de la plebe L. Calpurnio Pisón Frugi, introdujo una doble innovación en el panorama jurídico-procesal romano, pues no sólo constituyó la primera ley *de pecuniis repetundis*, sino que dio lugar también a la creación de la primera *quaestio perpetua*². Con anterioridad a la citada ley, el delito de concusión había sido tratado de una manera heterogénea. Así, se acudió a procesos criminales promovidos por los tribunos de la plebe ante los *comitia*, se crearon, por iniciativa popular, *quaestiones extraordinariae* y, finalmente, se instauraron, también, procesos civiles ante un colegio de *recuperatores*. En todos estos casos era el senado el encargado de decidir cómo y cuándo se actuaba contra los magistrados que habían realizado actos extorsivos, y era, en definitiva, el

¹ El trabajo se circunscribe, por razones de espacio, al período comprendido entre el año 149 a. C. (fecha de aprobación de la *lex Calpurnia*) y el año 106 a. C. (año en el que la *lex Tabulae Bembinae* es derogada por la *lex Servilia Caepionis*).

² Cic., *Brut.*, 27. 106; *Off.*, II. 21. 75; *Verr.*, II. 3. 84. 195; 4. 25. 56. Las *quaestiones perpetuae* eran tribunales permanentes establecidos por ley, presididos por un magistrado o ex-magistrado y compuestos por un número determinado de jueces. La misma disposición normativa que instituía el tribunal tipificaba los delitos que debían ser juzgados en dicho foro.

que decidía cuáles eran las consecuencias jurídicas de tales actividades ilícitas³.

En este contexto es donde se dicta la primera de las *leges de repetundis*, la *lex Calpurnia*. Pasemos a estudiar cuál es el contenido de la citada disposición normativa, para analizar después su significado jurídico-político.

Los jurados, a pesar de que los autores del *crimen repetundarum* pertenecían al ámbito senatorial, se forman con miembros de la propia asamblea de los *patres*; el procedimiento previsto para el desarrollo del juicio era la *legis actio sacramento*, lo que impedía a los damnificados acusar *nomine proprio*, debiéndose hacer representar por *patroni* romanos; el número indeterminado de *ampliaciones* permitía al jurado, cuando así lo creía conveniente, prolongar el juicio indefinidamente, e, incluso, no llegar a dictar sentencia; y, finalmente, la pena fue establecida en el *simpulum* de los bienes extorsionados, no siendo, evidentemente, lo suficientemente disuasoria para que los magistrados romanos dejaran de expoliar a las poblaciones extranjeras⁴.

³ Sobre esta cuestión, *vid.* José Antonio GONZÁLEZ ROMANILLOS, «Antecedentes de la *quaestio de repetundis*», *IURA* 54, Napoli 2003, pp. 136-156.

⁴ La naturaleza jurídica del procedimiento instaurado por la *lex Calpurnia* es una cuestión discutida en la doctrina. Por una parte, la utilización de la *legis actio sacramento* y la previsión de la pena al *simpulum* son elementos pertenecientes al Derecho privado. Sin embargo, el proceso posee también características propias del Derecho criminal, como, por ejemplo, la *ampliatio* y la falta de libertad de las partes en cuanto a la elección de los miembros del órgano juzgador. En mi opinión, esta circunstancia induce a pensar que la naturaleza jurídica de los procesos celebrados ante la *quaestio de repetundis ex lege Calpurnia* tendría un carácter mixto, entremezclándose elementos públicos y privados. En el mismo sentido, William Scott FERGUSON, «The *lex Calpurnia* of 149 B. C. », *JRS* 11, London 1921, p. 95; Carlo VENTURINI, «La repressione degli abusi dei magistrati romani ai danni delle popolazioni soggette fino alla *lex Calpurnia* del 149 a. C. », *BIDR* LXXII, Milano 1969, p. 84; José Antonio GONZÁLEZ ROMANILLOS, *Aspectos procesales del crimen repetundarum de los orígenes a Sila*, Ed. Servicio publicaciones Facultad de Derecho UCM, Madrid 2003, pp. 35 ss. No obstante, no faltan opiniones en contra. Así, Serrao afirma que los procesos regulados por las *leges Calpurnia* y *Iunia* se pueden “considerare più vicini ai *publica* che ai *privata*”. Feliciano SERRAO, «Appunti sui «*patroni*» e sulla legittimazione attiva all'accusa nei processi *repetundarum*», en *Studi in onore di Pietro De Francisci*, Vol. II, Milano 1956, p. 486, n. 2 (= *Classi, Partiti e Legge nella Repubblica Romana*, Ed. Pacini Editore, Pisa 1974, p. 247, n. 34). Por otra parte, Mantovani se decanta por el carácter

Como puede suponerse, y la historia posterior demuestra, esta estructura jurídica no fue muy eficaz en la represión del *crimen repetundarum*⁵. No es difícil vislumbrar, tampoco, que esa, no obstante, no debió ser la intención de la cámara senatorial al hacer aprobar la *lex Calpurnia*⁶. Ya hemos comentado que, con anterioridad a la citada ley, la represión de los actos extorsivos magistratuales se había realizado a través de diversos medios controlados por el senado; la asamblea senatorial, sin embargo, y a pesar de que era la que tomaba las decisiones en este ámbito, debió estimar oportuno la creación de un tribunal que dejara exclusivamente en sus manos la fiscalización de la actividad magistratual fuera de Roma⁷. Hay que tener presente que el senado no sólo tenía interés en proteger a la población aliada o sometida a Roma⁸, sino que una de sus principales preocupaciones era la de controlar la adquisición de riqueza y poder de ciertos miembros de la *nobilitas*, puesto que esta circunstancia hacía

privado del proceso (Dario MANTOVANI, *Il problema d'origine dell'accusa popolare. Dalla <quaestio> unilaterale alla <quaestio> bilaterale*, Ed. CEDAM, Padova 1989, p. 185).

⁵ Las escandalosas absoluciones que se produjeron bajo las *leges Calpurnia* y *Iunia* muestran que los gobernadores provinciales no fueron controlados y que la población provincial no fue protegida: Q. Pompeyo en el año 139 a. C. (Cic., *Font.*, 11. 23; Val. Max., 8. 5. 1), Aurelio Cota con posterioridad al año 133 a. C. (Cic., *Mur.*, 28. 58; *Div. in Caec.*, 21. 69; *Liv.*, *Ox.*, 55; Val. Max., 8. 5. absol. 11), M. Aquilio entre los años 126-124 a. C. (Cic., *Div. in Caec.*, 21. 69; *App.*, *Civ.*, I. 22) y Salinátor con datación imprecisa pero siempre anterior al año 123 a. C. (*App.*, *Civ.*, I. 22).

⁶ Que Calpurnio Pisón Frugi era un tribuno de la plebe afín a la clase senatorial es una cuestión indiscutible. La ausencia absoluta de oposición del Senado a la *lex Calpurnia* confirma este punto. La comparación entre la actitud de la Cámara senatorial con respecto a esta ley y con respecto a la *lex Tab. Bemb.* es bastante elocuente (Cic., *Verr.*, I. 17. 51-52). Además, a Calpurnio Pisón Frugi se le considera en las fuentes como *C. Graccho capitalis inimicus* (*Schol. Bob.*, 233).

⁷ La ausencia de procesos populares, de *quaestiones extraordinariae* y de juicios *apud recuperatores* con posterioridad a la entrada en vigor de la *lex Calpurnia* hace pensar que la *quaestio de repetundis* sustituyó a los citados órganos juzgadores en el tratamiento del *crimen repetundarum*. De esta manera, el plebiscito de L. Calpurnio Pisón Frugi habría supuesto una delegación permanente de la competencia judicial de la Asambleas populares y del Senado en favor de la *quaestio perpetua de repetundis*, siendo este último tribunal el único competente para conocer de los delitos que caían bajo su jurisdicción.

⁸ En una época de permanente expansión territorial se requerían un apoyo militar constante de las comunidades extranjeras y, en consecuencia, la explotación de los pueblos aliados de Roma por magistrados o pro-magistrados romanos era una cuestión que inquietaba a la clase dirigente romana.

peligrar la preponderancia política de la asamblea⁹. Sin embargo, y esto explica la configuración jurídica de la *quaestio*, el senado no deseaba un enfrentamiento directo con los magistrados provinciales, puesto que, no sólo eran miembros de la propia aristocracia romana, sino que su función era primordial para el establecimiento y desarrollo del Imperio y, sobre todo, porque su posición política, económica y militar era lo suficientemente fuerte como para hacer impredecibles las consecuencias de un eventual conflicto.

Esta última circunstancia explica que la *quaestio de repetundis ex lege Calpurnia* no fuera adecuada para cumplir su función, o lo que es lo mismo, ésta fue la causa por la que la *lex Calpurnia* no impidió a los magistrados romanos enriquecerse a costa de la población provincial. De esta manera, la actitud ambigua del senado, es decir, la intención de controlar a los magistrados romanos en las provincias, pero de una forma poco eficaz, provocó que la *lex Calpurnia* no sirviera ni para proteger a la población provincial ni para evitar la excesiva adquisición de riqueza y poder de los magistrados provinciales.

No puede afirmarse, sin embargo, que esta última circunstancia sorprendiera al legislador, puesto que, como ya hemos comprobado, la configuración jurídica de la *quaestio* fue diseñada, precisamente, para que los procesos fueran, en la práctica, inofensivos para los sujetos activos del delito. Hay que tener presente, no obstante, que estamos en el período inicial de la expansión romana por el Mediterráneo¹⁰. De esa forma, si bien es cierto que la *nobilitas* ya era consciente del peligro que suponía que ciertos de sus miembros destacaran en exceso sobre los demás, también es lógico entender que no se podía prever lo que sucedería apenas un siglo después. La ley de Calpurnio Pisón, fue, en estas circunstancias, una disposición normativa que no fue concebida para intentar solucionar el problema de la corrupción de los magistrados provinciales, sino que consistía simplemente en una especie de declaración de voluntad del senado en contra de la expoliación de los provincianos, es decir, en contra

⁹ La historia posterior, con personajes como Mario, Sila o Julio César, muestra cómo esto no sólo era una amenaza teórica.

¹⁰ La primera provincia romana (*Sicilia*) se crea en el año 227, por lo que la cuestión del gobierno de las provincias es, en esta época, un problema prácticamente nuevo en la política romana.

de la adquisición de un poder desmesurado de ciertos miembros de la propia aristocracia romana¹¹.

Es opinión común que la aparición de la figura de Cayo Graco marcó un punto de inflexión en la historia jurídico-política de la República romana. Como es sabido, el tribuno de la plebe fue el artífice de una reforma legislativa en diversos ámbitos que produjo un cambio profundo en la concepción de la lucha política¹². Una de esas leyes, que regulaba el *crimen repetundarum* (*lex Tabulae Bembinae*¹³), será, por razones evidentes, el objeto de nuestro análisis.

Como ya hemos comentado, la experiencia derivada de la *praxis* judicial había demostrado que la *quaestio de repetundis ex lege Calpurnia* no era apta para controlar la actividad de los magistrados provinciales. Las razones, como sabemos, son de diversa índole, aunque puede simplificarse afirmando que los jurados, formados por miembros que pertenecían al mismo orden social que los sujetos activos del delito, no actuaban con la ecuanimidad deseada, el procedimiento no era el adecuado y las penas previstas no eran lo suficientemente disuasorias. Estos aspectos eran, en consecuencia, los que cualquier legislador debía reformar si tuviera la intención de convertir a la *quaestio de repetundis* en un tribunal efectivo

¹¹ Posterior a la ley Calpurnia es la *lex Iunia de repetundis*, plebiscito desconocido que no debió aportar muchas innovaciones con respecto al régimen anterior. La *lex Iunia* debió completar la regulación establecida por la *lex Calpurnia*, ya que la única fuente que la cita (líns. 23 y 74 (81), *lex Tab. Bemb.*) lo hace conjuntamente con ésta. Sobre la autoría y datación de la *lex Iunia* existe el mismo desconocimiento que sobre su contenido. Con los datos que ofrece la tradición no es posible identificar al autor de la *rogatio* de esta ley ni determinar el año en que se produjo su aprobación. En este ámbito, solamente puede afirmarse con seguridad que esta disposición normativa es posterior a la *lex Calpurnia* y anterior a la *lex Tabulae Bembinae*. Sobre esta cuestión, *vid.* José Antonio GONZÁLEZ ROMANILLOS, *Aspectos procesales del crimen repetundarum*, cit. pp. 24 ss.

¹² La actividad legislativa de Cayo Graco no sólo fue profusa, sino que previó reformas muy importantes en diversos ámbitos. El tribuno de la plebe dictó, en este sentido, leyes como la *lex Sempronia agraria*, la *lex Sempronia frumentaria*, la *lex Sempronia militaris*, la *lex Sempronia de provincia Asia*, la *lex Sempronia de capite civis romani* y la *lex Sempronia de provinciis consularibus*. Sobre la legislación de Cayo Graco, *vid.*, en general, Giovanni ROTONDI, *Leges publicae populi romani*, Ed. Georg Olms Verlag, Milano 1912, pp. 307 ss.

¹³ Sobre la autoría y datación de esta disposición normativa, *vid.* José Antonio GONZÁLEZ ROMANILLOS, *Aspectos procesales del crimen repetundarum*, cit. pp. 48 ss.

en la represión del delito de concusión, y eso es, precisamente, lo que hizo Cayo Graco.

Efectivamente, la primera reforma que era necesario acometer era la sustitución de los mencionados jurados por otros. Cayo Graco, en este sentido, no tenía muchas opciones a su disposición, puesto que el único sector social con la preparación y autonomía financiera necesaria para desarrollar tal función en ese momento histórico era, aparte del senatorial, el de los caballeros. De esta forma, y a pesar de que la ruptura del monopolio judicial de los senadores fue una medida que generó una polémica desmedida¹⁴, Cayo Graco colocó a los *equites* al frente de los tribunales de concusión¹⁵.

La reforma del tribuno de la plebe no se limitó, sin embargo, a cambiar la composición de los jurados, sino que introdujo toda una serie de innovaciones jurídico-procesales que tenían como objetivo dotar a la *quaestio* de una mayor efectividad. En primer lugar, sustituyó la *legis actio sacramento* por un procedimiento más público, que permitía a los afectados por el delito iniciar e intervenir en el proceso en calidad de acusadores¹⁶; el nombramiento de *patroni* deja de ser obligatorio y se convierte en facultativo¹⁷; limitó el número de *ampliaciones* a dos, otorgando más celeridad al procedimiento¹⁸; previó la participación de magistrados romanos en la investigación procesal y en la ejecución de la sentencia¹⁹; estableció una serie de minuciosas normas de carácter procedimental, dejando un margen mínimo de discrecionalidad a cada uno de los sujetos

¹⁴ Efectivamente, las fuentes no sólo coinciden en que esta medida originó la lucha entre los senadores y caballeros que tan nefastas consecuencias tuvo, sino que, en ocasiones, acusan abiertamente a Cayo Graco de idear esta reforma para atacar y perjudicar al orden senatorial. Varr., *Non.*, 728. 20-30; Plin., *Nat. hist.*, XXXIII. 34; Cic., *Leg.*, III. 20; App., *Civ.*, I. 22; Diod. Sic., XXXV. 25; 27.

¹⁵ Líns. 12 ss., *lex Tab. Bemb.*

¹⁶ De esta manera, se pasa de un procedimiento inquisitorio, promovido por el magistrado que, a la vez, realiza funciones judiciales, a un procedimiento acusatorio, donde la facultad de promover el proceso recae en un sujeto privado (*nominis delatio*). El nombramiento de *patroni* deja, por tanto, de ser obligatorio y se convierte en facultativo. En consecuencia, el pretor sólo nombrará *patroni* si los acusadores así lo desean. De esta manera, por primera vez en un proceso público, se reconoce plena capacidad procesal activa a los extranjeros. Líns. 3-5, 9, 19, 21, 23-25, 29-30, 41, 60 74 (81)-76 (83), y 78 (85), *lex Tab. Bemb.*

¹⁷ Líns. 9-12, *lex Tab. Bemb.*

¹⁸ Líns. 46-49, *lex Tab. Bemb.*

¹⁹ Líns. 30-40, 57-59, *lex Tab. Bemb.*

intervinientes en el desarrollo del juicio²⁰; determinó la pena en el *duplum* de los bienes extorsionados²¹ y, finalmente, otorgó una serie de premios a los acusadores que consiguieran hacer condenar a un reo²².

Es evidente, dejando a un lado las posibles razones subjetivas de Cayo Graco²³, que el objetivo que perseguía el tribuno de la plebe al hacer aprobar la *lex Tabulae Bembinae* era la efectiva protección de la población del Imperio romano de los abusos cometidos por los gobernantes romanos y sus familiares, función que, por otra parte, es, o debería ser, la ordinaria de las *leges repetundarum*. De esta forma, se ideó una regulación jurídica del delito de concusión que tenía como finalidad intentar evitar que los gobernadores siguieran extorsionando a la población provincial y se articuló un procedimiento para garantizar la efectiva aplicación de la ley²⁴.

Ahora bien, ¿fue la ley de Cayo Graco un instrumento eficaz para la consecución de los fines que inspiraron su aprobación? O, lo que es lo mismo, ¿fue la actuación de los gobernadores provinciales fiscalizada y, en consecuencia, protegida la población aliada o sometida a Roma?

²⁰ Líns. 15, 21-25, 44, 50-54 *lex Tab. Bemb.*

²¹ Lín. 59, *lex Tab. Bemb.*

²² Líns. 76 (83) ss., *lex Tab. Bemb.* Sobre todas estas cuestiones, *vid.* José Antonio GONZÁLEZ ROMANILLOS, *Aspectos procesales del crimen repetundarum*, cit. pp. 90 ss.

²³ Una parte de la tradición ha visto la reforma judicial de Cayo Graco como una medida anti-senatorial (App., *Civ.*, I. 22; Diod. Sic., XXXV. 25; 27). Además, se ha especulado de diversas maneras sobre la posible motivación subjetiva del tribuno de la plebe para llevar a cabo tal reforma. En este sentido, se han esgrimido argumentos como que Cayo Graco quería vengarse por la muerte de su hermano Tiberio o que quería atraerse a los caballeros para adquirir un poder que le diera una posición de supremacía en la política romana. Ciertamente que esta ley trastocó el equilibrio político que existía en ese momento histórico, puesto que a partir de ese momento da comienzo el período de lucha política entre los *equites* y senadores, como así lo reflejan las fuentes más neutrales (Varr., *Non.*, 728. 20-30; Plin., *Nat. hist.*, XXXIII. 34; Cic., *Leg.*, III. 20). Sin embargo, y obviando cualquier valoración sobre las posibles razones personales del tribuno de la plebe para no entrar en el ámbito de la mera especulación, no puede discutirse que la reforma era necesaria y pertinente, lo que coloca en un plano irrelevante las motivaciones subjetivas del legislador.

²⁴ El éxito de la *lex Tabulae Bembinae* en lo relativo a la configuración jurídica de las *quaestiones perpetuae* parece fuera de toda duda, puesto que los tribunales penales que se crearon con posterioridad, relativos tanto a delitos políticos como a delitos comunes, adoptaron la misma estructura que la establecida en la ley gracana.

Si se analizan los procesos celebrados bajo el período de vigencia de la *lex Tabulae Bembinae*, puede observarse no sólo que el porcentaje de absoluciones es con claridad más elevado que el de condenas, puesto que de los doce procesos *de repetundis* que se dan en este período, nueve acabaron en absolución y tres en condena²⁵, sino que el tratamiento que se dio a los acusados fue excesivamente benevolente: de las sentencias condenatorias, la de C. Porcio Catón establece una pena tan baja que se consideraba ridícula (la condena fue fijada en 8.000 sestercios²⁶), y de las absolutorias, la de Q. Mucio Escévola se dictó a pesar de que, según Cicerón, había pruebas que podían indicar la culpabilidad del reo²⁷, y, por último, la de Q. Cecilio Metelo, y esto es más significativo, se produjo como consecuencia de que los jurados ecuestres se negaron a examinar las pruebas que había aportado el acusado al proceso a petición del acusador porque no querían que nadie pensara que dudaban de su integridad moral²⁸. No puede afirmarse, en consecuencia, que la ley de Cayo Graco cumpliera con los objetivos que se propuso el tribuno de la plebe al hacerla aprobar. Ahora bien, si, como sabemos, la configuración jurídica del delito de concusión y la estructura procedimental eran aptas para ello, ¿cuáles fueron los motivos que determinaron el fracaso de la disposición normativa?

El primer ámbito en el que debemos centrar nuestra atención es, evidentemente, la actuación de los jurados. En este sentido, Apiano y Cicerón dan dos versiones completamente contradictorias. El autor alejandrino afirma que los caballeros actuaron en el tribunal de concusión en contra del orden senatorial con total corrupción, casi de una manera despiadada²⁹. Por otra parte, Cicerón, mantiene todo lo contrario, puesto que asegura que los jurados ecuestres actuaron sin la más mínima sospecha de corruptela. Como hemos tenido la oportunidad de observar, del análisis de los procesos celebrados *ex lege Tabulae Bembinae* no parece que pueda darse crédito a ninguna de las versiones ofrecidas por las fuentes, puesto que ni los jurados actuaron en contra de los intereses del

²⁵ Sobre esta cuestión, *vid.* José Antonio GONZÁLEZ ROMANILLOS, *Aspectos procesales del crimen repetundarum*, cit. pp. 153 ss.

²⁶ Cic., *Verr.*, II. 4. 10. 22.

²⁷ Cic., *De or.*, II. 70. 281.

²⁸ Cic., *Balb.*, 5. 11; *Att.*, I. 16. 4; Val. Max., 2. 10. 1.

²⁹ App., *Civ.*, I. 22.

orden senatorial de la manera que narra Apiano, ni tampoco ejercieron su función de una forma tan inmaculada como relata el famoso orador. Entonces, ¿cómo hay que valorar la actuación de los caballeros al frente de la *quaestio de repetundis*?

Como sabemos, Cayo Graco traspasó los tribunales de los senadores a los *equites* para intentar introducir un cierto grado de ecuanimidad en los juicios *de repetundis*. En este sentido, el tribuno de la plebe no pudo elegir, puesto que la única opción viable para desarrollar tal tarea eran los caballeros. Aunque si bien es cierto que los *equites* fue el orden social que se opuso al senatorial en la pugna por obtener una posición de supremacía en la República romana, no hay que olvidar que no eran dos órdenes antagónicamente opuestos. De hecho, tanto los senadores como los caballeros pertenecían al estrato más elevado de la sociedad romana, y sus intereses coincidían en infinidad de ocasiones. Por otra parte, los caballeros tampoco debieron tener una predisposición excesiva a proteger a la población provincial, puesto que una parte significativa de sus miembros eran *publicani*, es decir, recaudadores de impuestos³⁰. En consecuencia, el verdadero instrumento de poder de los caballeros frente al orden tradicionalmente dominante no era el de condenar de forma efectiva a los miembros del orden senatorial, sino simplemente tener la facultad de hacerlo. Es lógico pensar, en consecuencia, que antes de llegar al extremo de condenar al reo se alcanzara un acuerdo que dejara satisfechas a ambas clases sociales. Por eso, los procesos celebrados bajo la *lex Tabulae Bembinae* ofrecieron los resultados antes referidos.

A todo esto hay que añadir otra circunstancia que influyó en el fracaso de la ley de Cayo Graco. Como vimos, el tribuno de la plebe no sólo otorgó el *ius accusandi* a todos los sujetos pasivos del delito, independientemente de su *status civitatis*, sino que también previó la posibilidad de que se hicieran representar por ciudadanos romanos (*accusatio alieno nomine*), en previsión de que los damnificados no tuvieran la preparación suficiente para acusar *nomine proprio*. Lo que no previó Cayo Graco es que esa intervención procesal iba a ser utilizada por estos personajes para alcanzar objetivos que nada tenían que ver con los originalmente

³⁰ Los *Publicani* actuaban en las provincias casi con total libertad, lo que implicaba en numerosas ocasiones que utilizaran métodos extorsivos para conseguir recaudar de la población provincial no sólo la cantidad de bienes que habían sido pactados con el Erario, sino la parte que correspondía a sus ganancias.

contemplados en la ley. Así, los representantes procesales (denominados posteriormente por Craso, *factio accusatorum*³¹), lejos de defender los intereses de sus representados, utilizaron la *accusatio alieno nomine* para alcanzar, en beneficio propio, ventajas políticas y económicas, circunstancia que desvirtuaría por completo los *iudicia repetundarum*. Así, aquellos jóvenes oligarcas que deseaban adquirir prestigio y acelerar el desarrollo de su *cursus honorum* vieron en la acusación *alieno nomine* un vehículo ideal para iniciar su carrera política. La condena del reo no tenía demasiada importancia, y, seguramente, sabían de antemano que el acusado nunca sería condenado. Sin embargo, la publicidad que concedía ejercitar la acusación en un proceso en el cual se “defendía” la integridad moral del pueblo romano, reflejada en la actitud de sus gobernantes, era una oportunidad que no podía desaprovecharse. En otros casos, además, la actividad acusatoria en los procesos *repetundarum* era utilizada como arma política entre los distintos sectores sociales romanos, lo que, evidentemente, desvirtuaba no sólo el resultado final del proceso, sino el mismo desarrollo del procedimiento.

El hecho de que L. Craso, en su discurso a favor de la *lex Servilia Caepionis*, es decir, a favor de la derogación de la *lex Tabulae Bembinae*, centre sus críticas a la ley de Cayo Graco en dos ámbitos, los jueces y los acusadores, ilustra perfectamente cuáles fueron las razones para que dicha disposición normativa deviniera ineficaz³².

En resumen, puede afirmarse que la aprobación de la *lex Tabulae Bembinae* tuvo como objetivo la efectiva protección de la población aliada o sometida a Roma a través de la fiscalización de la actividad de los magistrados romanos provinciales. A pesar de que las fuentes, por razones evidentes, tienden a ver en la reforma intereses personales del autor de la misma, no puede entenderse la *lex Tabulae Bembinae* como una disposición normativa partidista, como tampoco puede ignorarse la necesidad, en ese momento histórico, de una *lex de repetundis* eficaz. En ese sentido, Cayo Graco hizo todo lo que las circunstancias le permitieron, pero, sin embargo, en ocasiones, esto no es suficiente para que la

³¹ Cic., *Brut.*, 44. 164.

³² *Mihi quidem a pueritia quasi magistra fuit, inquam, illa in legem Caepionis oratio; in qua et auctoritas ornatur senatus, quo pro ordine illa dicuntur; et invidia concitatur in iudicium et in accusatorum factionem, contra quorum potentiam populariter tum dicendum fuit* (Cic., *Brut.*, 44. 164).

disposición normativa cumpla los objetivos marcados por el legislador, puesto que, como ya adelantamos, la efectividad de una norma no sólo depende de elementos endógenos, sino que es necesario que los operadores jurídicos actúen de forma honesta para que no se desvirtúe el espíritu del precepto. Es evidente, en consecuencia, que puede haber una gran distancia entre la intención del legislador al hacer aprobar una ley y cómo es aplicada la misma después.

Hemos tenido la oportunidad, por tanto, de analizar dos ejemplos de cómo una ley puede resultar ineficaz: por intención del propio legislador y por una incorrecta aplicación de la norma. En estos casos, los intereses político-económicos de la clase dominante impidieron que se fiscalizara la actividad magistratual en las provincias. Como ya hemos comentado, la primera regulación del *crimen repetundarum* se realizó en un tiempo en el que era muy complicado prever cuáles iban a ser las consecuencias de la excesiva adquisición de riquezas y poder por parte de los gobernadores provinciales. En efecto, era el comienzo de la expansión romana por el Mediterráneo, y las provincias eran todavía pocas y no demasiado ricas. Sin embargo, esa excusa no puede aplicarse a la *lex Tabulae Bembinae*, puesto que en ese tiempo ya se había producido la creación de las provincias de Macedonia en el año 148 a. C., de África en el año 146 a. C. y de Asia en el año 129 a. C. Esto es, el Imperio ya era una realidad, y no era muy complicado ser consciente de la necesidad de articular una legislación *de repetundis* eficaz, que controlara a los gobernadores y mantuviera contenta a la población provincial. Así lo entendió Cayo Graco, y promulgó una ley a tal efecto. Sin embargo, el tribuno de la plebe no previó que no sólo era necesario contar con una disposición normativa técnicamente adecuada, sino que también se hacía imprescindible que los operadores jurídicos que debían aplicar la norma actuaran de una forma correcta. En un orden social tan marcadamente oligárquico como el romano, era casi una ilusión que una ley de concusión pudiera funcionar. Como es sabido, la República romana había estado controlada desde sus orígenes por una aristocracia muy compacta, con unos intereses comunes homogéneos. Quizás Cayo Graco era consciente de ello, lo que no fue óbice para que intentara cambiar el *statu quo*. El resultado ya lo conocemos: su ley no fue eficaz y su actividad reformadora terminaría costándole la vida. Sin embargo, su idealismo no fue en vano, puesto que la política nunca volvería a ser la misma en Roma. En efecto, tanto el orden social de los

caballeros como la posterior facción política de los *populares* no existían como tales en la época en que el tribuno de la plebe hizo aprobar su ley, sino que surgirían precisamente a la sombra de la propia legislación gracana. De esta manera, y a pesar de que el recién creado orden de los caballeros tenía infinidad de intereses comunes con la antigua *nobilitas*, a partir de este momento apareció en el monopolio aristocrático una grieta que terminaría por derrumbar a la mismísima República. Efectivamente, una de las principales causas del cambio de régimen constitucional que se produjo por obra de Augusto fue que el sistema de gobierno republicano no había sido ideado para dirigir los destinos de un Imperio. Es de sobra conocido que la estabilidad política republicana descansaba en una aristocracia compacta que se repartía las tareas de gobierno y en donde existían una serie de controles que evitaban o limitaban las consecuencias de la ambición desmedida de uno de los miembros de la *nobilitas*. Sin embargo, cuando Roma comienza a expandirse por el Mediterráneo, y las causas y, por ende, las tentaciones de riqueza y poder aumentan, la clase dirigente romana no es capaz de anteponer el bien común a los intereses de clase, lo que termina por crear un escenario político en donde cualquier estrategia es aceptada. Es paradójico, además, que una de las “armas” que más fue utilizada en esa batalla política fuera el tribunado de la plebe, puesto que esta magistratura plebeya fue adquiriendo prerrogativas gracias a la reconversión que sufrió por obra de la *nobilitas* para que cumpliera con sus designios³³. En este caso tampoco se pudo prever que, a pesar del control que suponía que un tribuno de la plebe podía vetar la actuación de otro, esta magistratura pudiera ser utilizada

³³ La facultad concedida a los tribunos de la plebe de legislar a través de los plebiscitos, comparándolos a las leyes comiciales, es consecuencia lógica del acceso de los plebeyos más ricos a las altas esferas del gobierno republicano que, confiados y sabedores del control que iban a ejercer sobre esta magistratura, no dudaron en aumentar su ámbito de actuación. Por otro lado, a la antigua *nobilitas* patricia, mezclada ya con la plebeya, también le interesaba tener un instrumento de control sobre las demás magistraturas, en especial sobre los cónsules, y qué mejor medio fiscalizador que la *intercessio* tribunicia. Sin embargo, el Senado, ante un posible desvío de la “finalidad” de la más alta magistratura plebeya, articuló y desarrolló la misma de tal manera que si algún tribuno se desmarcaba de los propósitos senatoriales, hubiera alguna forma de paralizar su actuación. Así, el tribunado de la plebe fue, al igual que las demás magistraturas, colegiado, teniendo cada tribuno la posibilidad de paralizar la actuación de sus compañeros a través del veto. En este sentido, entre los tribunos de la plebe nunca faltaron partidarios de la oligarquía, que mediante la *intercessio* paralizaban la actuación de los otros tribunos, aunque éstos fueran mayoría.

en contra de los intereses de la clase dirigente de una manera tan eficaz. Dicho de otra manera, la maquinaria gubernamental republicana sólo podía funcionar siempre y cuando fuera manejada por una oligarquía sin excesivas ambiciones personales. Este requisito se cumplió mientras no había nada que codiciar, pero cuando la “recompensa” por gobernar fue lo suficientemente atractiva el modelo republicano resultó ineficaz.

En el ámbito estrictamente jurídico, tampoco puede hablarse de un rotundo fracaso de la *lex Tabulae Bembinae*, puesto que, como ya hemos adelantado, la configuración jurídica de la *quaestio* gracana sirvió como modelo para los demás tribunales que se crearon después, no sólo en el ámbito del *crimen repetundarum*, sino en el de todos los demás *crimina*. Además, la medida más innovadora y arriesgada que previó la ley del tribuno de la plebe, esto es, la introducción de los caballeros en los jurados, y a pesar de que fue objeto de las críticas más exageradas, tuvo un éxito inesperado, puesto que los caballeros se mantuvieron en la *quaestio de repetundis* hasta la época de Sila, lo que demuestra que se trataba de una medida pertinente y necesaria. Es evidente, como ha quedado demostrado, que esta reforma no sirvió para solucionar el problema, pero nadie puede poner en tela de juicio que era la única medida que podía adoptarse en ese momento histórico, como tampoco puede dudarse de la valentía de Cayo Graco al propiciar la creación de un cuerpo legislativo que iba en contra de los intereses de su propia clase social.

EFICACIA DEL CONTRATO COMO CREADOR DE PRIVILEGIOS

CARMEN DOLORES BAEZA ORDÓÑEZ

Licenciada en Ciencias Químicas y Derecho. Abogada

Resumen: Paseo por la senda formada por la relación entre la humanidad y el Derecho, por la relación entre la libertad personal y el sometimiento a las leyes, con especial incidencia en la valoración de la libertad contractual.

Palabras clave: contrato, privilegio, historia, libertad

Abstract: Stroll by the footpath formed by the relation between the humanity and the Right, by the relation between the personal freedom and the submission to the laws, with special incidence in the valuation of the contractual liberty.

Key words: contract, privilege, history, liberty

I. INTRODUCCIÓN

He de confesar –a riesgo de ser muy justamente acusada de cursi– que tengo una relación afectuosa con nuestro Código Civil, y que es su Libro IV mi preferido de entre todos los que en él se contienen.

¿Por qué esta simpatía por la regulación de las obligaciones y contratos? Porque, a mi parecer, el legislador, sin abdicar de su obligación reguladora, respeta la libertad individual de cada ciudadano en este libro de leyes.

Y es que cuando la criatura del sexto día decidió hacer uso de su libertad, y comió del fruto del árbol de la ciencia contrariando el mandato de su Creador, eligió desprenderse de su directa, bondadosa y paradisiaca tutela, para vivir por el ancho mundo, sujeto al binomio libertad-responsabilidad que, desde entonces, informa necesariamente su actuación en la vida.

I. Kant considera que tan poética rebelión describe realmente nuestro nacimiento como hombres¹. Tiene esta parte del Génesis, su punto de ingenuo y malicioso, a la forma de las rebeliones de la primera adolescencia, con sus consecuencias perdurables durante toda la vida de quien se rebeló.

La libertad es una de las notas fundamentales de la naturaleza humana. El hombre sufre una amputación en su ser natural cuando se la arrebatan; bien es verdad que forzosamente habrá de ceder algo de libertad cuando se vive en sociedad.

Dice Francisco de Eximemis:

“...cuando cualquier comunidad para su buen estamento y para vivir mejor elige vivir bajo señoría, se puede presumir que la Comunidad hace con su propia señoría pactos y convenios provechosos y honrosos para ella misma en primer lugar, y luego para aquél o aquellos a los que da poder para regirla; y esto por una razón, porque la Comunidad no elige señoría para bien del regidor, sino que elige regidor para bien de si misma”².

Son los pactos y la elección, cosas necesarias para vivir libremente bajo la autoridad que, libremente elegida, debe conducirse según pactos establecidos con sus electores. Los cultivadores del Derecho Natural racionalista, como Pothier, estudiaron el Derecho de Obligaciones desde el punto de vista del pacto y el contrato, que consideraron pieza funda-

¹ SÁNCHEZ DE LA TORRE, A. “La matriz de la libertad. Un ensayo kantiano de interpretación antropológica”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*. Nº 72.

² GARCÍA GALLO, A. *Manual de Historia del Derecho Español*, tomo II., Madrid 1975. pag 810 : EXIMENIS, F. *Dotzen libre del Crestiá*, Valencia 1484. Cap. 156.

mental del ordenamiento jurídico, por respetar la libertad natural de los hombres.

Apropiándome de la antigua terminología de Eximemis, el Legislador es nuestra primera Señoría, porque es quien, por delegación, dice lo que podemos, no podemos, y debemos hacer. A esa Señoría se somete el Juzgador, que juzga si hemos hecho lo que debíamos. También le queda sujeto el Ejecutivo que decide la gestión mas conveniente, dentro de la ley aprobada por el Legislador.

Ya se habrá notado que hablo de una democracia ideal, que se examina con la misma seriedad con la que se estudian los gases perfectos, aunque todos sabemos que una y otros son criaturas imaginarias, en las que ni la presión y sus variaciones, ni las altas temperaturas –consideradas ambas magnitudes en sus significados social y físico– rompen el equilibrio del sistema ideado.

Considero muy de agradecer que esa Señoría legisladora admita para todos los ciudadanos con capacidad suficiente, la facultad de decidir sobre aspectos de su vida, sin inmiscuirse mas de lo necesario. Por eso me gusta este libro de leyes, muy especialmente en cuanto que regula las obligaciones procedentes de los contratos.

Su artículo 1.091 *“Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos”* es, a mi modo de ver, de una extraordinaria belleza. La autonomía de la voluntad, con la que se crea esa fuerza obligatoria queda expresada en el 1.255 *“Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público”*

Con esas normas, los hombres tienen la capacidad de crear un privilegio regulador de la actividad objeto del contrato por ellos concertado, porque, como dice Manresa, no es la ley [promulgada] el origen de la obligación nacida del contrato, lo único que hace la ley es establecer su exigibilidad y garantizar su cumplimiento. La diferencia entre estos privilegios y los promulgados por la autoridad, frecuentemente odiosos, es que no crea situación de desigualdad entre los ciudadanos porque solo afectan a sus creadores.

No hace falta decir que tal respeto del albedrío no nació con el código civil, porque mucho antes quedó expresamente reconocido en la ley úni-

ca del título 16 del Ordenamiento de Alcalá –*Paresciendo que quiso un Ome obligar a otro por promision, o por algund contracto, o en alguna otra manera, sea tenuto de aquellos a quienes se obligó, e non pueda ser puesta excepcion que no fue fecha estipulación*– recogida como 1ª del título 1º del libro X de la Novísima Recopilación³.

Es el triunfo en el derecho castellano del *pacta sunt servanda*, como condición bastante de la obligación contraída, que se libera así del rigor formalista que el derecho romano imponía a los contratos para su eficaz existencia.

El código civil, después de tantos años de experiencia, se limita a recoger lo ya legislado, integrándolo con la jurisprudencia producida antes de su promulgación, y a darle una forma mas apropiada al momento.

Será por ello por lo que fue éste el libro del código que suscitó menos discusión y controversia durante su formulación. Significativamente, el proyecto de 1881 de Ley de Bases, ni siquiera se ocupó de dar directrices para la legislación de las obligaciones y contratos.

La experiencia que procede de tan amplia tradición es una garantía de eficacia social de las normas que regulan los pactos en el derecho privado. Como dice Bachofen “...no hay en el Derecho, ni en ninguna de las otras manifestaciones del espíritu humano, ni absoluta perfección ni comienzo radical y primario: todo es desarrollo sucesivo...”⁴.

El Derecho, como el idioma llegan a la sociedad de la mano de su propia historia. Las leyes castellananas no otorgaron facultad de libre contratación: su redacción indica que los castellananos ya usaban de esa libertad. La ley se limita a sancionar la eficacia del libre pacto, y a elevarlo a la categoría de ley en cuanto a la obligatoriedad de su cumplimiento.

El Derecho de un pueblo, como su idioma, para que sea eficaz ha de tener con ese pueblo una relación natural. Esa natural relación va quedando reflejada en la historia, y ambas cosas van acomodándose a

³ MARTÍNEZ MARINA, F. Juicio crítico de la Novísima Recopilación, *Biblioteca Virtual Cervantes* www.cervantesvirtual.com. Con el pretexto de haber extraído el texto de la ley de este escrito del Dr. Martínez Marina, no me resisto a dejarlo aquí reseñado por lo regocijante que resulta su lectura.

⁴ BACHOFEN. J.J. *El Derecho Natural y el Derecho Histórico*. Lección pronunciada el 7 de Mayo de 1841 en la Universidad de Basilea. Pág 41 Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978.

su propia evolución social. Tiene la historia una gran ventaja: puede estudiarse como hechos ya producidos. Su estudio permite conocer el tipo de sociedad existente cuando se creó una ley, las consecuencias sociales de la aplicación de la ley creada, y los motivos por los que esa ley fue reformada, dejó de aplicarse, o no se aplicó nunca, como sucedió con las tan repetidamente citadas Leyes Partidas, que solo se aplicaron de forma extemporánea al momento de su creación. Y es interesante ese estudio, porque la historia se repite con distintos actores y en diversas circunstancias. No hablo del remedo historicista que tantas veces se ha producido en las artes, sobre todo en la arquitectura y escultura, hablo del estudio racional y omnicomprendido de los hechos.

Nada hay más racional que el estudio de los hechos históricos y sus consecuencias sociales, cuando el fin de este estudio es la valoración de una modificación legislativa, o de la primera regulación legal de un comportamiento social de nueva aparición, porque cualquier modificación introducida en el ordenamiento jurídico incide en el orden social y en el bien común, que son dos cosas muy serias como para someterlas a divertidos experimentos.

No es que yo pretenda unirme por completo a Bachofen contra los iusnaturalistas. De hecho creo firmemente en la existencia de unos principios de Ley Natural inculcados en la mente de cada hombre. Bien es cierto que esos principios no coinciden completamente en unas y otras culturas, pero en ninguna de ellas deja de cumplirse la preciosa definición que Cicerón hace de la Ley Natural en *De republica* 3.

[1] Existe una ley verdadera, la recta razón, conforme con la naturaleza, difusa en todos, constante, eterna, que con sus mandatos induce al deber y con sus prohibiciones desvía del engaño; que ni manda o prohíbe en vano a los buenos, ni mueve, mandando o prohibiendo, a los malos.

[4] Aquel que no la guarda, huye de sí mismo, y ultraja la naturaleza del hombre, y por ello sufre las máximas penas aunque crea escapar a los suplicios.

Tampoco puede obviarse que quien actúe conforme al *imperativo categórico*, definido por Kant como norma de una correcta actuación, con mayor o menor acierto ha racionalizado su proceder, y se ha molestado en examinar su interior y a la sociedad en la que vive, para poder valorar la bondad de la actuación que se propone. Ya se sabe que el hombre no se

conoce a si mismo, pero, al menos *este* hombre, el que busca acomodar su conducta a la categoría de un imperativo con repercusión social, trata de hacerlo, y trata de valorar la influencia de su proceder en la sociedad.

Lo que sucede es que los principios de la Ley Natural, necesarios para informar toda actuación humana, no bastan para la formación de un cuerpo legal orientado al bien común y conformador de un orden público, que forzosamente ha de prever, valorar y describir las variadas circunstancias que pudieran presentarse, o debieran presentarse en la actividad que cada ley regula.

¿Qué es el bien común? Cada sujeto de los que componen el poder legislativo de un Estado tendrá una opinión matizada de lo que considera bien común. Quizás mas exacto sería decir , que cada uno de esos sujetos tiene una opinión sobre el cómo conseguirlo. Para racionalizar tal diversidad, es forzoso valorar la experiencia acumulada a lo largo de la historia de la humanidad, como forma de percibir los efectos sociales de los distintos cuerpos legislativos sobre el conjunto de los ciudadanos a los que ha tenido sujetos.

Si así no se hiciera, si se pretendiere la ideologización de lo social a partir de estudiadas tesis personales de quienes se consideran destinados al diseño de la vida de los otros, en el mejor de los casos se crearía una sociedad como la de la isla Utopía. En esa Utopía no querrían vivir ni sus creadores. Desde luego Tomás Moro tenía serias dudas de querer vivir en la que él mismo había ideado, pese a lo mucho que decía que le gustaban alguna de sus instituciones⁵. Irónicamente se lamenta Bachofen⁶ de que creaciones tan admirables como las de Platón, Tomás Moro y Kant, hayan sido creadas para Estados imaginarios, que tengan Utopía como escenario y se hallen separadas de nuestra tierra por una distancia infinita.

El bien común no puede concebirse de forma desconsiderada para con la verdadera naturaleza de aquellos que conforman la comunidad. Recientes Utopías han caído, rindiéndose ante la evidencia de su fracaso, después de haber pasado tiempo tratando de pertrecharse tras los muros levantados en defensa de un modelo de sociedad en la que nadie quería vivir. El respeto de los principios inculcados en cada hombre en forma

⁵ MORO, T. *Utopía*, final del libro segundo . Colección Austral, Espasa Calpe Madrid, 1999.

⁶ BACHOFEN. J.J. *ibidem* pag. 44.

de Ley Natural es cosa muy distinta del acabado diseño social de los iluminados.

La relación entre el Derecho y el pueblo, aún cuando se consigue que sea natural, nunca es completamente idílica. No puede serlo, porque las leyes llevan en su propia naturaleza la fuerza compulsiva necesaria para lograr su cumplimiento. Aunque pueden ser acatadas por respeto, cuando éste falla, deben ser acatadas por temor. Ningún hombre puede decir que solo por respeto cumple el entero cuerpo legal al que está sometido, porque siempre hay algunas normas que no cumpliría de no ser por temor de las consecuencias de su incumplimiento.

Tan evidente es lo que acabo de decir como lo es el desacuerdo con algunas leyes y consiguiente deseo de resistir frente a ellas cuando, destinadas a la ordenación del comportamiento social o de la estructura económica, se hacen en abierta contradicción con el parecer de muchas personas que, en ocasiones no sin razón, se consideran bien formadas y bien informadas. Muchos de estos descontentos, a menudo consideran que tal proceder no deviene de una honesta búsqueda de la cara del hombre nuevo,⁷ sino que, con espíritu conductista, tiende a la creación de un hombre nuevo, y se preguntan ¿quiénes son ellos para recrearse en tal aventura? Cuando esto sucede, gran número de ciudadanos entran en colisión con el poder, no importa que se les diga que tienen la capacidad de su elección cada cuatro años, porque ni esa capacidad es completa, ni puede reclamar por error de consentimiento. Elector y elegido no tienen una relación contractual, y las leyes no se pactan como los fueros y cartas pueblas en la vieja y democrática Castilla. Ya advertía nuestro Rey Sabio *...e porque el facer es muy grave cosa, é el desfacer muy ligera, por ende el desatar de las leyes é tollerlas del todo que non valan, non se debe facer si non con gran consejo de todos los homes buenos de la tierra, los mas buenos é honrados é sabidores*⁸

Solo un ejemplo: los impuestos son siempre de pago forzado, como indica la propia palabra que los nombra, pero su exigencia puede tener aún algún adorno adicional para su carácter odioso ¿quién no se rebelaría

⁷ SCHORSKE, C.E.. *Pensar con la historia; Ensayos sobre la transición a la modernidad*. Cap. IX “Tensión generacional y cambio cultural”. Ed Taurus pensamiento 2001.

⁸ MARTINEZ MARINA,, F. *Juicio crítico de la Novísima Recopilación: Artículo X*. Edición y estudio preliminar de José Martínez Cardós. *Biblioteca Virtual Cervantes* www.cervantesvirtual.com

ante la obligación de su pago cuando se empieza por estar en desacuerdo con los presupuestos del Estado, que se aprueba sin un claro fundamento científico, y que mas parece un *do ut des* –en votos contra dinero o cesiones de poder–, entre los parlamentarios de las distintas regiones de una nación y el gobierno de la misma? Porque como dice J. Maritain, *el bien común de la sociedad no es la simple colección de bienes privados de cada persona [] debe ser distribuido entre las personas y ayudar a su desarrollo [] El bien común es el fundamento de la autoridad, y es injusta la actividad política que no lo pretenda. Una ley injusta no es una ley.*⁹, y solo la búsqueda de ese bien común debe informar el presupuesto anual de una Nación, para que puedan ostentar, y no detentar, el rango de Ley

La sociedad se expresa por su historia de forma mas fiable que por el voto. La historia va quedando atrás y ya no puede modificarse con una reproducción de hechos que permitan nuevas reacciones sociales ante los mismos. Puede variar la forma de contar la historia, pero nunca, desde el momento en que se han producido, varían los hechos que la están conformando diariamente. El voto tiene una reproducción, puntual, en periodos de cuatro años, y si bien existe la facultad de emitirlo, también existe el interés de conseguirlo por quien ya se encuentra cerca del poder –nadie más tiene posibilidad real de lograrlo– y puede tener tal fuerza ese interés que, para algunas personas, la simple manipulación de la opinión pública mediante la utilización de los medios de control y propaganda que encuentre a su alcance, o ponga forzosamente a su servicio, parecerá pecado venial, comparado con el enorme beneficio “social “ de su ascenso al poder o de la conservación del mismo. Al presente, los medios de información y comunicación son de una eficacia descomunal, que crece con sorprendente rapidez, proporcionando medios de control y posibilidad de comunicación social desconocidos en el pasado reciente, y siempre son mas eficazmente utilizados por quien tiene los medios del poder que por el simple ciudadano.

Si el elegido como poderoso tiene mejores dotes para la convicción que para el gobierno, no será difícil que, marginando su verdadero cometido, dedique sus años de mandato en preparar su elección para el próximo, entreteniéndolo a sus electores con promulgación de leyes que, como los fuegos de artificio, nadie necesita, y que nadie querría si el bri-

⁹ MARITAIN, J . Los derechos del hombre y la ley natural. Cap. I Ed. Biblioteca Palabra.

llo del espectáculo no impidieran ver que tales fogonazos sustituyen a la correcta gestión de la administración de lo público, o manifiestamente la perjudican, y que en ocasiones están destinadas a la consecución de un nuevo orden social, no demandado por el elector pero muy apetecible para el elegido. En esos casos, como dice nuestro compañero de seminario E. Rubio Linares “se impone un sistema de acciones individuales que no responden a la lógica de la que deriva la ley sino a la lógica que deriva de la voluntad del poder”¹⁰

La expresión de voluntad popular que deriva de una votación, debe ser estudiada dentro del entorno histórico en que se produce, para saber cómo se ha formado, y valorar el resultado mas allá de lo que indica el cómputo de los votos.

La regulación del contrato es un oasis legal. Las obligaciones que nacen del contrato son directamente queridas por los contratantes, sin imposición de terceros –aunque esos terceros hayan sido los elegidos para vivir bajo su señoría, Eximenes dixit–, y solo de los propios contratantes y de sus circunstancias personales, depende la satisfacción de sus intereses legítimos.

II. EL CONTRATO EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL

El legislador español optó por separar de los restantes modos de adquirir la propiedad, la normativa reguladora del contratos en general, sirviendo el título II de este libro IV del código, como derecho supletorio para lo no especificado en la regulación de otros modos de adquirir y de obligarse.

Cabe preguntarse si el contenido del título II del libro IV del código civil es realmente eficaz para el tiempo que vivimos.

Dice Martínez Marina, refiriéndose a la Recopilación de leyes anterior al código¹¹:

¹⁰ RUBIO LINARES, E. “Una confusión jurídica que ha hecho historia: de los deberes y obligaciones,” *Teorías y Aplicaciones sobre la noción de Responsabilidad Jurídica*. Fundamentos de Conocimiento Jurídico RAJL. Ed. Dykinson S.L. 2009.

¹¹ MARTÍNEZ MARINA, F. *Ibidem*.

“Es, pues, necesario acomodarse en el estilo y lenguaje de las leyes a la capacidad e inteligencia de aquellos que han de ser regidos y gobernados por ellos. Dos cosas contribuyen señaladamente a este fin: primera, que la ley sea clara, esto es, que produzca y haga nacer en el espíritu una idea que represente exactamente la voluntad del legislador; segunda, que la ley sea concisa y breve, y de suerte que con facilidad se pueda grabar y fijar en la memoria. Brevedad y claridad, he aquí las dos más importantes y esenciales calidades de la ley, en cuya razón dice don Alonso el Sabio: «Las leyes deben ser llanas e paladinas, porque todo hombre las pueda entender é retener en memoria.» Y esto mismo fue lo que se propusieron los procuradores de las Cortes de Valladolid, y el mérito que alegaron para que todas las leyes se copilasen en un volumen. “Porque todos supiesen y entendiesen las leyes de vuestros reinos, así los jueces que han de determinar los pleitos como los abogados que los han de defender, como las partes que litigan”

Ya al tiempo de la promulgación del código civil hubo dos tendencias en la valoración de su eficacia. Hubo quienes opinaron que hubiera podido aprovecharse la codificación realizada para incluir la pléyade de modernos contratos que se derivaban de la actividad industrial y comercial entonces en auge. Hubo quienes opinaron que esa específica regulación tenía su sitio natural en el código de comercio, que llevaba sesenta años en vigor.

Alonso Martínez, con quien coincido, desde la distancia en el tiempo y en la personalidad, manifestó:

“He condenado siempre con energía el empeño de aprisionar la libertad humana en unas cuantas reglas establecidas por la ley. Son válidas y dignas de respeto cuantas combinaciones invente el interés privado con tal que no sean contrarias a la moral y a las buenas costumbres, quepan o no en las clasificaciones siempre estrechas del legislador. [] No hay quien pueda prever todas las combinaciones que pueda crear el ingenio humano estimulado por el aguijón de la necesidad y del interés”.¹²

¹² DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. “El Derecho de Obligaciones en la codificación civil española” *Centenario de Código Civil. Libro colectivo de la asociación de profesores de derecho civil*. Centro de Estudios Ramón Areces.

Se criticó también lo que se consideró una cierta dejadez en el esfuerzo de lograr una depurada técnica legislativa en este libro IV. De hecho ni la obligación ni el contrato están propiamente definidos en este libro IV a ellos dedicado, quizás porque se trata de un libro normativo y no de un libro filosófico. El código delimita el concepto de obligación en sus artículos 1088 y 1089, diciendo los efectos de haberla contraído y las causas por las que se contrae. El concepto de contrato queda fijado señalando —artículos 1254 y 1258— en que momento puede considerarse existente, y en el artículo 1261 los requisitos necesarios para constituir su esencia.

Parece que basta con esas precisiones, los problemas sometidos a decisión judicial se analizan y resuelven valorando los actos de los contratantes y sus consecuencias, no los conceptos filosóficos. Significativamente, la única libertad que se escatima a los contratantes es la de calificar de forma irrevocable la naturaleza de su contrato, pues la calificación, —en caso de que afecte a la ejecución del mismo o lesione derechos de terceros, y acabe siendo objeto de litigio—, será el Juez quien la haga, evitando así, en el caso de un correcto enjuiciamiento, que con una definición interesada se pretenda camuflar la verdadera naturaleza del objeto del contrato y de su causa.

Los problemas no vienen de la falta de correctas definiciones filosóficas, sino de la valoración para cada caso concreto del significado de los límites legales a la libertad contractual, que impone el código, y que tienen por objeto la defensa del orden público, entendido como bien común.

III. LA LIBERTAD CONTRACTUAL

La libertad contractual queda sancionada en el artículo 1255 del código. Sus únicas limitaciones son la ley, la moral y el orden público. Como dice Manresa, esta forma de acotar la extensión de la libertad contractual, ya da idea de su gran amplitud¹³. La clarísima delimitación impuesta por la ley, la menos definida referida a las normas de la moral aceptada socialmente, y el orden público, interpretado para este límite como inte-

¹³ MANRESA NAVARRO, J. M. *Comentarios al código civil español*, tomo VIII, Ed. Imprenta de la revista de legislación. Madrid 1901.

res público y social en algunos aspectos del derecho privado destinados a la defensa de las instituciones socialmente aceptadas, son sus únicas limitaciones. El resto es libertad de pactos en cláusulas y condiciones para llegar al contrato sobre el objeto de interés principal. Los requisitos establecidos en el capítulo II de este título, no recortan libertades, sino que aclaran la naturaleza de los límites establecidos por la ley.

Nada que esté oculto se descubre si se apunta que la libertad de los contratantes –directamente relacionada con la igualdad de partida ante el negocio jurídico– queda matizada por el poder de decisión de cada uno de ellos. Distinta será la posición, en contrato de trabajo o de obra, si quien interesa el servicio tiene varios candidatos para hacerlo, que si su interés se centra en uno concreto, distinta será la posición del trabajador si necesita imperiosamente un trabajo pagado, que si varias entidades se disputan la posibilidad de contratarlo; distinta será la posición de quien se ve forzado a vender su casa para pagar deudas vencidas, del que la compra por el mero interés de ampliar su patrimonio inmobiliario. Son desigualdades creadas por el curso vital de las partes, que, me atrevo a decir, escapan del control legal de la igualdad entre los contratantes, que no puede extenderse más allá del momento en el que éste se realiza.

La igualdad en la posición de las partes es más difícil de ver en los contratos de adhesión para la prestación de un servicio por grandes compañías. Tienen mala fama, por ser muy evidente la desproporción existente entre una gran compañía de servicios y la persona que quiere contratar el servicio que ésta presta. Nadie puede sustraerse a la necesidad de realizar tales contratos, porque la vida en sociedad hace necesario el uso de los servicios prestados por esas compañías. La autosuficiencia en el abastecimiento de energía –por poner un ejemplo– que haga posible cubrir las necesidades de una simple vivienda familiar es cosa de personas poco frecuentes, muy ingeniosas, con muy pocas necesidades y un gusto especial por su independencia en asuntos en los que el común de los mortales es tan dependiente.

Marginando tal rareza ¿Quién puede pretender la conversación con personas que se encuentren al otro lado del mundo si no tiene un contrato con una compañía telefónica? ¿Y quién dar la vuelta al mundo en menos de 80 días, si no contrata pasaje en las compañías de transporte? Y si se pretende hacerlo en avión privado ¿sería posible sin aprovisionarse del combustible que facilitan las compañías encargadas de su distribución?

¿sin relación alguna con los controladores de los aeropuertos? ¿A quién se le ocurriría pensar en que se haría la luz pulsando un simple interruptor, si no tiene un contrato con una compañía distribuidora de energía eléctrica, o abrir un grifo con la pretensión de que salga el agua de inmediato, si no contrata con la compañía que se ocupa de que el agua llegue a su casa desde sitios muy remotos? Serían absurdas tales pretensiones, como lo serían tantas y tantas actividades que las grandes compañías de servicios facilitan a los usuarios de los mismos, sin el que no sería posible concebir nuestra forma de vida actual.

Lo que acabo de decir me hace dudar muy seriamente de que esa desigualdad de apariencia tan evidente sea real, al menos, no creo que sea esencial. Evidente es que quien quiera llevar una vida normal al uso de hoy día, ha de ser usuario de los servicios de tales compañías, pero no es menos evidente que esas compañías necesitan de todos sus numerosos usuarios para no morir de inanición. Evidente es que, tan grande como su poder es su esfuerzo por existir, y enormes las dificultades de necesaria superación para posibilitar su creación. Impresionante resulta la brillantez intelectual de científicos y técnicos, inventores, descubridores de los mecanismos necesarios para sacar de la Naturaleza todas las posibilidades de las que ahora nos servimos con toda naturalidad, y sin los que no sería posible la existencia de las empresas distribuidoras de los servicios por ellos inventados, ni la vida de los usuarios de los mismos.

Para eliminar todo juicio peyorativo sobre los contratos de adhesión, bastaría hacer un somero cálculo de las posibilidades que el usuario tendría de disfrutar del servicio que se le ofrece con un coste menor del que se le pide, en tiempo, esfuerzo y dinero, en el caso de que él se viera forzado a realizar todo cuanto la gran compañía le da ya hecho. Y esto en referencia al servicio prestado, porque ¿sería beneficiosa para el usuario la facultad de participar en solitario frente a la empresa, en la redacción de un contrato de uso o suministro? Al menos, el contrato de adhesión pone de manifiesto una gran cantidad de pormenores de obligada consideración, que pasarían inadvertidos para el usuario medio. Pero, siguiendo este camino del contrato preestablecido, como dice Federico de Castro,¹⁴ las mercantiles fueron apropiándose del carácter de los reglamentos de

¹⁴ De CASTRO, Federico. *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*. Discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación el 27 de Abril de 1961.

servicios prestados por la administración pública, y fue necesario controlar su actividad contractual.

Si cuando irrumpieron en el mercado las empresas de distribución, abusando del enorme poder social obtenido, se atrevieron a imponer al usuario cláusulas ilegales, como la exención de responsabilidad por defectuoso cumplimiento de lo pactado, obligando a cada uno de ellos a procurar en solitario su defensa frente al desafuero, hoy la situación es muy distinta. Además de la defensa contenida en las normas de aplicación general, existe una vigilancia previa de la legalidad de las condiciones generales de contratación ahora con regulación especial que pormenoriza para los casos concretos la normas generales que regulan las obligaciones y los contratos. En alguno de sus aspectos quedan excluidos de este razonamiento los contratos bancarios, mas difíciles de controlar por ser el dinero, no solo un bien fungible, como también lo es la electricidad, sino que una vez destinado a una operación financiera por el banco depositario, tiene un destino desconocido para el usuario, quien de alguna forma pierde su control directo, lo que inevitablemente se traduce en desigualdad entre las partes, mas difícil de corregir en este tipo de contratos.

Distinto sería el caso de que el funcionamiento de tales empresas estuviera sujeto a concesión administrativa, o actuaran en régimen de monopolio. Sería distinto porque en esos casos sería preciso valorar muy cuidadosamente si las concesiones administrativas se han hecho en condiciones de igualdad y con la mirada puesta en la eficacia y el bien común, si los monopolios son inevitables para la correcta prestación del servicio, y si existe una posibilidad real de que nazca la competencia. El poder político interviene en estos casos, y cuando esto sucede, el análisis de las situación debe ampliarse para tener en cuenta parámetros que no intervienen dentro de las reglas de libre mercado, y quedan fuera del derecho privado contenido en el libro IV del código civil, entrando en el ámbito del derecho administrativo.

En el ámbito del derecho privado se legisla en defensa de la libertad objetiva de los intervinientes en el negocio jurídico, y en el momento en que este se realiza, incluyendo preliminares preparatorios y trámites necesarios hasta su completa ejecución . Ese es el equilibrio de poder que garantiza el cumplimiento de la normativa. La defensa del objetivamente incapaz no incluye la de aquellos a los que su propia historia vital coloca en situación de una forzada contratación en condiciones menos

favorables que las que hubiere deseado, previsto o imaginado si fuere otra su situación.

IV. EFICACIA, EFECTIVIDAD, EFICIENCIA

Si nos limitamos a valorar la eficacia del artículo 1091 del CC, he de decir que la capacidad de esta norma para obtener el efecto por ella perseguido es total. Cuando el contrato es tal – porque no incide sobre materia reservada, ni pretende efectos ilegales, y se realiza con capacidad suficiente y buena fe– los contrayentes crean una ley privada que regulará su comportamiento de acuerdo con las estipulaciones pactadas. La eficacia es total; la norma tiene la necesaria capacidad para producir el efecto por ella perseguido. Las escasas limitaciones que el código civil impone para la eficacia del contrato celebrado son, generalmente, de apreciación directa por los ciudadanos, porque están incluidas de forma natural en los principios de la buena fe. Son muy pocos los que exigen forma solemne, y, salvo la donación de inmuebles, que pudiera creerse validamente realizada en contrato informal, siempre han de celebrarse ante, o con, persona con conocimientos técnicos, que informarán de tal extremo.

La gran mayoría de los contratos se conciben sin problemas, y sin problemas llegan a su perfección. Las normas del código civil destinadas a pormenorizar los requisitos para la validez de los contratos son fácilmente entendibles, y casi puede decirse que no hace falta su conocimiento para que de forma natural se considera que deben cumplirse.

No siempre puede decirse lo mismo en los casos en los que el contrato no se ejecuta de forma inmediata al momento en el que ha alcanzado su perfección, y en los que se prevé su consumación a distancia de muchos años, con ejecución continuada durante todo ese tiempo. Las medidas previstas para defender el cumplimiento de lo estipulado en el privilegio contractual y prevenir situaciones de injusticia en tales supuestos, son de eficacia en ocasiones cuestionada.

Como ejemplo de lo dicho, pongo sobre este papel la prohibición del pacto comisorio en los contratos de garantía. Parece claro y respetable el objeto de esta prohibición: la defensa del deudor como parte más débil, impidiendo su injusto empobrecimiento frente al enriquecimiento injusto

del acreedor. Quizás, esta prohibición trate de prevenir el fraude de otros posibles acreedores, aunque este parecer choca con la admisión legal de la dación en pago.

La prohibición que parece implícita en el artículo 1859 del código –si atendemos a los antecedentes establecidos en Las Partidas y en el artículo 1775 del proyecto de 1851 del código civil, así como en reiterada jurisprudencia–, y que expresamente se contiene en su artículo 1884, trata de evitar consecuencias terribles para personas que se encuentran en circunstancias terribles. El problema es que no siempre lo consigue. Parece eficaz como norma general destinada a la defensa del deudor, pero deja de parecerlo cuando, como alternativa, se llega a una ejecución hipotecaria con subasta pública de los bienes dejados en garantía. En esos casos, la experiencia indica que solo se beneficia el adquirente por bajo precio del bien subastado, porque es probable que el precio alcanzado no alcance para pagar la deuda contraída, y en su consecuencia, deudor y acreedor permanecen como tales, pero ahora el deudor no tiene bienes para responder de la deuda, perdidos de forma lamentable, y el acreedor carece de la garantía que había previsto para su cobro. No parece que este referido supuesto tenga una regulación muy eficaz, y pudiera pensarse que su eficacia aumentaría sustituyendo la tajante prohibición del pacto comisorio por una cuidadosa regulación de la posibilidad de establecerlo, por supuesto en su modalidad no directamente confiscatoria que desde la antigüedad hizo odioso hasta su nombre. El pacto marciano¹⁵, que admite la realización privada del bien sujeto a garantía –sobre precio objetivamente determinado–, no tiene por que ser mas perjudicial para el deudor que la pública subasta, y tampoco lo es para el acreedor, que consigue de esa forma el cobro de su crédito, siempre que esté en condiciones de entregar al deudor la parte del precio remanente tras ese cobro. La regulación general de un pacto de esta naturaleza, que permitiese una eficaz vigilancia judicial de las condiciones en las que tal pacto se realiza, y en

¹⁵ Este pacto constituye una excepción a la prohibición del pacto comisorio y debe su nombre al jurista romano Marciano que elaboró la consulta contenida en el Digesto 20,1,16,9 del siguiente tenor literal: “Puede constituirse la prenda y la hipoteca de modo que si no se paga la cantidad dentro de determinado plazo, el acreedor pueda poseer la cosa por derecho de compra, mediante pago de la estimación que se haga conforme al justo precio. En este caso, parece ser en cierto modo una venta bajo condición, y así lo dispusieron por rescripto los emperadores Septimio Severo, de consagrada memoria, y Antonino Caracalla (Marcian., ad form, hypoth)”.

las que se ejecute en caso de incumplimiento de la obligación principal, pudiera ser provechosa para las partes contratantes, sin que hubiera perjuicio ilícito para otros eventuales acreedores, que de todas formas, no podrían intentar su derecho de cobro sobre un bien ya sujeto para garantizar el crédito de un tercero, si ellos no hubieren garantizado su crédito sobre ese bien. El Derecho francés ya ha contemplado la reforma de su código civil en este sentido. En el Derecho español, ya se ha reconocido la eficacia de este pacto –en los artículos 6 y 11 del RDL 5/2005 de Reformas Urgentes para el Impulso a la Productividad y para la Mejora de la Contratación Pública– para supuestos de garantías financieras, para los que ya venía siendo admitido por la Jurisprudencia.¹⁶

La valoración de la efectividad requiere de un componente menos objetivo que el de la eficacia. Una vez obtenido el efecto perseguido en forma de objeto del contrato, con puntual cumplimiento por parte de los contratantes de las estipulaciones pactadas, cada contratante medirá la efectividad de su pacto en relación directa con el beneficio real, satisfacción personal, que ha producido en su vida la obtención de ese deseado objeto. La efectividad está relacionada con la causa del contrato, con el motivo que impulsó a hacerlo y se valora en relación con el acierto personal en la búsqueda de los efectos perseguidos con su celebración.

La eficiencia, como la eficacia, tiene una valoración objetiva, pero es mas compleja en el caso de la eficiencia, por incluir elementos subjetivos. La eficiencia, *ratio* entre el logro y el esfuerzo requerido para lograrlo, empezará a valorarse por cada contratante en el momento en que se propone el contrato, y no termina hasta que se completa su ejecución y la de todos los efectos que le son inherentes. La valoración de la eficiencia de una concreta actividad contractual debe medir el esfuerzo necesario para hacer atractivo el objeto del contrato para la contraparte. Debe medir también los eventuales inconvenientes en la ejecución del contrato, y , si el inconveniente procede del incumplimiento de alguno de los contratantes, debe medir el esfuerzo de requerir la intervención judicial necesaria para compeler al incumplidor. Es un hecho la abundantísima jurisprudencia generada por el artículo 1124 del código, porque durante

¹⁶ Sobre esta materia quedan recomendados dos interesantes artículos publicados en la revista *El Notario del siglo XXI*, firmados respectivamente por RODRÍGUEZ PRIETO, F. el 28-10-2005, REDONDO, F. en Marzo de 2008, y SERRANO DE NICOLÁS, A. el 22-10-2008.

el tiempo que dura la ejecución de un contrato se pone a prueba la buena fe de las partes, y su acierto en la valoración de los derechos que para cada una de ellas nacen del contrato suscrito, y de las obligaciones que llevan aparejadas estos derechos. No es infrecuente que una incorrecta, o interesada, valoración de las obligaciones de una de las partes, pretenda que se ha producido la *exceptio non adimpleti contractus*, que la exonera del cumplimiento de su parte del contrato, y es ésta una situación que, de no resolverse extrajudicialmente, o en su caso mediante nuevo acuerdo, ha de ser forzosamente sometida a la valoración judicial. Pero también es un hecho que el paso por un juzgado, crea una situación imponderable, o de tan difícil ponderación, que hace imposible la valoración apriorística de la eficiencia de cualquier norma de nuestro Derecho, y, en no pocas ocasiones se precisa valorar con prudencia si resultará eficiente procurar la intervención judicial para corregir los efectos del incumplimiento que nos perjudican.

Efectividad y Eficiencia contienen componentes personales que han de considerarse dentro del análisis de la ley escrita. Su valoración no puede ser general, y debe hacerse en cada caso concreto.

Quien haya llegado al final de la lectura de esta modesta colaboración, habrá podido observar que el tinte romántico que se percibe en mi entusiasta aprecio por el respeto de la libertad personal del libro IV de nuestro código civil, no es capaz de ocultar la necesidad de su constante valoración por todos los operadores jurídicos, que expongan conclusiones a los cuerpos técnicos legislativos, totalmente independientes de cualquier tendencia partidaria, para que, prudentemente, *con gran consejo de todos los homes buenos de la tierra, los mas buenos é honrados é sabidores*, procedan al estudio de la posibilidad de limar aristas y evitar obstáculos legales que resulten entorpecedores de la Justicia, como así quedó previsto que se haría en la Base 27 de la Ley de 11 de Mayo de 1888.

Y todo lo he dicho con el convencimiento de que el Paraíso está definitivamente perdido. Que pudo existir porque fue gobernado por un Ser superior. Los que quedamos al otro lado de sus fronteras somos todos iguales, y la pretensión de mejorar de nuestra condición aumentando progresivamente la protección estatal con la esperanza de recuperar la felicidad descuidada que se dice que tuvimos, no ha demostrado resultados excelentes, porque el gobierno de la organización estatal no está formada por seres esencialmente superiores a los demás, ni siquiera puede

asegurarse que sean los mejores de entre los que conforman la comunidad sometida a su gobierno. Cuando una sociedad cae en la tentación de buscar completa protección pública ante cada uno de los problemas personales de todos los ciudadanos, acaba desmesurando su pretensión, y termina comprobando que el lamentable estado en el que ha quedado la libertad de cada quién, no puede compensarse con lo que se recibe a cambio de tal sacrificio.

TENDENCIAS PRIVATIZADORAS DEL DERECHO PENAL: DIVERSAS MANIFESTACIONES

FERNANDO SANTA CECILIA GARCÍA
Profesor de Derecho Penal y Criminología. UCM

Resumen: Frente a la tradicional naturaleza pública del Derecho Penal se produce un recelo hacia lo oficial, formal o ritual, comienza un giro privatizador que mira a modelos foráneos integradores de corte angloamericano, con nuevas fórmulas negociadas para resolver con notorio pragmatismo el fenómeno criminal: conciliación-reparación, mediación y conformidad. Ello afecta a la concepción de la pena, función jurisdiccional y rol del proceso.

Palabras clave: Derecho público y privado, pena, ius puniendi, modelo integrador, conciliación, reparación, mediación, conformidad. Seguridad privada.

Abstract: Because of the traditional public nature of Criminal Law, there is a process of distrust to everything that relates to formality or officiality. As a consequence of this process it begins a privatization move that approaches the integrative models of angloamerican source, that have new, negotiated ways to resolve –with strong pragmatism– the criminal problem: settlement-reparation, mediation and conformity. This affects the conception of punishment, jurisdictional function and process.

Keywords: Public and Private Law, ius puniendi, integration model, settlement-reparation, mediation, conformity. The «plea bargaining system». Private security.

I. CUESTIÓN PREVIA

No quiero empezar este trabajo sin expresar, una vez más, mi agradecimiento a mi querido compañero y amigo el Profesor Dr. D. Angel Sánchez de la Torre y colaboradores, por permitirme formar parte de su Seminario, compartiendo con filósofos y juristas de prestigio los diferentes conocimientos dentro del marco de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación¹.

II. HACÍA UN PROCESO PRIVATIZADOR DEL DERECHO PENAL

Pocos cuestionan hoy la naturaleza inequívocamente «pública» del Derecho Penal². Tan sólo el Profesor GUASP en España, desde una argumentación procesalista que sobrevalora la teórica posición de igualdad de las partes en el proceso penal³; y un sector de la doctrina penal francesa,

¹ El Profesor SANCHEZ DE LA TORRE es Catedrático de Filosofía del Derecho y Derecho Natural en la Facultad de Derecho UCM. y Presidente de la Sección de Filosofía de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Mi agradecimiento especial a la Dra. D^a ISABELARACELI HOYO SIERRA (brillante ex alumna mía), por su infinita paciencia y buen hacer para que este trabajo pueda ser publicado.

² RODRIGUEZ DEVESA, JM^a/SERRANO GOMEZ, A., '*Derecho Penal Español*', PG., 18^a edición, revisada y puesta al día. Editorial Dykinson, Madrid, 1995, págs. 10 y ss, 40 y ss.; LANDECHO VELASCO, CM^a/MOLINA BLAZQUEZ, C., '*Derecho Penal Español*' PG. 7^a edición. Editorial Tecnos, Madrid, 2004, pág. 60; COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTON, TS., '*Derecho Penal*'. PG. 5^a edición, corregida, aumentada y actualizada. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 39 y 40; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., '*Introducción al Derecho Penal*'. 4^a edición. Editorial Ramón Areces, Madrid, 2006, págs. 55 y ss.; POLAINO NAVARRETE, M., '*Derecho Penal*'. PG. Tomo I. Fundamentos científicos del Derecho Penal. Editorial Bosch. Barcelona, 1996, pág. 111.

³ GUASP, J., '*El individuo y la persona*' en Revista de Derecho Privado. Madrid, 1950, págs. 3 y ss. Si en los delitos llamados privados es precisa la denuncia o querrela del ofendido, no es porque el particular sea el titular del *ius puniendi*, sino porque el Estado, verdadero titular, condiciona a tal iniciativa el ejercicio del derecho de castigar y que únicamente a él compete. Cfr., ANTON ONECA, J., '*Derecho Penal*', 2^a edición. Anotada y puesta al día por José Julián Hernández Guijarro y Luis Beneytez Merino. Editorial Akal. Madrid, 1986, pág. 19; CUELLO CALÓN, E., '*Derecho Penal*'. Revisado y puesto al día por César Camargo Hernández, Tomo I, PG., Vol. Primero. 18^a edición. Editorial Bosch, Barcelona 1980, pág. 15; QUINTANO RIPOLLES, A., '*Curso de Derecho Penal*', Tomo I. Editorial

que asigna al *ius puniendi* el pobre rango de «derecho meramente sancionatorio» *tertium genus* que equidista tanto del Derecho Público como del Privado, se atreven con escaso éxito a hacerlo⁴.

El tránsito de la pena privada de la justicia primitiva a la pena «pública» del Derecho Penal moderno, fue lento y sinuoso pero inexorable. Poco a poco la sociedad cobró conciencia de que la intervención del Estado monopolizador del *ius puniendi* es garantía de justicia e igualdad⁵. Ante todo saber que la mediación del sistema legal introduce saludables mecanismos de control frente a reacciones desmedidas y vehementes de la colectividad victimizada y que el delito no es un problema doméstico, privado, que enfrenta a infractor y víctima, sino un doloroso problema social y comunitario cuyo adecuado abordaje interesa a todos⁶.

No deja de ser por ello, paradójico que hoy se observen síntomas de privatización en los diversos segmentos del sistema penal, de recelo hacia lo público, lo oficial, lo formal, lo ritual, en aras de obtener una mayor eficacia, eficiencia y efectividad del sistema. Se mira, quizás para buscar una cobertura que legitime el giro privatizador mencionado, a modelos foráneos de corte angloamericano fundamentalmente, que priman el principio de oportunidad sobre el de legalidad; y que practican desde sus orígenes fórmulas negociadoras —el «*do ut des*», la llamada «justicia negociada», el «*plea bargaining system*»— para resolver con

Revista de Derecho Privado. Madrid, 1963, págs. 2 y ss.; PUIG PEÑA, F, '*Derecho Penal*' PG. 7ª edición. Actualizada con la colaboración de Gregorio Ortiz Ricol. Madrid, 1988, págs. 5 y ss.

⁴ La doctrina francesa discute la pertenencia del Derecho Penal al Derecho Público Privado, incluso sostiene la autonomía del Derecho Penal sobre la base meramente sancionatoria y que resulta imposible clasificarlo en un determinado sector del ordenamiento jurídico utilizando criterios convencionales. Lo cierto es que los operadores jurídicos franceses tienen una vasta formación privatista, siendo el Derecho criminal aplicado por tribunales muy identificados con técnicas civilistas, lo que exige un indudable conocimiento del Derecho Privado. Vid., MERLE, R., VITU, A, '*Traité de Droit Criminel*', T. I., 13ª Ed. Edit. Cuyas, Paris, 1978, págs. 212 y ss.

⁵ Vid., GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., '*Introducción al Derecho Penal*', ob. cit., págs. 459 y ss.

⁶ Véase, por todos, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., '*Tratado de Criminología*', 4ª edición actualizada, corregida y aumentada. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 99 y ss.; del mismo, '*Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*', 6ª edición corregida y aumentada. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 87 y ss.;

notorio pragmatismo el problema criminal⁷. La «pena justa y merecida» y la «aritmética penal» dan paso a la habilidad negociadora de las partes, al acuerdo o pacto entre éstas, lo que en términos de eficiencia supone un menor costo social; no debemos olvidar que la reparación del daño está íntimamente unida a estos nuevos modelos privatizadores, movimientos anglosajones y su refuerzo teórico (el *labelling approach*), pretenden dar una respuesta pronta y eficaz a la víctima del delito que es lo ésta realmente demanda, nace así la llamada «justicia comunitaria», la «justicia restauradora», con unas expectativas que permiten obtener una redefinición del rol de la víctima en el problema criminal (infractor, víctima, sistema legal)⁸, hasta el punto de que los nuevos modelos legales condicionan la obtención de determinados beneficios sustantivos procesales, incluso penitenciarios, a la reparación del daño a la víctima, o tener satisfechas las responsabilidades civiles derivadas del delito⁹.

⁷ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., 'Introducción al Derecho Penal', ob. cit., págs. 67 y ss.; Del mismo 'Reflexiones criminológicas y político criminales al modelo de responsabilidad (penal) de la LO. 5/2000, de 12 de enero', en: Los Menores ante el Derecho, responsabilidad, capacidad y autonomía. Un estudio de Derecho comparado. Edita Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho. UCM. Madrid, 2005, págs. 157 y ss.; CABEZUDO RODRIGUEZ, N., 'El Ministerio Público y la justicia negociada en EEUU'. Edita Comares, Granada, 1996, págs. 2 y ss.; FERNÁNDEZ MARTÍN, F./URBANO CASTRILLO, E., 'La conformidad penal, una ley pendiente y necesaria', Revista La Ley, año XXIII, núm. 5579, de 3 de julio de 2002.

⁸ Respecto a estos nuevos modelos (justicia comunitaria, restauradora, *therapeutic jurisprudence approach*) y las expectativas que genera, vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., 'Tratado de Criminología', ob. cit., págs. 1033 y ss.; del mismo, 'Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos', ob. cit., págs. 643 a 677.

⁹ Así, al régimen tradicional de la responsabilidad civil *ex delicto* (arts. 109 a 122 CP) debe de añadirse la reforma introducida al Código Penal por la LO. 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas (BOE 1 de julio de 2003). Esta Ley persigue, entre otros objetivos, "perfeccionar el ordenamiento jurídico" a fin de concretar de manera íntegra y efectiva el cumplimiento de ciertas penas y por la comisión de determinados delitos, dando un mayor protagonismo al principio de legalidad y de seguridad jurídica reconocidos en los artículos 9 y 25 de la Constitución. Al mismo tiempo condiciona la obtención del tercer grado penitenciario y la libertad condicional al cumplimiento de la responsabilidad civil *ex delicto*, si bien este requisito y de acuerdo con la posterior LO. 15/2003, de 25 de noviembre, deberá de valorarse en función de las circunstancias personales de cada penado, teniendo en cuenta la conducta efectivamente observada por él en orden a la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización de perjuicios materiales y morales (arts. 81 y 88 CP.). Sobre la materia, matizadamente, puede

Baste con observar, entre otros muchos ejemplos, el incremento de delitos privados y semipúblicos, incluso en ámbitos muy distantes de los derechos de la personalidad¹⁰; en la conciliación, prevista en la legislación del menor, que no obstante trata de aplicarse por una atípica vía «experimental» a la jurisdicción penal de adultos, sin cobertura legal alguna¹¹; en la sentencia por conformidad, potenciada sin medida en las

consultarse el trabajo de GONZALO RODRIGUEZ, RM^a, ‘*Análisis del Código Penal de 1995 tras la LO 7/2003, de 30 de junio, de Medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas*’, en Revista La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario núm. 9. Año I, octubre 2004. Estudios monográficos “Ejecución de sentencias penales”, Editorial La Ley, Madrid, 2004, págs. 75 a 94.

¹⁰ Además de los clásicos supuestos del Libro II CP.: reproducción asistida sin consentimiento de la mujer (art. 162.2 CP.), libertad sexual (art. 191.1 CP.), intimidad, propia imagen, inviolabilidad del domicilio (art. 201.1 CP.), tenemos también: El artículo 215 CP. (delitos contra el honor) exige como requisito de procedibilidad la querrela de la persona ofendida por el delito o representante legal. El artículo 267 CP. condiciona la persecución de los daños imprudentes, entre otros requisitos formales, a la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal; el artículo 287 CP. para proceder por los delitos relativos al mercado y a los consumidores considera necesaria la denuncia de la persona agraviada o representante legal, salvo que se afecte a intereses generales o una pluralidad de personas; lo mismo sucede con los delitos societarios, de acuerdo con el artículo 296 CP. Por su parte en el Libro III CP., tenemos entre otras las faltas contra las personas de amenazas, coacciones, injurias o vejaciones leves (art. 620 CP. con las excepciones del último párrafo), derivadas de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género; infracciones imprudentes leves con resultado de muerte o lesiones (art. 621.6 CP.), alteración de términos o lindes de pueblos o heredades, señales o mojones destinados a fijar los límites de propiedades o demarcaciones de predios públicos o privados cuya utilidad no exceda de 400 euros como modalidad usurpatoria (art. 624 CP.), sin perjuicio de que en faltas perseguibles a instancia de parte, por la persona agraviada, pueda de acuerdo con el principio de oportunidad denunciar el Ministerio Fiscal en supuestos de minoridad, incapacidad o persona desvalida, no impide la ausencia de denuncia la práctica de diligencias a prevención (art. 639 CP.). Sobre este último particular, puede consultarse: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., ‘*Derecho Penal. Introducción*’, ob. cit., pág. 57; SANTA CECILIA GARCÍA, F., ‘*Delito de daños. Evolución y dogmática (art. 263 Código Penal)*’, Editorial Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho. UCM. Madrid, 2003, pág. 391; del mismo, ‘*Daños patrimoniales imprudentes en el Código Penal de 1995*’, en “Estudios Penales en Recuerdo del Profesor Ruiz Antón”. Coordinadores Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, Manual Gurdíel Sierra y Emilio Cortés Bechiarelli. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 1.025.

¹¹ Véase LO. 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores y modificada por la LO. 7/2000, de 22 de diciembre, en relación con los delitos de terrorismo.

más recientes reformas procesales, fruto de la recepción acrítica de modelos angloamericanos esencialmente pragmáticos pero muy rentables desde una óptica estadística; en la progresiva intervención e influencia de los movimientos victimológicos, que impulsan una política criminal de rigor desmedido y antigarantista, vehemente; en la participación de la empresa privada, aportando medios e infraestructuras, para la ejecución de las sanciones impuestas a jóvenes y menores delincuentes; o para la mal materialización de ciertas intervenciones y tratamientos clínicos de particular relevancia penológica, etc. Particular interés tiene la problemática específica de la «seguridad privada».

De los supuestos mencionados, muy heterogéneos, solo tres de ellos merecen, en este momento, un análisis cuidadoso porque afectan preocupantemente al propio núcleo del *ius puniendi*, no a parcelas periféricas y accesorias del mismo: la conciliación, la sentencia por conformidad y la seguridad privada. Late el temor fundado de que, contra las apariencias y los slogans publicitarios pseudoprogresistas, estemos en presencia de un fenómeno de regresión hacia fórmulas superadas históricamente de la justicia primitiva. La sustitución del sistema clásico continental, de enjuiciamiento por fórmulas flexibles y por un modelo de justicia negociado, pragmático, no siempre se consigue satisfactoriamente sin violar principios fundamentales del proceso penal —esto es garantías— y postulados del Derecho Penal moderno nacido del Idealismo alemán. Por esta línea, estaremos abocados hacia un modelo de justicia actuarial, tecnocrático, que compagina hábil y estratégicamente los discursos desmedidos y tranquilizadores de las reformas penales (Derecho Penal simbólico) con un gerencialismo administrativo y tecnocrático, donde las tradicionales categorías dogmáticas: el delito, la pena, etc., quedan relegadas a meras cuestiones formales¹².

¹² Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Prólogo* a la 5ª edición de '*Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*', Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2005.

III. DIVERSAS MANIFESTACIONES DEL PROCESO DE PRIVATIZACIÓN Y REACCIÓN CONTRA EL DELITO

1. Mediación y conciliación

Frente al denominado modelo disuasorio con respuesta implacable contra el delito de manera rápida y eficaz y respaldado por la sociedad, cualquier otro sistema de reacción pasa a un segundo plano; incluso el modelo resocializador, en el que la persona del delincuente debe de ser reintegrada a la sociedad, una vez cumplida la pena. Surgen nuevos modelos que tratan de dar respuesta al crimen, acudiendo a fórmulas flexibles de solución de ciertos conflictos de gravedad intermedia, donde prima la reparación del daño causado a la víctima y a la comunidad, la armonía entre las partes implicadas en el conflicto. Este es el denominado *modelo integrador*, con pretensiones ambiciosas, busca alternativas al sistema legal de enjuiciamiento clásico, soluciones informales no institucionalizadas y comunitarias por las personas implicadas en el conflicto (*pareja criminal*) apartándose de ese sistema legal clásico de criterios formalistas y elevado coste social¹³. Nacen así la *mediación y conciliación* como particulares técnicas de lucha contra la criminalidad y compatibles con la naturaleza pública del Derecho Penal. Ahora bien, *mediación y conciliación* no son fórmulas que sirvan para resolver todos los conflictos, ni de particular gravedad y menos de bagatela. En el primer caso, razones de prevención general aconsejan que delitos muy graves deban resolverse por procedimientos flexibles sin el preceptivo control estatal y respeto a las garantías y principios constitucionales, además la gravedad del delito debe de cerrar el paso a soluciones conciliatorias de corte privado, como si de un conflicto doméstico se tratara; en el segundo caso, porque reservar la conciliación y mediación a infracciones de mínima gravedad nos llevaría a un desproporcionado derroche de esfuerzos, tiempo y medios económicos incompatibles con los objetivos que razonablemente los modelos integradores deben de perseguir, resultaría mucho más rápido y eficaz que infracciones de mínima gravedad se resuelvan con una pena pecuniaria o amonestación al infractor¹⁴.

¹³ Por todos, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., '*Tratado de Criminología*', ob. cit, págs. 1.033 y ss.

¹⁴ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., '*Tratado de Criminología*', ob. cit, pág. 1.046.

El precedente de este modelo y sus diferentes concepciones son dispares. Por un lado, las tendencias victimológicas clásicas que son partidarias de la reparación del daño, y de la conciliación entre el autor y la víctima y los movimientos de corte anglosajón que pretende dar respuesta a los conflictos, al margen del sistema legal, así como a las doctrinas criminológicas europeas que anhelan una alternativa al Derecho Penal¹⁵.

Mediación y conciliación responden a un nuevo modelo o estilo de respuesta al comportamiento delictivo y cuentan con una poderosa *vis atractiva*¹⁶.

Los perniciosos efectos de la pena de prisión en delincuentes jóvenes y menores ha sido una de las mayores preocupaciones de los modelos anglosajones que han tratado de buscar alternativas al sistema legal y que pudieran resolver con mayor *eficacia y eficiencia* (menor costo social) la solución a estos conflictos. Fórmulas como la mediación, conciliación o la reparación del daño a la víctima podría ser un útil sustitutivo frente al impacto estigmatizador de la concepción clásica de la pena (la pena justa y merecida). Pues bien la pena en estos casos pierde su esencia afflictiva y se contempla como producto de un diálogo, resultado que aliviará la sobrecargada administración de la justicia penal, solucionando numerosos

¹⁵ RADBRUCH, G., *Rechtsphilosophie*, 1963, 6ª edición, pág. 269; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 'Estudios Penales'. Editorial Bosch, Barcelona, 1984, (dedicatoria) pág. 7; del mismo, 'Tratado de Criminología', ob. cit., pág. 1.048; ROLDÁN BARBERO, H., 'La mediación penal: entre el orden legal y la voluntad de mejorar', en "Revista Penal La Ley", 11 de enero de 2003, págs. 118 y ss.; TAMARIT I SUMALLA, J., 'La reparación a la víctima en el Derecho Penal', Barcelona, 1994, pág. 453 y ss.; SAN MARTÍN LARRINO, M^ªB., 'La mediación como respuesta a algunos problemas jurídicos criminológicos', 1997; Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social del País Vasco; GIMÉNEZ SALINAS COLOMER, E., 'La mediación en el sistema de justicia juvenil: una visión desde el Derecho comparado', en "Menores privados de libertad". Cuadernos de Derecho Judicial, núm. XV, Madrid, 1996 (Consejo General del Poder Judicial); de la misma 'La mediación y la reparación. Aproximación a un modelo: La mediación pena'. Colección Justicia. Societat núm. 19. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Barcelona, 1999; 'La mediación penal en dret comparat'. Revista Papers d'estudis i formació. Núm. 5, II Epoca, Barcelona, Junio 1996; 'La mediación penal: una música de futur'. Forum nº 3, Revista del Centre d'Estudis Jurídics i formació Especialitzada. Barcelona, 2003; 'La conciliación-víctima delincuente. Hacia un Derecho Penal reparador', en: Victimología. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid (1983). Consejo General del Poder Judicial.

¹⁶ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., 'Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos', ob. cit., págs. 655 y ss.

conflictos de escasa importancia pero que permitirán la realización de la justicia restaurativa en favor de la víctima. Conciliación, mediación y reparación aparecen unidas en el actual redescubrimiento de la víctima frente al tradicional abandono sufrido por ésta.

1.1. *Presupuestos de la mediación*¹⁷

- a) existencia de una víctima personal e individualizada. Se excluyen los delitos sin víctima, con víctima anónima o colectiva (por ejemplo: delitos contra el medioambiente).
- b) infracción de particular entidad. Este requisito tiene por objeto evitar que la mediación se extienda a supuestos que en otras circunstancias motivarían el archivo de diligencias o se extralimitarían de la mera reparación del daño.
- c) ‘reconocimiento’ del hecho por parte del autor. Supone la constancia del hecho atribuible a persona concreta, lo que no equivale ni confesión formal ni que se acuda a un medio intimidatorio para arrancar la confesión del infractor.
- d) participación voluntaria del autor y víctima en el intento de conciliación. Es una aceptación mutua a estas fórmulas de solución de conflictos dentro del marco legal que permite el control público estatal y se fijan los límites objetivos, subjetivos, formales y estructurales garantizando un proceso justo y evitando abusos.

1.2. *Fases del procedimiento conciliatorio*

El *modus operandi* de los diversos modelos de mediación y conciliación admiten diversas variantes. En una primera fase se seleccionan los casos objeto de conciliación, decisión que corresponde a los operadores jurídicos, incluyendo policía. En un segundo momento, los responsables de la mediación (trabajador social, psicólogo, pedagogo) entran en contacto con autor y víctima para comprobar la disposición de éstos al

¹⁷ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., ‘*Tratado de Criminología*’, ob. cit., págs. 1.063 y ss.

objeto de llegar a un acuerdo. En la tercera fase, comienza el diálogo entre autor y víctima lo que permite el análisis común del hecho, consecuencias, puntos de vista, valoraciones personales, en definitiva se eliminan prejuicios, temores y sentimientos negativos. La comunicación personal autor-víctima cierra el paso a estrategias de autojustificación con las que el infractor suele justificar su comportamiento delictivo. Finalmente, la conciliación concluye cuando las partes llegan a un acuerdo sobre el modo de afrontar las consecuencias del delito y dicho acuerdo se hace efectivo. Los porcentajes de éxito son muy elevados¹⁸.

1.3. Legislación española

La conciliación en el Derecho español no es fórmula de alternativa a la justicia convencional para la solución de conflictos. Se trata de un mecanismo *sui generis* previsto en la LO. de Responsabilidad Penal de los Menores y que se reserva para las infracciones menos graves o constitutivas de falta cometidas por jóvenes y menores (entre 14 y 17 años). En todo caso, discurre dentro del procedimiento jurisdiccional y no al margen de éste. El artículo 19 de la LO. 5/2000, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y modificada por la LO. 7/2000, de 22 de diciembre, en relación con los delitos de terrorismo, permite la conciliación y mediación, sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima¹⁹. La conciliación está prevista

¹⁸ Sobre la materia véase GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., '*Tratado de Criminología*', ob. cit., págs. 1.064 y ss.

¹⁹ Dispone el artículo 19: 1. También podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el Equipo técnico en su informe. El desistimiento en la continuación del expediente solo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta. 2. A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello sin perjuicio de acuerdo al que hayan llegado las partes

también en el artículo 51.2. En efecto, la conciliación del menor con la víctima, en cualquier momento en que se produzca el acuerdo entre ambos (art. 19)” podrá dejar sin efecto la medida impuesta cuando el Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal o del Letrado del Menor y oído el Equipo Técnico y la representación de la Entidad Pública de Protección o Reforma de Menores, juzgue que dicho acto y el tiempo de la duración de la medida ya cumplida expresen suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el autor. Y de acuerdo con el apartado tercero de este mismo artículo 51, el Juez resolverá por Auto motivado contra el cual se podrán interponer los recursos previstos en la presente Ley”(art. 51.2).

Aún cuando la mediación penal solo se contemple en España en la legislación de menores, a nivel internacional el apoyo a la víctima sugiere la conveniencia de potenciar la mediación y conciliación como solución a ciertos conflictos²⁰. El Derecho comparado ofrece una variedad de progra-

en relación al ejercicio de la acción por responsabilidad civil derivada del delito o falta, regulada en esta Ley. 3. El correspondiente Equipo técnico realizará las *funciones de mediación* entre el menor y la víctima o perjudicado, a los efectos indicados en los apartados anteriores, e informará al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento. 4. Una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado por el delito o falta cometido, o cuando una u otros no pudieran llevarse a efectos por causas ajenas a la voluntad del menor, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado. 5. En el caso de que el menor no cumpliera la reparación o la actividad educativa acordada, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente. 6. En los casos en los que la víctima del delito o falta fuere menor de edad o incapaz, el compromiso al que se refiere el presente artículo habrá de ser asumido por el representante legal de la misma, con la aprobación del Juez de Menores”.

²⁰ Así Recomendaciones de 28 de junio de 1985 y 21 de septiembre de 1987 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre asistencia a la víctima y la prevención de la victimización; Resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985 de Naciones Unidas que sugiere el empleo de mecanismos informales de solución de conflictos. El artículo 17 de la Decisión Marco del Consejo Europeo de 15 de marzo de 2001, da plazo hasta el 22 de marzo de 2006 para que la legislación interna de los países miembros asuman la mediación como fórmula de solución a los conflictos en adultos. El Derecho comparado conoce fundamentalmente tres modelos en el apoyo a la víctima a través de la mediación: la conciliación víctima ofensor de acuerdo con el principio de oportunidad como sucede en EEUU, Gran Bretaña, Alemania, Austria y España; los Comités del grupo familiar de Nueva Zelanda y Australia; y los Círculos o Asambleas de individualización en Canadá. Vid., sobre la materia, HERRERA MORENO, M., ‘*Rehabilitación y restablecimiento social*.

mas y proyectos de mediación, conciliación, reparación, asistencia, que difiere del marco jurídico en relación con cada uno de estos programas, sistema judicial, principios que les inspira, rol y funciones del mediador, mecanismos de financiación, etc.²¹

2. Justicia negociada y conformidad

Uno de los modelos que ponen en duda la naturaleza pública del *ius puniendi* es el denominado de justicia negociada de acuerdo con el principio de oportunidad. Se trata de modelos que despliegan su eficacia dentro del proceso penal y no al margen del mismo, son modelos foráneos de corte anglosajón pero con una arrolladora *vis expansiva* en derecho continental. La eficacia y efectividad de este modelo es prematuro valorarla por su joven implantación en España. No obstante, los resultados obtenidos hasta ahora, desde esta doble perspectiva, son muy positivos. Se potencia el papel de las partes: policía, Abogado y Ministerio Público, éste último con mayores facultades de acuerdo con el principio de oportunidad y de mínima intervención del Derecho Penal, cuyas pretensiones son la desformalización del proceso al objeto de evitar una Administración de justicia colapsada de trabajo y mal valorada por la opinión pública²². Desde el punto de vista de la eficiencia, no cabe duda

Valoración del potencial rehabilitador de la justicia restauradora desde planteamientos de teorías jurídica terapéutica, en “Las penas y medidas de seguridad”. Cuadernos de Derecho Judicial (Consejo General del Poder Judicial), XIV, Madrid, 2006, pág. 217.

²¹ Estos programas existen, entre otros países, en EEUU, Canadá, Reino Unido, Nueva Zelanda, Francia, Italia, Finlandia, Noruega, Alemania, Austria, Japón. En España, las Comunidades Autónomas de Madrid, Cataluña, País Vasco y Valencia conocen programas de esta orientación, lo que de acuerdo con la LO. de la justicia juvenil permita la aplicación de los mismos, en particular en la justicia penal de menores. Sobre la materia, puede verse a VARONA MARTÍNEZ, G., ‘*La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*’ Editorial Comares. Granada, 1998, págs. 398 y ss.

²² El principio de oportunidad está previsto en el artículo 18 de la LO 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor, modificado por la LO 8/2006, de 4 de diciembre, y permite el “*Desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar*”. El Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas, o faltas tipificadas en el Código Penal o en las leyes penales especiales. En tal caso, el Ministerio Fiscal dará traslado de lo actuado a la entidad

que los modelos de *justicia negociada* (*plea negotiation, plea bargaining, conformidad, etc.*) por su reducida infraestructura, representa un menor costo social. Por el contrario plantea reparos este modelo, por un lado rompe con el tradicional sistema acusatorio de contradicción, publicidad, legalidad, igualdad y seguridad jurídica, garantías del ciudadano²³; por otro no es fácil transplantar un modelo angloamericano que responde a unos parámetros y tradición sociocultural muy diferente al modelo continental de enjuiciamiento²⁴. En efecto, este último se rige por el principio de legalidad, cuenta con un sistema de fuentes *romano germánico* de más de dos mil años de antigüedad muy diferente del anglosajón y carece de una imprescindible *cultura negocial* básica para el éxito de sus objetivos²⁵.

pública de protección de menores para la aplicación de lo establecido en el artículo 3 de la presente Ley. Asimismo, el Ministerio Fiscal comunicará a los ofendidos o perjudicados conocidos el desistimiento acordado. No obstante, cuando conste que el menor ha cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza, el Ministerio Fiscal deberá incoar el expediente y, en su caso, actuar conforme autoriza el artículo 27.4 de la presente Ley”.

²³ En efecto, la posición de supremacía del Ministerio Público atenta contra los pilares del sistema acusatorio. Si lo esencial es la confrontación de dos partes en igualdad de condiciones, nada de esto sucede con la entonces mal llamada *justicia negociada*. El Tribunal no interviene ni controla las garantías, solo se limita a homologar los resultados del acuerdo entre acusado y Fiscal. En realidad, esto es una negociación ficticia, porque se impone la voluntad y el poder del más fuerte (el Fiscal frente al más débil, el acusado), no hay pues ni contradicción ni igualdad de armas, el proceso, con todas las garantías, se sustituye por un “genuino mercadeo”, el pacto en un intercambio perverso, la acusación en un mero instrumento de presión que alimenta acusaciones falsas, testimonios por conveniencia, a veces calumniosos, etc., etc. Vid. LIMA LOPES, Jr. AC., ‘*Sistemas de instrucción preliminar en los Derechos español y brasileño*’ Tesis doctoral UCM, págs. 85 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., ‘*Introducción al Derecho Penal*’, ob. cit., pág. 74.

²⁴ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., ‘*Introducción al Derecho Penal*’, ob. cit., pág. 69.

²⁵ El modelo de justicia negociada en países como Inglaterra o EEUU está muy desarrollado en el marco penal, su estructura negocial es muy similar a la contractual, lo que resulta incompatible con los modelos europeos. En éstos no se concibe que se antepongan intereses particulares al interés público, privatizando el *ius puniendi* del Estado en aras de la oportunidad y utilidad, y menos al alto costo de sacrificar los derechos y garantías constitucionales del ciudadano. Sobre la materia, vid., CABEZUDO RODRIGUEZ, N., ‘*El Ministerio Público y la Justicia negociada en EEUU*’, ob. cit., págs. 55 y ss.

2.1. *La conformidad en Derecho Español*

El ordenamiento español contempla la conformidad y la negociación entre las partes con efectos vinculantes para el órgano jurisdiccional. Mediante esta técnica el Juez o Tribunal dicta una sentencia condenatoria sometiéndose al pacto acordado entre Fiscal y acusado, sin necesidad de que el Ministerio Público aporte las pruebas de cargo ni de que se celebre juicio ordinario con todas las garantías. La *ratio* de este modelo es puramente práctico, persigue la finalidad que ya conocemos, aliviar a la justicia penal del excesivo trabajo, al mismo tiempo supone un importante ahorro de energía procesal y tiempo, acelerándose el proceso²⁶. La regulación de la conformidad en Derecho español es dispersa, sus previsiones se encuentran en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, LO. 5/1995 del Tribunal del Jurado (art. 50) y en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de Responsabilidad Penal de los Menores (arts. 32 y 36).

2.1.1. La conformidad en el Procedimiento abreviado

Está prevista en el art. 787 LECr., es la más importante aportación de la Ley 38/2002, que permite definir un régimen de la conformidad más completo, sin lagunas, reforzando las facultades de control del órgano jurisdiccional sobre los derechos del acusado y sin prescindir de posibles pactos entre acusación y acusado. La conformidad exige una serie de requisitos: ha de manifestarse respecto del escrito de acusación que solicite pena de mayor gravedad, si fueran varios los acusados todos ellos han de prestar su conformidad, de lo contrario el juicio habrá de proseguir respecto de todos (arts. 696 y 697 LECr). Ha de determinarse la responsabilidad civil y a falta de acuerdo se pasará a juicio (art. 695 LECr); se exige una calificación correcta de los hechos y de la pena (art. 787.2 LECr). Sin perjuicio de que el Letrado de la acusación pueda discrepar y pedir la continuación del juicio (art. 787.3 y 4 LECr). Las consecuencias de la conformidad, cumpliéndose todos estos requisitos, es que el Tribunal

²⁶ Vid. AGUILERA MORALES, M., en: GASCÓN INCHAUSTI, F y AGLUILERA MORALES, M., *‘La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: comentario a la Ley 38/2002 y la Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre’*. Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2003, págs. 374 y ss.

dictará oralmente sentencia de conformidad, con la pretensión acusatoria aceptada por el acusado. Y si se expresa la intención de no recurrir por las partes, se declarará inmediatamente la firmeza (art. 787.6 LECr). Sólo serán recurribles aquellas sentencias de conformidad cuando no se hayan observados los requisitos legales (art. 787.7 LECr).

2.1.2. Conformidad en juicios rápidos

El artículo 801 LECr. permite la conformidad en el llamado “juicio rápido” introducido por la LO 8/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado²⁷. El legislador potencia la conformidad en este proceso a fin de que el enjuiciamiento sea inmediato, lo que sucederá si el acusado presta su conformidad validamente ante el Juez Instructor, éste podrá dictar sentencia y el proceso terminará en el propio Juzgado de Guardia (conformidad en la guardia). La finalidad de esta técnica, una vez más, es puramente práctica: simplificar trámites procesales, acelerar el proceso, prescindir de la actividad probatoria y, en fin, reducir el costo social de la justicia penal, lo que implicará una menor infraestructura de ésta.

Los reparos en la aplicación de esta técnica a “juicios rápidos” no son pocos, de un lado el legislador español trata de controlar los riesgos de la inevitable *vis expansiva* que plantea esta institución; se cuestiona de otro, el prescindir de los principios y garantías constitucionales que deben ser irrenunciables lo que obliga a delimitar los presupuestos, requisitos y efectos de dicha técnica²⁸.

²⁷ Sobre los reparos y objeciones al emplazamiento sistemático de esta institución dentro del Capítulo IV (De la preparación del juicio oral), del Título III, del Libro IV de Ley de Enjuiciamiento Criminal, por no pretender preparar juicio alguno sino evitarlo, puede consultarse AGUILERA MORALES, M., ‘*La reforma*’, ob. cit., págs. 141 y 142.

²⁸ La conformidad exige: 1) una decisión consciente y voluntaria, adoptada por el acusado, con conocimiento de sus consecuencias y parecer favorable del Abogado; 2) el Juez competente para conocer la conformidad es el de instrucción en la guardia con competencia para control de legalidad y dictar sentencia. La ejecución corresponde, sin embargo, al Juez penal; 3) que no se hubiera constituido acusación particular; 4) los hechos objeto de acusación han de ser calificados como delito, castigado con pena de hasta tres años de

2.1.3. Conformidad en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor

Dicha Ley dedica tres preceptos a la conformidad: artículos 8, 32 y 36. El primero consagra explícitamente el principio acusatorio en la jurisdicción de menores; el segundo precepto delimita el ámbito de aplicación de la sentencia de conformidad excluyendo cualquier pacto que implique la aplicación de una medida de internamiento (a excepción del ambulatorio y permanencia de fin de semana) para dictar sentencia de conformidad; finalmente, el tercero regula los supuestos de conformidad del menor, con el relato fáctico, medidas y responsabilidad civil solicitadas por el Fiscal. Si el menor mostrase su conformidad con dichos extremos, oídos el Letrado y la persona contra quien se dirija la acción civil, el Juez dictará resolución de conformidad. Si el menor estuviese conforme con los hechos pero no con la medida solicitada, se sustanciará el trámite de la audiencia respecto a este último extremo, lo mismo sucederá cuando el menor o la persona contra la que se dirija la acción civil no estuvieran conformes con la responsabilidad solicitada practicándose la prueba correspondiente (art. 36).

3. Proceso de privatización de la seguridad

Una de las últimas tendencias privatizadoras del Derecho Penal está servida por el arrollador proceso de privatización de la seguridad que se observa en ciertos ámbitos espaciales donde la seguridad pública estatal no responde a las demandas sociales de protección. La moderna sociedad postindustrial es más exigente en la prevención del crimen, teme convertirse en víctima del delito y trata de evitarlo aún cuando sea a su propia costa.

prisión, multa cualquiera que sea su cuantía o pena de distinta naturaleza, cuya duración no exceda de 10 años; 5) que tratándose de pena privativa de libertad, la solicitada o la suma de las solicitadas no supere reducida en 1/3 los dos años de prisión; 6) finalmente, se dictará sentencia con arreglo al art. 389.2 LECr. y el Juez de Guardia acordará lo procedente sobre la puesta en libertad o en prisión del condenado, remitiendo las actuaciones junto con la sentencia al Juzgado de lo Penal para que continúe la ejecución (art. 801.4 LECr).

No parece que existan razones de urgencia ni de efectividad que justifiquen la dejación de funciones asignadas tradicionalmente a los poderes públicos y a la no menos peligrosa confusión de intereses generales con los particulares a que aquélla conduce. Ni siquiera la indiscutible *eficiencia* de la iniciativa privada que garantice los derechos del ciudadano a un menor costo social²⁹. Antes bien, la seguridad compete al Estado titular del *ius puniendi* y el Derecho Penal debe de seguir siendo de Derecho público³⁰. Sin embargo, el recurso a la seguridad privada es una constante en la historia española de los últimos tiempos³¹. El fenómeno de la seguridad privada exhibe tres notas características: 1) qué es objeto de regulación jurídica en su particular Ley de seguridad privada; 2) que su configuración es prioritariamente empresarial; 3) que el incremento en la contratación de estos servicios de seguridad no sólo se demandan por los particulares o sus empresas sino por la propia Administración Pública. A todo esto se añade el problema de la gestión y control de la seguridad privada, así como la formación y cualificación de su personal para la prestación del servicio demandado.

El progresivo incremento de los servicios de seguridad nos lleva a situaciones verdaderamente paradójicas. El número de vigilantes de seguridad en España es superior al de los agentes de Policía y Guardia Civil³². Se debe este incremento a varios factores: 1) la significativa mul-

²⁹ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., '*Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*', ob. cit., págs. 567 y ss.

³⁰ El artículo 149.29ª de la CE de 1978, atribuye competencia exclusiva al Estado en materia de seguridad pública, "sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas en la forma que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una Ley orgánica". Por su parte, la LO. 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, atribuye a la Policía el deber específico de prevenir la delincuencia (art. 11).

³¹ ROLDÁN BARBERO, H., '*La seguridad privada en la prevención del delito*', Revista La Ley, núm. 6, febrero de 2001; Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., '*Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*', ob. cit., pág. 578.

³² A juicio de GIMENEZ SALINAS FRAMIS, A., la seguridad privada va acercándose paulatinamente a niveles de seguridad pública, aunque existan diferencias cuantitativas en los diferentes países. La autora reconoce que las cifras que maneja se refieren a vigilantes de seguridad, prescindiendo de escoltas privados, jefes de seguridad, directores de seguridad, detectives privados, etc. Con todo la presencia de vigilantes privados superaría al personal de la seguridad pública en países como Gran Bretaña, Suecia, Luxemburgo, Finlandia; duplicando en Hungría, Irlanda y Polonia a los efectivos de la seguridad pública. En países

tipificación de los bienes muebles e inmuebles necesitados de protección; 2) al sentimiento de inseguridad y miedo al delito derivado en parte a la llamada sociedad del riesgo; 3) a la crisis y desconfianza del sistema de la seguridad pública que arrastramos en España desde la transición política³³. Todo esto explica que la seguridad privada cubra cada vez más espacios sociales, y se multipliquen los servicios privados, zonas reservadas donde no tienen fácil acceso la policía pública o no se quiere que se tenga por motivos comerciales, prejuicios, lo cual limita la capacidad disuasoria de la seguridad pública. Todo este conjunto de factores (riesgo específico), unido a los estrictamente mercantiles, hacen que se produzca un arrollador avance de los servicios de seguridad privada, cuyos costos sociales serían de tal envergadura para el Estado que necesariamente han de asumirlos los particulares³⁴.

Respecto de la eficacia preventiva de la seguridad privada ha de quedar claro que ésta no persigue objetivos de justicia, ni de protección de intereses colectivos. Antes bien quien contrata estos servicios privados de seguridad es porque dispone de suficientes medios como para poder proteger, con mayor eficacia, sus intereses. Decir que la seguridad privada es un eficaz instrumento de prevención del crimen no está científicamente demostrado. La seguridad privada hay que entenderla como *complementaria* de la seguridad pública en la ayuda a prevenir el crimen. Hay quien mantiene la positiva eficacia de la seguridad privada sobre la base de la prevención situacional³⁵, donde el número de delitos disminuye desde que se contrato el servicio de seguridad en ese Polígono industrial o Urbaniza-

extracomunitarios las cifras se disparan más del doble de agentes privados que de policías en EEUU; y se triplican dichas cifras en el caso de SudrÁfrica. *‘La seguridad privada y su papel en la gesti3n de la seguridad ciudadana’*, Tendencias de la criminalidad y percepci3n social de la inseguridad ciudadana en Espa3a y en la Uni3n Europea. Editorial Edisofer. Madrid, 2007, pÁgs. 255 y 256. Los datos oficiales y estadísticos pueden consultarse en el Anuario Estadístico del Ministerio del Interior. En el a3o 2006 había mÁs de 160.000 vigilantes de seguridad frente a los 130.000 funcionarios de ambos Cuerpos. VeÁse el reportaje que sobre la materia publica el Diario LA RAZ3N del domingo 29 de enero de 2006, pÁgs. 18 y 19.

³³ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *‘Criminología. Una introducci3n a sus fundamentos te3ricos’*, ob. cit., pÁg. 569.

³⁴ Es la propia Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada y el Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada, la que determina sectores de riesgo como bancos, farmacias, joyerías, y la adopci3n de concretas medidas de protecci3n.

³⁵ Cfr. ROLDÁN, H., *‘La seguridad privada en la prevenci3n del delito’*, ob. cit., pÁg. 6.

ción privada; mientras que también se podrá argumentar que como consecuencia de la contratación de esos servicios se desplaza la delincuencia a otros lugares cuyas víctimas no siempre pueden pagar ese servicio³⁶. En definitiva se trata de mecanismos y técnicas complementarias que el Estado utiliza para asegurar sus propias pretensiones de orden y de seguridad y reducir costos; y los particulares también utilizan al Estado para allanar el terreno de su propio concepto de orden, buscando el amparo oficial del Derecho Penal para hacer valer sus intereses. Pero no debemos ignorar los riesgos que comporta este nuevo modelo de control que pone en manos de intereses particulares la gestión de intereses públicos, como la seguridad y el orden. Es por ello necesario que existan y se potencien por parte de los poderes públicos las instancias y agencias oficiales de control de estos mecanismos demandados por la sociedad del riesgo y cuyas consecuencias pueden ser imprevisibles: me refiero a los excesos perniciosos de tan delicada labor, porque a menudo eludirán las garantías fundamentales del Derecho (la mayoría de la veces por ignorancia y falta de preparación técnica) actuando muy por debajo del umbral garantista de éste³⁷. Con todo se puede producir la quiebra de la seguridad jurídica y el ciudadano verá amenazadas sus libertades, no desde un frente, como pudiera ser el Derecho Penal Estatal, sino de dos³⁸.

4. Otros supuestos de privatización

Son muy diversos los supuestos de signo privatizador que en este momento invaden nuestro modelo continental: así los movimientos vicimológicos y asociativos para la prevención del delito o para obtener una más pronta y eficaz reparación del daño, cárceles privadas (incremento de los servicios de seguridad privada, privatización de servicios públicos,

³⁶ Otros problemas que pueden plantearse en el sector son si al vigilante se le debe de asignar la condición de agentes de la autoridad?; si el vigilante equivale en ciertas funciones al particular?; si pueden cachear o no?; si pueden detener o no?; si pueden identificar o no?

³⁷ Es necesaria una potenciación por parte del Ministerio del Interior de las comisarías de seguridad privada y sus brigadas para un mejor control del sector de la seguridad privada, en particular vigilantes, directores de seguridad, etc., así como por las Consejerías de Interior de las Comunidades Autónomas.

³⁸ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal*, ob. cit., pág. 86.

gas, luz, teléfono, lavandería, cocina, etc.) incluso la intervención de la iniciativa privada en el ámbito social postpenitenciario, tratamiento de toxicómanos, alcohólicos, delincuencia relacionada con la seguridad vial, mediación penitenciaria, etc. Desconocemos cuál puede ser el alcance y efectividad de estos nuevos modelos imparables, sólo el tiempo lo dirá.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA MORALES, M., en: GASCÓN INCHAUSTI, F y AGLUILERA MORALES, M., *‘La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: comentario a la Ley 38/2002 y la Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre’*. Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2003.
- ANTON ONECA, J., *‘Derecho Penal’*, 2ª edición. Anotada y puesta al día por José Julián Hernández Guijarro y Luis Beneytez Merino. Editorial Akal. Madrid, 1986.
- CABEZUDO RODRIGUEZ, N., *‘El Ministerio Público y la justicia negociada en EEUU’*. Edita Comares, Granada, 1996.
- COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTON, TS., *‘Derecho Penal’*. PG. 5ª edición, corregida, aumentada y actualizada. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- CUELLO CALÓN, E., *‘Derecho Penal’*. Revisado y puesto al día por César Camargo Hernández, Tomo I, PG., Vol. Primero. 18ª edición. Editorial Bosch, Barcelona 1980.
- FERNÁNDEZ MARTÍN, F./URBANO CASTRILLO, E., *‘La conformidad penal, una ley pendiente y necesaria’*, Revista La Ley, año XXIII, núm. 5579, de 3 de julio de 2002.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *‘Estudios Penales’*, Editorial Bosch, Barcelona 1984. *‘Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas’*, 5ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2005; *‘Reflexiones criminológicas y político criminales al modelo de responsabilidad (penal) de la LO. 5/2000, de 12 de enero’*, en: Los Menores ante el Derecho, responsabilidad, capacidad y autonomía. Un estudio de Derecho comparado. Edita Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho. UCM. Madrid, 2005; *‘Introducción al Derecho Penal’*. 4ª edición. Editorial Ramón Areces, Madrid, 2006; *‘Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos’*, 6ª edición corregida y aumentada. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007; *‘Tratado de*

- Criminología*, 4ª edición actualizada, corregida y aumentada. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- GIMÉNEZ SALINAS COLOMER, E., ‘*La mediación en el sistema de justicia juvenil: una visión desde el Derecho comparado*’, en “Menores privados de libertad”. Cuadernos de Derecho Judicial, núm. XV, Madrid, 1996 (Consejo General del Poder Judicial); de la misma ‘*La mediación y la reparación. Aproximación a un modelo: La mediación penal*’. Colección Justicia. Societat núm. 19. Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Barcelona, 1999; ‘*La mediación penal en dret comparat*’. Revista Papers d’estudis i formació. Núm. 5, II Epoca, Barcelona, Junio 1996; ‘*La mediación penal: una música de futur*’. Forum nº 3, Revista del Centre d’Estudis Jurídics i formació Especialitzada. Barcelona, 2003; ‘*La conciliación-víctima delincuente. Hacia un Derecho Penal reparador*’, en: Victimología. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid (1983). Consejo General del Poder Judicial.
- GIMENEZ SALINAS FRAMIS, A., ‘*La seguridad privada y su papel en la gestión de la seguridad ciudadana*’, Tendencias de la criminalidad y percepción social de la inseguridad ciudadana en España y en la Unión Europea. Editorial Edisofer. Madrid, 2007.
- GONZALO RODRIGUEZ, RM^a., ‘*Análisis del Código Penal de 1995 tras la LO 7/2003, de 30 de junio, de Medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas*’, en Revista La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario núm. 9. Año I, octubre 2004. Estudios monográficos “Ejecución de sentencias penales”, Editorial La Ley, Madrid, 2004.
- GUASP, J., ‘*El individuo y la persona*’ en Revista de Derecho Privado. Madrid, 1950.
- HERRERA MORENO, M., ‘*Rehabilitación y restablecimiento social. Valoración del potencial rehabilitador de la justicia restauradora desde planteamientos de teorías jurídica terapéutica*’, en “Las penas y medidas de seguridad”. Cuadernos de Derecho Judicial (Consejo General del Poder Judicial), XIV, Madrid, 2006.
- LANDECHO VELASCO, CM^a./MOLINA BLAZQUEZ, C., ‘*Derecho Penal Español*’ PG. 7ª edición. Editorial Tecnos, Madrid, 2004.
- LIMA LOPES, Jr. AC., ‘*Sistemas de instrucción preliminar en los Derechos español y brasileño*’ Tesis doctoral UCM.
- MERLE, R., VITU, A., ‘*Traité de Droit Criminel*’, T. I., 13ª Ed. Edit. Cuyas, Paris, 1978.

- POLAINO NAVARRETE, M., *'Derecho Penal'*. PG. Tomo I. Fundamentos científicos del Derecho Penal. Editorial Bosch. Barcelona, 1996.
- PUIG PEÑA, F., *'Derecho Penal'* PG. 7ª edición. Actualizada con la colaboración de Gregorio Ortiz Ricol. Madrid, 1988.
- QUINTANO RIPOLLES, A., *'Curso de Derecho Penal'*, Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1963.
- RADBRUCH, G., *'Rechtsphilosophie'*, 1963, 6ª edición.
- RODRIGUEZ DEVESA, JMª./SERRANO GOMEZ, A., *'Derecho Penal Español'*, PG., 18ª edición, revisada y puesta al día. Editorial Dykinson, Madrid, 1995.
- ROLDÁN BARBERO, H., *'La mediación penal: entre el orden legal y la voluntad de mejorar'*, en "Revista Penal La Ley", 11 de enero de 2003.
- ROLDÁN BARBERO, H., *'La seguridad privada en la prevención del delito'*, Revista La Ley, núm. 6, febrero de 2001.
- SAN MARTÍN LARRINOVA, MªB., *'La mediación como respuesta a algunos problemas jurídicos criminológicos'*, 1997; Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social del País Vasco.
- SANTA CECILIA GARCÍA, F., *'Delito de daños. Evolución y dogmática (art. 263 Código Penal)'*, Editorial Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho. UCM. Madrid, 2003; *'Daños patrimoniales imprudentes en el Código Penal de 1995'*, en "Estudios Penales en Recuerdo del Profesor Ruiz Antón". Coordinadores Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, Manual Gurdíel Sierra y Emilio Cortés Bechiarelli. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- TAMARIT I SUMALLA, J., *'La reparación a la víctima en el Derecho Penal'*, Barcelona, 1994.
- VARONA MARTÍNEZ, G., *'La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica'* Editorial Comares. Granada, 1998.

RECONOCIMIENTO DE EFICACIA CIVIL DE RESOLUCIONES O DECISIONES ECLESIAÍSTICAS EN MATERIA MATRIMONIAL

CRISTINA FUERTES-PLANAS ALEIX

Profesora de la U.C.M

Académica correspondiente, R.A.J y L

Resumen: Normativa aplicable. Nulidad del matrimonio y sus causas. Eficacia civil de las resoluciones dictadas por los tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico o decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado: requisitos y efectos; procedimiento para su obtención de 1979 a 2001 y de 2001 en adelante y estudio jurisprudencial. Incidencia de la rebeldía en el proceso. Efectos secundarios de las resoluciones canónicas (económicos, paterno-filiales, etc.). Efectos civiles de resoluciones canónicas después de la obtención del divorcio civil y sus efectos: indemnización o pensión compensatoria. Bibliografía.

Palabras clave: Nulidad matrimonial eclesiástica; nulidad matrimonial civil; normas vigentes; eficacia civil; procedimiento para su obtención; rebeldía en el proceso; nulidad obtenida después del divorcio; indemnización; pensión compensatoria.

Abstract: Applicable regulations. Matrimonial nullity and its causes. Effectiveness of civil judgments given by ecclesiastical courts on canonical nullity or papal decisions on unconsummated marriage: conditions and effects; procedure for obtaining it from 1979 to 2001 and from 2001 onwards and jurisprudential study. Incidence of rebelliousness in the process. Side effects of canonical resolutions (economic, parent-child, etc.) Civil effects of canonical resolutions after obtaining a civil divorce and its effects: compensation or damages. Bibliography.

Keywords: Ecclesiastical marriage nullity; civil marriage nullity; rules in force; civil effectiveness; procedure for obtaining it; rebelliousness in the process, nullity obtained after divorce, damages, alimony.

I. NORMAS APLICABLES

a) Constitución Española de 1978

Artículo 32.2 que establece que “la ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo. Los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”.

Artículo 117,5: “El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución”.

b) Código Civil

Artículos 45, 46, 47, 60, 73, 74, 75 a 80, 1315, 1316 a 1324

El artículo 80 Cc. expresa que “Las resoluciones dictadas por los tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado tendrán eficacia en el orden civil, a solicitud de cualquiera de las partes, si se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el Juez civil competente conforme a las condiciones a las que se refiere el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

c) Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos

El reconocimiento de eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas en materia de nulidad se inserta en el ámbito del acuerdo suscrito entre la Santa Sede y el Estado Español, que fue firmado en Roma el día 3 de enero de 1979, ratificado el 4 de diciembre, publicado en el B.O.E. el 15 de diciembre de 1979 y entró en vigor el día 5 de enero de 1980.

El artículo VI.2 del Acuerdo Jurídico dice: “Los contrayentes, a tenor de las disposiciones del Derecho canónico podrán acudir a los Tribunales Eclesiásticos solicitando declaración de nulidad o pedir decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado. A solicitud de cualquiera de

las partes, dichas resoluciones eclesiásticas tendrán eficacia en el orden civil si se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el Tribunal Civil competente”.

El término “podrán acudir a los Tribunales eclesiásticos” significa que la competencia para conocer de la nulidad del matrimonio no es exclusiva de la jurisdicción eclesiástica sino que se comparte con la jurisdicción civil¹.

El artículo VII expresa que “La Santa Sede y el Gobierno español procederán de común acuerdo en la resolución de las dudas o dificultades que pudieran surgir en la interpretación o aplicación de cualquier cláusula del presente Acuerdo, inspirándose para ello en los principios que lo informan”.

d) Ley del Registro Civil

Artículo 76: “Las sentencias y resoluciones sobre validez, nulidad o separación del matrimonio y cuantos actos pongan término a ésta se inscribirán al margen de la inscripción del matrimonio”.

e) Reglamento del Registro Civil

Artículo 265: “La inscripción de las resoluciones sobre nulidad de matrimonio canónico o de las decisiones pontificias sobre matrimonio rato requieren que previamente su ejecución haya sido acordada por Juez civil competente”.

f) Artículo 954 de la LEC de 3 de febrero de 1881

El control del Juez civil se refiere sólo a los aspectos formales que señala el artículo 954 LEC/1881:

- 1) Que la ejecutoria haya sido dictada a consecuencia del ejercicio de una acción personal.
- 2) Que no haya sido dictada en rebeldía.
- 3) Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido, sea lícita en España.
- 4) Que la carta ejecutoria reúna los requisitos necesarios para ser considerada como auténtica y los que las leyes españolas requieren para que haga fe en España.

¹ NAVARRO VALLS, R.: *El sistema matrimonial español y la Constitución de 1978*, en “El hecho religioso en la nueva Constitución española”, Salamanca, 1979, pág. 161.

g) Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil

Artículos 525, 608, 748 a 755; 770 a 778.

El artículo 748,5º de la LEC/2000 señala que las disposiciones generales del título I del libro IV se aplican también a los procesos de reconocimiento de la eficacia civil de resoluciones o decisiones eclesíásticas en materia matrimonial.

El artículo 778 LEC/2000 se refiere a la eficacia civil de las resoluciones de los Tribunales eclesíásticos o de decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado.

El artículo 778.2 LEC/2000 permite que, a petición de parte, en la demanda (el demandante), o en la contestación a la demanda (el demandado) se soliciten medidas junto a la eficacia civil de la resolución o decisión canónica y El control del Juez civil se refiere sólo a los aspectos formales que señala el artículo 954 LEC/1881:

- 5) Que la ejecutoria haya sido dictada a consecuencia del ejercicio de una acción personal.
- 6) Que no haya sido dictada en rebeldía.
- 7) Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido, sea lícita en España.
- 8) Que la carta ejecutoria reúna los requisitos necesarios para ser considerada como auténtica y los que las leyes españolas requieren para que haga fe en España.

II. NULIDAD CIVIL DEL MATRIMONIO

Es posible para quienes han contraído matrimonio canónico obtener la nulidad del mismo por vía eclesíástica o por vía civil (arts. 73 a 80 Cc.). Del mismo modo, quienes han contraído matrimonio civil o bajo cualquier otra forma religiosa pueden obtener la nulidad de su matrimonio a través de la jurisdicción civil (art. 59 Cc.)

La nulidad del matrimonio se produce por causas que concurren en el momento de contraer matrimonio, por lo que deviene inexistente y tiene efectos retroactivos al momento de la celebración del mismo.

La disolución del vínculo matrimonial tiene diferencias importantes con la nulidad, ya que, aunque también puede contraerse un nuevo matrimonio, ello no afecta a la validez del matrimonio, sino que la presupone, ya que las causas son sobrevenidas y no se retrotraen al momento de la celebración.

El matrimonio civil se disuelve (art. 85 C.c.) por alguna de estas causas:

- 1) Muerte de uno de los cónyuges;
- 2) Declaración de fallecimiento de alguno de los cónyuges decretada por un juez, tras el periodo de ausencia legalmente establecido según los casos;
- 3) Por el divorcio.

a) Causas de nulidad del matrimonio civil²

1º Vicio en el consentimiento o matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial

(art. 73 Cc. en relación con los arts. 45, 57.2 y 58). Ello implica:

- Capacidad para contraer matrimonio.
- Que el consentimiento recaiga sobre el objeto concreto del matrimonio.
- Que la manifestación no sea simulada, sino real y seria.
- Que no existan vicios en el consentimiento, como el error, la coacción o el miedo grave.

La nulidad sólo puede acreditarse mediante sentencia civil firme (art. 447 LEC) o mediante un auto firme dictado por el tribunal de primera instancia por el que se acuerda la eficacia civil de la resolución eclesiástica sobre la nulidad del matrimonio canónico (art. 80 CC. y 778 LEC).

La simulación no aparece expresamente como causa de nulidad aunque se entiende por unanimidad que lo es. Merece destacarse en este aspecto el matrimonio celebrado en fraude de ley o matrimonio “blanco” (art. 6.3 C.c) que es el que se produce en países de fuerte inmigración,

² VILALTA, A.E. y MÉNDEZ, R.M.: *Nulidad del matrimonio civil y demanda de eficacia civil de las resoluciones canónicas*, Biblioteca Básica de Práctica Procesal 86, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 8 a 16.

acordando un precio, con el propósito de obtener finalidades ajenas al matrimonio (como por ejemplo, la nacionalidad). Se trataría claramente de un matrimonio nulo. Es de aplicación a estos casos la Instrucción de carácter general de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de enero de 1995 sobre nulidad por falta de verdadero consentimiento matrimonial (arts. 45 y 73.11 del C.c.). Debido a la dificultad de la prueba y de que hay que operar frente a los principios de presunción general de buena fe y del derecho a contraer matrimonio, resulta importante la prueba de presunción judicial que expresa que “es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trata de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano (art. 1253 C.c.). Los encargados de los Registros Civiles Consulares pueden calificar la falta de consentimiento matrimonial en relación con un matrimonio celebrado por un español en el extranjero (art. 49.2 C.c.; RDGRN 12 de marzo de 1993, 30 de mayo de 1995, 8 de enero de 1996, 22 de marzo de 1996, 20 de septiembre de 1996, 18 de octubre de 1996, SAP Málaga 24 de abril de 1996).

Implica la capacidad psíquica, lo que impide contraer matrimonio al que es incapaz o tiene falta de razón. La STS de 18 de septiembre de 1989 señala que la enfermedad mental tiene que existir en el momento de contraer matrimonio.

2º Ineptitud para contraer matrimonio. Los impedimentos matrimoniales.

Es nulo el matrimonio celebrado por personas que incurran en las causas expresadas en los arts. 46 y 47 Cc., dejando a salvo las dispensas establecidas en el art. 48.

- Los menores de edad no emancipados (art.320 Cc.)
- Los que están ligados por un vínculo matrimonial anterior.
- Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción.
- Los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado, siendo este último dispensable.
- Los condenados como autores o cómplices por la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos. Es un impedimento dispensable.

- La impotencia, que no es causa de nulidad en la vía civil podría dar lugar a ella si se prueba que el consentimiento estaba viciado por ignorar una cualidad determinante (art. 73.4 y 76 C.c.)

3º El defecto de forma.

Ya que el matrimonio es un negocio jurídico de carácter formal la ausencia de algún requisito de este tipo puede producir la nulidad del matrimonio. Tal sería el caso de celebración sin la presencia de funcionario o juez, o sin los testigos (art. 73.3 C.c), la falta de poder en caso de matrimonio celebrado a través de representante, autorización del Ministerio de Justicia para el matrimonio secreto. El resto de las formalidades no anulan el matrimonio, siempre que los contrayentes hubieran actuado de buena fe.

4º Error en la persona

Puede ser de dos tipos:

- Error en la identidad de la persona, lo que es poco probable que se produzca, salvo en matrimonio contraído por poder, suplantación de personas idénticas o contrayentes invidentes. No obstante, caso de producirse, el matrimonio sería nulo.
- Error en las cualidades de la persona, que se refiere no sólo a cualquier cualidad individual equivocada, sino a todas aquellas que hubieran sido determinantes a la hora de la prestación del consentimiento matrimonial, por lo que (STS de 11 de julio de 1987) se examinarán las conductas de los cónyuges durante el noviazgo. El error puede producirse también en supuestos de anomalía psíquica, desequilibrio emocional, etc., sufridos por uno de los cónyuges e ignorados por el otro al contraer matrimonio y que hubieran sido determinantes en la prestación del consentimiento. En consecuencia (STS de 18 de septiembre de 1989) no puede alegarse error cuando se conocían el alcance y las consecuencias de la enfermedad.

5º Matrimonio contraído por coacción o miedo grave (art. 73.5 C.c.)

Puede ser:

- Coacción grave o fuerza física, que impide totalmente el consentimiento matrimonial.

- Miedo grave o miedo psíquico ante la amenaza o intimidación de sufrir un daño inminente y grave. Para su valoración se ha de tener en cuenta la edad, sexo y condición del sujeto paciente (art.1267 C.c.)
- b) Efectos de la sentencia de nulidad del matrimonio
- Con la sentencia firme de nulidad matrimonial se declara la inexistencia del matrimonio, los cónyuges recuperan el estado de soltería y se establecen los efectos de la nulidad con carácter retroactivo al momento de la celebración (*ex tunc*).
 - No obstante, la retroactividad no puede perjudicar al cónyuge que ha actuado de buena fe (art. 79 C.c.). Cuando ambos cónyuges han obrado de buena fe se denomina matrimonio putativo y se mantienen los efectos del mismo y en relación con los hijos hasta el momento en que se declare la nulidad.

Por otra parte, se mantiene el régimen de derechos y obligaciones existentes en las relaciones paterno filiales (art. 79 C.c.)

c) Efectos a favor del cónyuge de buena fe

Entre otros efectos, producidos cuando en la nulidad matrimonial ha actuado uno de los cónyuges con mala fe, merece destacarse la posibilidad de reclamación de una indemnización por parte del cónyuge de buena fe (art. 98 C.c.), siempre que hubiera existido convivencia matrimonial con la finalidad de resarcir los daños económicos y morales que se hubieran podido ocasionar.

Es “en cierto sentido una equitativa reparación económica equilibradora de los amplios y variados desajustes que pueda ocasionar la nulidad de un matrimonio por la extinción de un proyecto común de vida de los esposos afectados” (STS Sala Primera de 10 de marzo de 1992).

No trata de imponer sanciones sino que “más bien la norma se proyecta a reducir distancias económicas, sociales, y derivadas entre los que en su día estuvieron unidos por legítimo vínculo matrimonial” (STS Sala Primera de 10 de marzo de 1992).

Para la valoración de la indemnización se tendrán en cuenta:

- Los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges.
- La edad y estado de salud.

- La calificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.
- La dedicación pasada y futura a la familia.
- La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
- La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.
- La pérdida eventual de un derecho de pensión.
- El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.

Si existiera buena fe concurrente no se produciría la indemnización, sino el derecho a compensación. Hay que señalar, además que, de acuerdo con el art. 79 C.c., la buena fe se presume siempre. La cuestión radica en que en el caso de la separación y divorcio se presupone la existencia de matrimonio por lo que, producido un desequilibrio entre los cónyuges, procede la pensión (art. 97 C.c), mientras que en el supuesto de nulidad, el matrimonio no existió, procediendo indemnización cuando uno de los cónyuges actuó de mala fe (art. 98 C.c.). Se entiende por buena fe “la falta de voluntad consciente de contraer matrimonio nulo”³.

En la demanda en la que se solicita la eficacia civil de la resolución canónica de nulidad matrimonial, puede solicitarse, asimismo, en el mismo escrito en el que se pide la homologación, también la indemnización.

Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de solicitar una indemnización por daños y perjuicios que puedan acreditarse más allá de los derivados de la cohabitación (artículo 1902 C.c.).

³ GARCÍA CANTERO, G.: *Nulidad de matrimonio*, en *Actualidad Civil*, 1994.4, pág. 448.

III. EFICACIA CIVIL DE LAS RESOLUCIONES DICTADAS POR LOS TRIBUNALES ECLESIASTICOS SOBRE NULIDAD DEL MATRIMONIO CANÓNICO O LAS DECISIONES PONTIFICIAS SOBRE MATRIMONIO RATO Y NO CONSUMADO

A. **Derecho transitorio**

Antes de la entrada en vigor de la Constitución española de 1978 la eficacia civil de las resoluciones canónicas era automática, en base al Concordato de 1953 suscrito entre España y la Santa Sede y la Ley de 24 de abril de 1958 de reforma del Código Civil.

Cuando se promulga la Constitución española de 1978 el Concordato de 1953 queda sustituido por los Acuerdos suscritos entre el Estado español y la Santa Sede el día 2 de enero de 1979, entre los que se encuentra el Asunto sobre Asuntos Jurídicos, que es el que nos interesa en este tema que abordamos, que en su artículo VI.2 y en consonancia con el artículo 80 C.c., sustituye la automaticidad por la exigencia de un previo análisis, por parte de los Tribunales civiles, acerca de la adecuación de la sentencia canónica al Derecho del Estado.

No obstante, la Disposición Transitoria Segunda del Acuerdo remitió las causas pendientes ante los Tribunales eclesiásticos al Derecho anterior (lo que implica la automaticidad de los efectos).

Hay varias sentencias del Tribunal Constitucional en las que se exponen las razones por las que se considera vulnerado el artículo 24.1 de la Constitución. En todas ellas se niega eficacia civil a una sentencia canónica de nulidad matrimonial por no ser de aplicación el régimen transitorio establecido en la Disposición transitoria 2ª del Acuerdo de 1979 y aplicación, en su lugar, de la Disposición adicional 2ª de la Ley 30/1981, es decir, denegación de efectos civiles por oposición de parte, cuando se trataba de supuestos que estaban pendientes ante la jurisdicción eclesiástica cuando entró en vigor el Acuerdo⁴.

⁴ La Disposición Transitoria Segunda del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos de 3 de enero de 1979 expresa que: "Las causas que estén pendientes ante los Tribunales Eclesiásticos al entrar en vigor en España el presente Acuer-

En este sentido se pronuncian también diversas Sentencias del Tribunal Constitucional, que vamos a ver a continuación, que otorgan el amparo frente a la aplicación por parte del Juez civil de la Disposición Adicional Segunda de la reforma del C.c. de 1981, en lugar de dicho derecho transitorio. El Tribunal Constitucional expresa que con ello se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva.

La STC de 12 de noviembre de 1982 afirma en el Fundamento Jurídico Segundo que “en cuanto al reconocimiento legal de eficacia en el orden civil, de las resoluciones dictadas por los Tribunales Eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico y decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado, se sustenta de una parte en el carácter aconfesional del Estado –artículo 16.3 de la Constitución española– y, de otra, en el párrafo siguiente del propio texto legal que obliga a los poderes públicos a tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantener las consiguientes relaciones de cooperación. Pues bien, es este principio cooperativo el que se expresa en el acuerdo de 3 de enero de 1979 entre el Estado español y la Santa Sede en el que se reconoce a la Iglesia Católica entre otras, las actividades de jurisdicción; y así, el artículo VI.2 del mismo autoriza a los contrayentes a acudir a los Tribunales eclesiásticos solicitando declaración de nulidad o decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado otorgando a dichas decisiones eclesiásticas la eficacia civil si se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución del Tribunal civil competente; la disposición transitoria 2ª instaura un régimen transitorio para las causas pendientes que se seguirán tramitando ante los Tribunales eclesiásticos, y sus sentencias tendrán efectos civiles a tenor de lo dispuesto en el artículo 24 del Concordato de 1953. El citado artículo 24 del Concordato obligaría a comunicar la sentencia, una vez firme y efectiva, al Tribunal civil competente, el cual decretaría lo necesario para su ejecución a efectos civiles.

La STC de 8 de noviembre de 1983 expresa que “En definitiva, el procedimiento previsto por la disposición adicional segunda responde a una actividad de constatación encomendada al Juez civil y no puede calificarse como un verdadero proceso en cuanto no está previsto como cauce procedimental para el supuesto en que se formule una pretensión contrapuesta a la solicitud del actor. Cuando ésta se formula se hace

do seguirán tramitándose ante ellos y las sentencias tendrán efectos civiles a tenor de lo dispuesto en el art.24 del Concordato de 1953”.

contencioso el expediente y hay que acudir al proceso previsto por el Ordenamiento.

De esta forma, la regulación legal no desconoce el derecho fundamental del artículo 24.1 de la Constitución, ya que el legislador ha establecido un cauce procedimental, al modo de la jurisdicción voluntaria, y otro procesal, para el supuesto de oposición, que permita la efectividad del mencionado derecho fundamental.

Queda por hacer una referencia a si el Juez debía haber dictado en todo caso una resolución de fondo acerca de la eficacia en el orden civil de la decisión pontificia sobre el matrimonio rato y no consumado, en cuanto ello pudiera afectar al derecho fundamental alegado. Aun cuando la respuesta a tal cuestión resulta de las consideraciones anteriores, debemos precisar ahora que la función encomendada al Juez, en este caso, no es la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, sino que, al ser concebida al modo de la jurisdicción voluntaria ha de incluirse entre las funciones que, de acuerdo con el artículo 117.4 de la Constitución, puede atribuir la Ley expresamente al Juez en garantía de cualquier derecho. Por eso, al hacerse contencioso el expediente queda a salvo el derecho de las partes para formular su pretensión en el proceso correspondiente y obtener la tutela judicial de fondo que reconoce, en los términos vistos, el artículo 24 de la Constitución. Por otra parte, tampoco podría fundarse la vulneración del artículo 24.1 en el sentido de entender que no se formuló una oposición con el alcance que cabe atribuir a la disposición adicional 2.^a,2, y que por tanto procedía dictar una resolución de fondo, porque es lo cierto que corresponde al Juez, por tratarse de un tema de legalidad, valorar si tal oposición puede calificarse o no de formularia y si se traduce en una pretensión razonada, apreciación de legalidad en cuyo examen no puede entrar este Tribunal salvo en los casos en que por ser manifiestamente irrazonada incida en el ámbito del artículo 24.1 de la Constitución; debiendo señalarse que el auto impugnado, al entender que se había producido oposición y que procedía decretar el archivo de las actuaciones, dejando a salvo el derecho de las partes para formular su pretensión en el proceso correspondiente, se mueve dentro del ámbito de la competencia del Juez para interpretar la legalidad aplicable, sin que tal apreciación, a la vista de las actuaciones, pueda calificarse por este Tribunal de manifiestamente irrazonada de forma que viole el artículo 24.1 de la Constitución”.

La STC de 23 de mayo de 1985 aborda el mismo problema de la transitoriedad y sus argumentos se apoyan en los de la STC de 12 de noviembre de 1982.

Asimismo, la STC de 7 de noviembre de 1991 recoge la misma doctrina en relación al régimen transitorio del acuerdo y la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución española, estimando el recurso de amparo por quien solicita la ejecución civil de sentencia de nulidad eclesiástica en base al derecho transitorio frente a la negativa en la jurisdicción civil que aplica la Disposición Adicional Segunda de la reforma, el Tribunal Constitucional considera que tal inaplicación vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y, en consecuencia, admite la constitucionalidad de los efectos automáticos de las sentencias canónicas de forma implícita.

En el mismo sentido se pronuncia la STS de 24 de septiembre de 1991: “(...) tratándose de un proceso canónico de nulidad pendiente a la entrada en vigor del Acuerdo de 1979, no hay ninguna duda de que la norma aplicable es la que indica su Disposición Transitoria Segunda, que se remite al art. XXIV.3º del Concordato de 1953. Las alegaciones del recurrente de que una vez promulgada la Constitución estas últimas disposiciones quedan relegadas al rango de optativas, olvidan que el Acuerdo fue firmado y ratificado en 1979, es decir, cuando estaba vigente aquella, por lo que no pasan de ser opiniones gratuitas que no se pueden en modo alguno apoyar en las sentencias del Tribunal Constitucional que cita (...)”.

B. Reconocimiento civil de resoluciones canónicas al amparo de la Disposición Adicional Segunda de la Ley 30/1981 de 7 de julio de reforma del Código Civil

Cuando se instaura el sistema de reconocimiento civil de resoluciones canónicas establecido por la Disposición Adicional Segunda de la Ley 30/1981, en relación con el artículo 80 del C.c., se produce un doble procedimiento atendiendo a si ha habido o no oposición a dicha petición por parte de uno de los cónyuges.

En este sentido la jurisprudencia ha expresado que si no se produce tal oposición nos encontramos ante un procedimiento de jurisdicción vo-

luntaria que, de acuerdo con el artículo 117.4 de la Constitución española, ha de dirimirse por el Juez civil, quien, tras constatar la autenticidad de la Sentencia canónica y su ajuste al Derecho del Estado, le otorga eficacia civil mediante auto que no admite recurso.

Si, por el contrario, se produce oposición a la demanda de eficacia civil por uno de los esposos, el Ministerio Fiscal o existencia de auto denegatorio, puede la parte interesada instar “el procedimiento correspondiente” (Disposición Adicional Segunda), abriéndose la vía de la jurisdicción contenciosa (que de acuerdo con la STS de 24 de septiembre de 1991, era el juicio de menor cuantía).

De este modo se expresa la STC de 8 de noviembre de 1983 anteriormente transcrita.

La STC de 8 de noviembre de 1983 hace referencia al carácter de jurisdicción voluntaria del mecanismo legal anteriormente vigente con la Ley 30/1981 que cuando se producía la oposición de parte remitía al procedimiento de carácter contencioso para denegar el amparo en base a la posibilidad de obtener una Sentencia sobre el fondo en el nuevo procedimiento. El Tribunal Constitucional no entra en los motivos de la oposición, sino en el hecho de que se haya producido tal oposición en sede de jurisdicción voluntaria, lo que hace que se abra un proceso declarativo en el que se tienen que valorar por el Juez los motivos de la oposición, doctrina ésta en la que se producirá una evolución hasta la STC de 14 de septiembre de 1999 en la que se exige una oposición fundada y basada en argumentos jurídicos sólidos, ya en la misma jurisdicción voluntaria, que imposibiliten el reconocimiento de la eficacia civil de la resolución canónica.

La STC de 22 de diciembre de 1988 señala que “La resolución razonada y motivada examina los argumentos de la parte y da una respuesta fundada en Derecho a la pretensión. El cauce procesal que el legislador ha dado a la petición de eficacia de las sentencias canónicas y dispensas de matrimonio rato tiene semejanza con el de jurisdicción voluntaria. Así, en el caso de oposición, el proceso se convierte en contencioso y entonces las partes formularán su pretensión en el procedimiento que corresponda. El procedimiento establecido queda reducido a una actividad de constatación del órgano judicial y no puede calificarse como un verdadero proceso”.

En este mismo sentido se pronuncia la STC de 8 de noviembre de 1993 que otorga el amparo ante una resolución judicial que concedió eficacia civil a una decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado con oposición por la parte recurrente en amparo. El Fundamento Jurídico Segundo establece unas argumentaciones similares a las que ya hemos examinado en el sentido de que a través de la Disposición adicional 2ª de la Ley 30/1981 el reconocimiento de la eficacia civil de las resoluciones eclesiásticas se sustancian a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria que implica la no oposición de parte y en el momento en que se produce ésta el expediente se convierte en contencioso, por lo que las partes pueden formular su pretensión en el proceso correspondiente, dejando así a salvo, la protección garantizada por el artículo 24 de la constitución española.

En la STC de 14 de septiembre de 1999 el Tribunal constitucional no concede el amparo ya que considera que el recurrente había ejercido todos sus derechos en la jurisdicción eclesiástica y sin existir rebeldía, por cuanto el Auto dictando la eficacia no vulneraba el artículo 24.1 de la Constitución, a pesar de haberse opuesto a él en sede de jurisdicción voluntaria, considerando en mayor medida en esta Sentencia en la necesidad de que la oposición se deba a razones jurídicas sólidas en relación con el ajuste al Derecho del Estado de la resolución canónica y excluyendo “toda posible imputación al solicitante de conveniencia u oportunismo”.

Esta sentencia⁵ es de gran importancia por cuanto en la regulación anterior, como hemos observado, sólo se concedía eficacia civil a una resolución eclesiástica en sede jurisdiccional voluntaria cuando no había oposición de parte, en cuyo caso el Juez tenía que denegar la solicitud y sólo existía la posibilidad por la parte actora de acudir a un proceso declarativo (según el artículo 484 de la LEC era el juicio de menor cuantía, ya que afectaba al estado civil de las personas). Esta situación, además de ir en contra del principio de economía procesal, creaba situaciones injustas. En la actualidad la Disposición adicional 2ª de la Ley 30/1981 se ha derogado por la Disposición derogatoria única de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, y es de aplicación el artículo 778 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁵ SÁNCHEZ PARRA, F. J.: *La eficacia civil de las resoluciones canónicas matrimoniales. Doctrina del Tribunal Constitucional*, Comares, Granada, 2005, pág. 45 y ss.

Esta STC de 14 de septiembre de 1999 matizó el requisito de la inexistencia de la oposición para poder otorgar eficacia civil a una resolución eclesiástica y siguió insistiendo en el criterio de que la oposición debía ser fundada y excluyendo cualquier tipo de conveniencia u oportunismo. Su valoración corresponde al Juez, quien interpreta la legalidad aplicable, lo que significa que sólo en caso de que su decisión sea abiertamente irrazonada o carente de lógica puede ser declarada inconstitucional por violación del artículo 24 C.E. (Fundamento de Derecho Tercero): “ha intervenido en todos los trámites del procedimiento canónico, conociendo en todo momento su desarrollo con la conducta procesal que ha estimado conveniente, y así la Sentencia canónica de nulidad de matrimonio se ha dictado con todas las garantías procesales que exige la Constitución y está plenamente de acuerdo con el Derecho del Estado y cumple todos los requisitos que exige la legislación civil (artículo 80 del Código civil), no existiendo una posible circunstancia obstativa a la concesión de efectos civiles a la nulidad canónica (artículo 954.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), toda vez que la resolución no ha sido dictada en rebeldía”.

Del mismo modo, el Tribunal Constitucional ha considerado que no es inconstitucional este doble procedimiento que salvaguarda el derecho de tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la C.E.

El Tribunal Constitucional también ha expresado que la oposición al reconocimiento de eficacia de las resoluciones canónicas ha de ser razonada o fundada, no meramente formularia, arbitraria o basada en razones de oportunismo o conveniencia. La valoración de estos requisitos le corresponde al juez, ya que le corresponde interpretar la legalidad aplicable y sólo si su decisión fuera claramente irrazonada o carente de lógica podría ser declarada inconstitucional en base a la violación del artículo 24 de la C.E.

Desde esta perspectiva destaca la STC de 22 de diciembre de 1988 que otorga amparo al que recurre por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, esgrimida frente a un Auto a través del que se concedió eficacia civil a una dispensa matrimonial concedida por rescripto pontificio, a pesar de haberse producido la oposición de parte en el proceso civil: “Sin embargo, no existe problema constitucional cuando el Juez estima que la oposición que se realiza no tiene fundamento alguno y a pesar de su existencia reconoce la eficacia. Este supuesto lo contempla la disposición adicional segunda, 3, de la Ley de 7 de julio de 1981. Si

el Auto es denegatorio o hay oposición se reserva el derecho a las partes para deducir el proceso correspondiente. Compete al Juez, por ser una materia de legalidad ordinaria, examinar si la oposición al reconocimiento de la resolución canónica es formularia o no y si se traduce en una pretensión razonada.

El Juez ha examinado que la pretensión de oposición del actor no es razonada y no tiene contenido suficiente para impedir una resolución y por ello la dicta. El Auto impugnado, al desestimar la oposición y declarar la eficacia, deja a salvo el derecho de las partes para formular su pretensión en el proceso correspondiente, se mueve dentro del ámbito de la competencia del Juez para interpretar la legalidad ordinaria, sin que tal apreciación pueda considerarse arbitraria e irrazonable”. El Fundamento de Derecho Tercero de esta sentencia expresa que la Disposición Adicional 2ª de la Ley 30/1981, en sus números 2 y 3 prevé que si se ha formulado oposición se cierra el procedimiento, dando la posibilidad a las partes y al Fiscal para que acudan al que corresponda, del mismo modo que si el auto fuera denegatorio. Hace referencia también a la STC de 8 de noviembre de 1983, Fundamentos Jurídicos 2º y 3º, que considera que existe una primera intervención judicial para el supuesto de que no se produzca oposición, dejando a salvo el derecho de las partes en caso de oposición, para formular su pretensión en el procedimiento correspondiente, considerando que el cauce previsto por la Disposición adicional 2ª es posible sólo en caso de constatación por parte del Juez Civil, pero no en caso de oposición de parte, ya que en ese supuesto el expediente se transforma en contencioso y hay que acudir a otro cauce procedimental. “Lo que no cabe hacer, por tanto, una vez que se haya formulado oposición, es dictar un Auto de concesión de efectos civiles (con las consecuencias de unas inscripciones registrales de evidente trascendencia, que dejan abierta la posibilidad de un nuevo vínculo y la posible aparición de unos efectos difícilmente reversibles) dejando sin recurso a la parte u obligándola a instar un proceso con todo lo que éste puede suponer de inseguridad jurídica en el terreno personal y patrimonial, hasta tanto se resuelva sobre la eficacia definitiva de la inscripción acordada.

La indefensión desde el punto de vista constitucional aparece aquí desde una vertiente de fondo, puesto que —erróneamente— se reenvía al interesado a un procedimiento que no está previsto en la ley, ya que verosimilmente sólo se puede acudir al procedimiento correspondiente en

el supuesto de que el Auto fuese denegatorio (con oposición o sin ella) o se acordara el archivo o sobreseimiento.

Pero, además, aunque se admitiera como correcta la solución acordada por el Juez, se mantendría siempre un motivo de indefensión con relevancia constitucional, dado que a nadie se le puede exigir el seguimiento de un nuevo proceso para remediar en su caso una violación de un derecho fundamental ocurrido en procedimiento distinto y agotado (Sentencia del Tribunal Constitucional 66/1982, Fundamento Jurídico 1º). Es cierto, asimismo, que, como antes se ha dicho, no corresponde a este Tribunal la secuencia del proceso interpretativo y de aplicación del Derecho que hayan realizado los órganos judiciales y que, en el caso en que sean erróneos los resultados de dichas actividades, se producirá una infracción de la legalidad ordinaria, que tendrá sus medios de subsanación en los procesos y recursos ordinarios; pero no debe olvidarse que en este especial procedimiento no cabe recurso alguno y que el procedimiento correspondiente no puede ser el cauce para remediar los errores del proceso anterior, máxime si están en cuestión derechos consagrados en el artículo 24 de la Constitución española”.

Cabe destacar también que el Fundamento de Derecho Cuarto considera que “el automatismo en el presente caso de la concesión de efectos civiles a una decisión acordada en el ámbito de la jurisdicción canónica está reñido con la plenitud y exclusividad de que gozan los Jueces y Tribunales en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, conforme establece el artículo 117.3 de la Constitución española, lo que encuentra adecuado reflejo en el artículo 6.2 del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos pactado con la Santa Sede, al establecer que las resoluciones eclesiásticas tendrán eficacia en el orden civil si se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el Tribunal civil competente. La indicada norma —que responde al principio cooperativo que se hace explícito en el artículo 16.3 de la Constitución española— ha sido desarrollada, sustantiva y procesalmente en el artículo 80 del Código Civil y Disposición adicional 2ª de la Ley 30/1981, siendo preciso que la interpretación y aplicación de este conjunto normativo se haga conforme a los preceptos constitucionales y, en especial, a los derechos y libertades fundamentales que para todos consagran los artículos 14 y siguientes de la Constitución española”.

Así como la STC de 8 de noviembre de 1993 considera que “En el presente caso basta con dar por reproducido lo hasta aquí transcrito de las SSTC 93/1983 y 265/1988 para estimar la demanda y otorgar el amparo solicitado, puesto que el auto recurrido, en la medida en que reconoció efectos civiles a la Decisión Pontificia sobre matrimonio rato y no consumado, no obstante la oposición formulada por el recurrente, que no puede calificarse de arbitraria, atendidas las razones en que se fundamentaba, además de desconocer el contenido normativo de la citada Disposición Adicional segunda de la Ley 30/1981, tal y como resulta de una interpretación cabal de esta norma procesal, infringió el derecho a la tutela judicial efectiva y causó la indefensión proscrita en el artículo 24 CE, en los términos expuestos”.

La Ley 30/1981 de 7 de julio, contiene la nueva redacción del artículo 80 del Código civil que dispone que las resoluciones de los Tribunales Eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico o matrimonio rato y no consumado tendrán eficacia en el orden civil a solicitud de cualquiera de las partes si se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el Juez civil competente de acuerdo a las condiciones a que se refiere el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Disposición adicional 2.^a.2 de la misma Ley ordena que, presentada la demanda por cualquiera de las partes, el Juez dará audiencia por plazo de 9 días al otro cónyuge y al Fiscal y si, no habiéndose formulado oposición, aprecia que la resolución es auténtica y ajustada al Derecho del Estado, acordará la eficacia en el orden civil de la resolución eclesiástica procediéndose a su ejecución con arreglo a las disposiciones del Código civil”.

En el Fundamento de Derecho Tercero (STC de 8 de noviembre de 1993) argumenta, para otorgar el amparo solicitado, que el proceso eclesiástico de nulidad cuyos efectos civiles se deniegan, se inició en fecha anterior al Acuerdo, mientras que la sentencia se produjo vigente ya la Constitución española y el Acuerdo, por lo que la ley aplicable al caso en base al Derecho transitorio es la anterior al Acuerdo y que si no se observa vulneración del artículo 16.3 ni del artículo 14, ambos de la Constitución española, podría verse afectado el artículo 24 de la CE que garantiza el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales a todas las personas, lo que implica el reconocimiento de los efectos de las resoluciones de los Tribunales predeterminados por la Ley por todos los órganos del Estado.

“Si el reconocimiento a los católicos de someter sus relaciones matrimoniales a los Tribunales Eclesiásticos aparece reconocido en la legislación aplicable y si, por otra parte, la obligación de reconocer los efectos civiles de las correspondientes resoluciones aparece también declarada, la negativa a proceder de esta suerte, por parte de un órgano del Estado, cuando se dan las circunstancias exigidas por dicha legislación debe ser remediada, aparte del problema de la constitucionalidad misma de la norma de donde resulten aquellos derechos o dicho de otro modo, la constitucionalidad del Acuerdo entre España y la Santa Sede a que nos venimos refiriendo”.

C. Eficacia civil de resoluciones eclesiásticas a la luz de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil

Es un procedimiento regulado por el art. 778 LEC/2000 para el otorgamiento de eficacia que tiene por objeto la verificación de⁶:

- a) Autenticidad de la sentencia firme dictada por el Tribunal Eclesiástico, es decir, la comprobación de que tal resolución es verdadera.
- b) Adecuación de la sentencia al derecho del Estado, sin que ello comporte un nuevo análisis de derecho sustantivo, sino una modalidad de juicio de “*exequatur*” en el que se comprueba si la resolución reúne los requisitos para su ejecución en España y si el contenido de la misma puede tener eficacia civil.

En cuanto a los requisitos necesarios para la concesión de eficacia civil de las resoluciones eclesiásticas, las declaraciones del Tribunal Supremo se inscriben, más bien, en la denominada tesis minimalista, que limita el conocimiento del juez civil a la comprobación del respeto de los principios constitucionales por parte de la resolución canónica, aunque también hay sentencias que pueden inscribirse en la tesis intermedia, que exigiría la no contradicción de la resolución canónica con las normas y

⁶ VILALTA, A.E. y MÉNDEZ, R.M.: *Nulidad del matrimonio civil y demanda de eficacia civil de las resoluciones canónicas*, Biblioteca Básica de Práctica Procesal 86, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 27 y 28.

principios de orden público español, sin que se haya producido la tesis maximalista que posibilita un conocimiento sobre el fondo por parte del Juez civil que otorgaría efectos civiles sólo a las sentencias canónicas en que la causa de nulidad se pueda reconducir a una de las previstas en el Código Civil.

La STS de 1 de julio de 1994 expresa que el conocimiento del juez civil se limita a la comprobación de la autenticidad de la sentencia firme y a un examen de fondo sobre el respeto de la misma al sistema de libertades públicas y derechos fundamentales del ciudadano español: “la eficacia en el orden civil de las sentencias canónicas depende exclusivamente, sin mayores cortapisas, de la superación de un juicio de homologación que se ciñe a dos extremos concretos: a) autenticidad de la sentencia firme, esto es comprobación o verificación de su validez extrínseca o, en otras palabras, que el documento es veraz y no falso o falsificado, y b) adecuación de la sentencia (en su contenido) al derecho del Estado, lo cual comporta un examen de fondo que sólo se extiende a constatar si las declaraciones de la sentencia, conforme al derecho canónico, no están en contradicción con los conceptos jurídicos y disposiciones equiparables o análogas del derecho estatal de manera que no se vea perjudicado o alterado el sistema de libertades públicas y derechos fundamentales del ciudadano español”.

La STS de 23 de noviembre de 1995 considera que “el tema del ajuste no impone una revisión del fondo y contenido sustantivo de la decisión pontificia (...). No resulta permitido, por tanto, entrar en el tema de desautorizar la resolución pontificia –ello siempre supondría intromisión– y sí únicamente estimarla ajustada o no a la legalidad estatal, lo que no representa que concurra una precisa, literal y férrea identidad entre las causas de disolución canónica y las civiles (...). Resulta más adecuado y conforme al sentido de los preceptos y tratados bilaterales vigentes, que no sólo se proceda a la comprobación de la concurrencia de los requisitos formales del art. 954 L.E.C., (...) también se produce la licitud de la resolución a homologar (...) y que hay que referir necesariamente a que la nulidad matrimonial decretada eclesiásticamente, no se presente como plenamente desajustada para generar un rechazo total, sino que se exige determinar si viola o no el orden público interno para denegar la homologación. (...) posparticulares que en uso de su libertad

de conciencia acceden libre y conjuntamente a dicha forma de unión sacramental, lo hacen con la plenitud de sus efectos y consecuencias, lo que se traduce en que la voluntad respetada de los cónyuges para optar por la forma religiosa se proyecta también al momento de extinción del matrimonio”.

En este mismo sentido se pronuncia la STS de 5 de marzo de 2001: “sin que a la homologación que lleve a esa apreciación pueda exigirse coincidencia absoluta, porque si la similitud es posible y bastante no tiene por qué producirse aquella otra causa de la diversidad de los correspondientes ordenamientos en relación que, sin embargo, no se hacen contradictorios”.

Hay que hacer notar⁷ la dificultad que entraña la apreciación en un juicio civil del ajuste de las resoluciones canónicas sobre nulidad y matrimonio rato y no consumado, al Derecho del Estado, ya que se ha rechazado por diversos autores que se pueda realizar una revisión a fondo de la sentencia, cuestión tratada también por la STS de 23 de noviembre de 1995, que señala la imposibilidad de que el Tribunal civil pueda revisar el contenido y los aspectos sustanciales de las decisiones de los Tribunales eclesiásticos.

La mayor parte de los jueces españoles otorgan eficacia civil a las resoluciones eclesiásticas a las que se refiere el Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado Español, considerando la “licitud en España”: a) o siempre que la resolución canónica no atente contra los principios constitucionales; b) o mientras que la resolución canónica no se enfrente a normas concretas del ordenamiento civil.

Es de aplicación el artículo 523 LEC: “Para que las sentencias firmes y demás títulos ejecutivos extranjeros lleven aparejada ejecución en España se estará a lo dispuesto en los tratados internacionales y a las disposiciones legales sobre cooperación jurídica internacional (...)”

La resolución:⁸

⁷ SANCHO REBULLIDA, F.: *Matrimonio y Divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Libro Primero del Código Civil*, coord., José Luis Lacruz Berdejo, Civitas, Madrid, 1982, pag. 496 y ss.

⁸ VILALTA, A.E. y MÉNDEZ, R.M.: *Nulidad del matrimonio civil y demanda de eficacia civil de las resoluciones canónicas*, Biblioteca Básica de Práctica Procesal 86, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 30 y 31.

- Debe ser auténtica. El Juez civil tiene que comprobar que la sentencia ha sido dictada por un Tribunal Eclesiástico y que el proceso ha sido incoado por uno de los cónyuges.
- Tiene que ser firme y ejecutiva.
- Ha de ser ajustada al derecho del Estado, ya que el Estado no renuncia a su jurisdicción en materia matrimonial. La nulidad o disolución del matrimonio se puede ejecutar civilmente, constituyendo el efecto principal. Otros efectos secundarios han de ser valorados por la jurisdicción civil y se estará a lo que la misma determine.
- Cuando la resolución eclesiástica se haya dictado por un tribunal eclesiástico en el extranjero, es necesario que el domicilio que aparece en la resolución coincida con la realidad y quede acreditado, con el fin de evitar las fugas de casos canónicos a Tribunales eclesiásticos más benevolentes.
- La resolución eclesiástica ha de aportarse mediante certificación o testimonio literal auténtico, expresando que es firme y que no ha sido dictada en rebeldía o contumacia.

Una cuestión relevante, a la que aludiremos más adelante es la posibilidad de que en la demanda a través de la cual se pide la eficacia civil se solicite, además, la adopción o modificación de medidas, que habrán de sustanciarse junto a dicha petición, siguiendo los trámites establecidos por el artículo 776 LEC. Dichas medidas adoptadas mediante sentencia pueden ser modificadas a solicitud de parte o del Ministerio fiscal cuando hayan variado sustancialmente las circunstancias que fueron tenidas en cuenta al aprobarlas. Esta modificación se llevará a cabo a través de la tramitación establecida por el artículo 771 LEC.

También es posible solicitar en la misma demanda la modificación provisional de las medidas definitivas que se habían concedido en un pleito anterior, lo que se llevará a cabo a través de los trámites establecidos en el artículo 773 LEC.

Si se trata exclusivamente del reconocimiento de efectos civiles de la sentencia canónica se lleva a cabo mediante un procedimiento sencillo, ya que se da audiencia por término de diez días al otro cónyuge y al Ministerio Fiscal y se resuelve mediante auto, que puede ser estimatorio

aunque exista oposición de la otra parte (si no es razonada) y es recurrible en apelación (art. 455.1 LEC).

Si se trata además, de adoptar o modificar medidas, ambas cosas se sustancian a través del procedimiento del art. 770, o del art. 777, si hay acuerdo entre las partes.

La nulidad canónica del matrimonio surtirá, de este modo, efectos civiles, aunque los aspectos económicos y patrimoniales se establecen por la vía civil. Los efectos civiles de las resoluciones canónicas son competencia exclusiva de los jueces y Tribunales civiles, en base al principio de aconfesionalidad del Estado (art. 16.3 CE) y al principio de exclusividad jurisdiccional (art. 117.3 CE)⁹. De hecho, los Tribunales eclesiásticos manifiestan, en ocasiones, su opinión aunque también establecen que se estará, en todo caso, a lo que la jurisdicción civil determine al respecto (S. del Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica en España de 9 de octubre de 1982). La STS de 23 de febrero de 1993 establece la competencia exclusiva de los Tribunales civiles sobre eficacia civil de resoluciones eclesiásticas y manifiesta, asimismo, que es imposible la incompatibilidad entre los efectos económicos acordados en una resolución eclesiástica y en una resolución civil.¹⁰

D. Incidencia de la rebeldía

La interpretación jurisprudencial asentada ha sido la de tomar en consideración la rebeldía forzosa y no la voluntaria en orden a la imposibilidad de obtener eficacia civil de una resolución eclesiástica, al igual que si se trataba de una resolución extranjera. En este sentido se han pronunciado la STC de 15 de abril de 1986 y 14 de septiembre de 1999; los AATS de 1 de junio y 12 de diciembre de 1983, 17 de febrero y 23 de junio de 1998 y 28 de diciembre de 1999, que son coherentes con la

⁹ CABALLERO GEA, J.A.: *Procesos matrimoniales: causas, hijos, vivienda, pensiones. Síntesis y ordenación de la doctrina de las Audiencias y Tribunales, Fiscalía General del Estado y Dirección General de los Registros y del Notariado. Formularios*, Dykinson, Madrid, 1991, pag. 73 y ss.

¹⁰ SÁNCHEZ PARRA, F.J.: *La eficacia civil de las resoluciones canónicas matrimoniales. Doctrina del Tribunal Constitucional*, Comares, Granada, 2005, pag. 16 y 17.

exigencia de que la oposición en contra de la homologación sea razonada y no meramente de conveniencia o arbitraria.

La STC de 15 de abril de 1986 expresa que: “El demandante de amparo se queja en primer lugar y principalmente de la vulneración de su derecho a una tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión (art. 24.1 C.E.), causada al conceder el Auto impugnado el *exequator* respecto de una Sentencia dictada en rebeldía de la parte vencida por cuanto la Ley de Enjuiciamiento Civil en su art. 954.2 no reconoce fuerza en España a las ejecutorias relativas a tales Sentencias. Pero por lo que atañe a la tutela judicial efectiva, el demandante de amparo ha tenido acceso a la jurisdicción competente para oponerse a la ejecución de la Sentencia extranjera, y ha podido alegar cuanto estimara pertinente en defensa de su interés. El Tribunal Supremo, por su parte, a pesar de declarar aplicable el criterio de reciprocidad establecido en los arts. 952 y 953 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha examinado extensa y razonadamente las circunstancias en que se produjo la rebeldía de la solicitante de amparo. Y ha llegado a la conclusión de que la rebeldía como posible causa para denegar el *exequator* sólo puede admitirse cuando la parte no haya sido debidamente notificada del procedimiento seguido contra ella o no haya podido hacer valer sus medios de defensa”.

En el mismo sentido, la STC de 14 de septiembre de 1999: “la hoy demandante formuló oposición a la demanda pero, y a pesar de lo que dice en sus alegaciones, no existió, como viene a reconocer, una situación procesal de rebeldía ante la instancia eclesiástica. Al contrario, la recurrente pudo intervenir en todos los trámites del procedimiento de nulidad canónica, ha conocido su desarrollo en todo momento y ha seguido la conducta procesal que ha estimado más conveniente”.

Según el ATS de 28 de diciembre de 1999: “el demandado conoció la existencia del procedimiento dirigido contra él y, en consecuencia, pudo emplear los medios de defensa oportunos. Por lo tanto, y si bien no cabe sino constatar la rebeldía del demandado en el juicio de origen, se ha de afirmar que la misma lo fue por simple interés o conveniencia del demandado, no debiendo existir objeción alguna para acceder a la pretensión homologadora formulada”.

Sin embargo, con la STS de 27 de junio de 2002 se abre una nueva vía, ya que considera que el requisito de que no se haya dictado la resolución en rebeldía para el reconocimiento de los efectos civiles, tal

como exigía el artículo 954 de la L.E.C. de 1881, que ha sido mantenido en vigor por la nueva L.E.C, al que remite el artículo 80 del C.c., comprendería no sólo la llamada forzosa (cuando el demandado no ha tenido oportunidad de comparecer en la causa), sino también la voluntaria, que se refiere a quien no comparece ante la jurisdicción eclesiástica porque no la reconoce, pese a haber estado emplazado. El Tribunal Supremo fundamenta esta posición en el derecho a la libertad religiosa, ya responda a motivos de conciencia o de propio interés.

La citada STS de 27 de junio de 2002 expresa que “podrá estar de acuerdo una persona en someterse a una contienda judicial matrimonial dentro del cauce procesal canónico, y así atenerse a todas las consecuencias que se deriven de la resolución que se dicte. Pero lo que no se puede obligar a nadie es a que se atenga a las consecuencias de una resolución canónica, cuando voluntariamente no quiere someterse al proceso canónico matrimonial de que la misma es consecuencia, ya sea por sus convicciones o, incluso, por su interés”.

Esta sentencia ha sido criticada por la doctrina¹¹ considerando que dejar al albedrío o la mera arbitrariedad de alguna de las partes la eficacia civil de las sentencias canónicas resulta considerarlas como meros asuntos privados, que sólo podrían alcanzar eficacia jurídica civil manteniendo la voluntad conjunta.

Por otra parte el Reglamento del Consejo de la Unión Europea nº 1347/2000, de 29 de mayo, que se refería a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes, considera el concepto de rebeldía que impide el reconocimiento de sentencias matrimoniales extranjeras, el tradicional de rebeldía forzosa (art. 15 1 b) y el que lo ha sustituido (Reglamento nº 2201/2003 de 27 de noviembre, art. 22 b)) expresa la misma idea.

En definitiva, podemos considerar una tendencia favorable al reconocimiento de efectos civiles de las resoluciones canónicas sobre nulidad matrimonial, tanto por parte del Tribunal Supremo como por parte del Tribunal Constitucional.

¹¹ BARBER CÁRCAMO, R.: *La eficacia civil de la nulidad canónica posterior al divorcio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 25 a 27.

E) Efectos secundarios de las resoluciones canónicas: efectos económicos, paterno-filiales, de prohibición de contraer un nuevo matrimonio, etc.

Sobre esta cuestión hay que destacar que la mayoría de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional¹² se fundamentan en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24 de la constitución española, alegada por la parte recurrente.

La STC de 26 de enero de 1981 concedió el amparo a un caso en el que la jurisdicción civil había dado fuerza ejecutiva a una sentencia del Tribunal de la Rota que había modificado el régimen de custodia y visita de los hijos “sin el propio ejercicio de la potestad jurisdiccional en materias que le corresponden en exclusiva, como por ejemplo, la de los efectos civiles que en punto a las relaciones paterno filiales produce la separación matrimonial”. El Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico Primero de esta sentencia estableció que el tema podía reconducirse por el artículo 24 de la Constitución española, considerando su vulneración por cuanto el Juez Civil no ejerce su potestad jurisdiccional en el tema de los efectos civiles, imponiendo lo que el Tribunal Eclesiástico ha decidido.

El Fundamento Jurídico Sexto de la misma sentencia expresa que los Tribunales Eclesiásticos, de acuerdo con la legalidad actual, carecen de facultades para que sus resoluciones tengan efectos en los casos de procesos canónicos de separación. Ya que la Constitución española proclama la aconfesionalidad (artículo 16.3) y la exclusividad jurisdiccional (artículo 117.3).

En el Fundamento Jurídico Décimo el Tribunal Constitucional expresa que en todo lo que se refiere a los efectos civiles, regulados por la ley civil, es el Juez civil quien tiene que estar atento al bien de los hijos.

El fundamento Jurídico Undécimo señala que tanto el Juez de primera instancia como la Audiencia fueron meros ejecutores de la sentencia canónica en los temas referidos a los hijos y que no han ejercido la potestad jurisdiccional que les correspondía por imperativo del artículo

¹² SÁNCHEZ PARRA, F. J.: *La eficacia civil de las resoluciones canónicas matrimoniales. Doctrina del Tribunal Constitucional*, Comares, Granada, 2005, pág. 26 y ss. En este tema seguimos la jurisprudencia del TC y las aportaciones sugeridas por este autor.

117.3 de la Constitución y de acuerdo con el artículo 51 de la LEC por lo que se observa la vulneración de un derecho constitucional como es el derecho a la tutela jurisdiccional amparado por el artículo 24.1 de la Constitución española. Por todo ello se decidió anular las resoluciones judiciales dictadas en vía civil.

En este sentido la STS de 31 de diciembre de 1982 manifiesta que “el ámbito de conocimiento y decisión del juez civil para dar efectividad a las resoluciones pronunciadas por los Tribunales eclesiásticos, si bien no alcanza a revisar el primordial efecto desvinculatorio de la resolución canónica sobre la nulidad o disolución del matrimonio, sí reviste plenitud de facultades por lo que atañe a los efectos de carácter secundario: prohibiciones para contraer ulteriores nupcias, ejercicio de relaciones paterno-filiales, declaración de mala fe de alguno de los cónyuges, temas que la jurisdicción civil puede avocar en su total integridad y con plena autonomía”.

Por otra parte, y en relación a la eficacia civil de las sentencias canónicas de nulidad matrimonial en relación con el derecho a la protección efectiva de los tribunales, resulta interesante resaltar la STC de 13 de enero de 1997 que concede parcialmente el amparo objeto del recurso, considerando que se vulneró el derecho de ejecución de las resoluciones firmes en cuando declaran el divorcio de un matrimonio que ya había sido anulado canónicamente, aunque no otorga el amparo respecto a los efectos económico-patrimoniales de la disolución. En cuanto a la efectividad de la nulidad en sede civil, se plantean los mismos argumentos que ya hemos examinado en relación con el Derecho transitorio.

Los temas relativos a asuntos económico-patrimoniales son, como hemos expresado, de exclusiva competencia de los Jueces y Tribunales civiles (fundamento Jurídico 10º de la STC de 26 de enero de 1981), en base, como ya hemos mencionado, a los principios de aconfesionalidad del Estado (artículo 16.3 de la CE) y de exclusividad jurisdiccional (artículo 117.3 de la CE).

F) Doctrina del Tribunal Constitucional en relación con la posible vulneración del derecho a la libertad religiosa y el derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley

Sobresale el Auto de la Sala 1ª del TC de fecha 31 de octubre de 1984, que no hace referencia al reconocimiento civil de resoluciones eclesíásticas pero que acude en amparo frente a una sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia y después por la Audiencia Provincial de disolución de un matrimonio celebrado canónicamente ya que considera “el carácter contrario a la religión católica del divorcio, por ir en contra de una de las propiedades esenciales del matrimonio canónico, que no puede ser desconocida por parte del Estado, ya que está aludida en el Acuerdo Jurídico (artículo VI.3) celebrado entre España y la Santa Sede el 3 de enero de 1979: la indisolubilidad, que grava la conciencia del fiel y cuya transgresión vulnera, por tanto, el derecho fundamental de libertad religiosa”.

En este caso el TC no admite el recurso de amparo, considerando en el Fundamento de Derecho Segundo que “en el presente caso los órganos judiciales se han limitado a aplicar, conforme a la potestad jurisdiccional que tienen atribuida por el artículo 117.3.4 de la Constitución española, la legislación vigente en la materia, promulgada en virtud de la remisión que el artículo 32.2 de la Constitución española hace al legislador ordinario para en consecuencia, sostener que sea imputable a los referidos órganos judiciales de modo inmediato y directo, como exige el artículo 44.1b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la alegada vulneración de un derecho fundamental susceptible de amparo, por lo que habría de concluirse que la demanda carece manifiestamente de contenido constitucional e incurre en el motivo de inadmisión previsto en el artículo 50.2b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”.

El Fundamento de Derecho Quinto de la misma Sentencia expresa que “en el caso que nos ocupa es manifiesto que ni los preceptos en cuestión son inconstitucionales, ni su aplicación ha supuesto menoscabo para el derecho a la libertad religiosa de la recurrente. La Ley 30/1981 de 7 de julio, establece un marco legal común para todos los españoles, basado en el respeto a los principios constitucionales contenidos de forma específica en los artículos 14 y 16 de la Constitución española: igualdad, libertad religiosa, aconfesionalidad, con la consiguiente no discriminación por

creencias religiosas, y cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones. En dicha regulación se prevé el pleno reconocimiento de los matrimonios celebrados según las normas del Derecho canónico, pero tal reconocimiento no supone la asunción por el Estado de las características y propiedades que la Iglesia católica asigna al matrimonio en su fuero propio, dado que, por su carácter pluralista y aconfesional, el Estado no viene obligado a trasladar a la esfera jurídico-civil los principios o valores religiosos que gravan la conciencia de determinados fieles y se insertan en el orden intraeclesial.

La recurrente aduce que dichas propiedades, entre ellas la indisolubilidad del matrimonio, no pueden ser desconocidas por el Estado en relación con los matrimonios católicos, ya que a ellas se alude en el Acuerdo de 3 de enero de 1979 del Estado Español con la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos (artículo VI.3), pero lo cierto es que la declaración que en él se contiene se limita a recordar a quienes celebren matrimonio canónico la obligación grave que asumen de atenerse a las normas canónicas que lo regulan y, en especial, a respetar sus propiedades esenciales, y no genera obligación alguna para el Estado en relación con los católicos, pues, precisamente, en virtud del principio de libertad religiosa invocado por la recurrente, no puede inmiscuirse en la conciencia religiosa de los ciudadanos.

Por otra parte, de la aplicación de las normas, cuya inconstitucionalidad pretende la recurrente, no se ha seguido vulneración alguna del derecho fundamental invocado; las resoluciones judiciales impugnadas no inciden en el ámbito de libertad de la recurrente, pues no suponen impedimento alguno para que pueda acomodar su conducta a sus propias convicciones religiosas (...)

La STC de 24 de septiembre de 1987, en lo que respecta a la igualdad en la aplicación de la ley y libertad religiosa, no otorgó el amparo solicitado por el recurrente frente a una Sentencia que desestimó la nulidad del matrimonio canónico de éste por la existencia de un vínculo anterior de su esposa que había contraído matrimonio civil en Estados Unidos, considerando que el matrimonio civil invocado como causa de nulidad no tenía eficacia de acuerdo con la legislación vigente en España cuando se contrajo en el año 1976 y en el Fundamento de Derecho Tercero considera que “no resuelve la sentencia recurrida ningún problema con trascendencia constitucional, sino que se limita a resolver el problema

de Derecho privado suscitado por las partes con arreglo a la normativa vigente al tiempo de contraerse el segundo matrimonio (1976) (...) No es función del Tribunal Constitucional pronunciarse sobre una u otra interpretación aplicada por las sentencias, pues ello sería contrario a lo dispuesto en el artículo 117.3 de la Constitución española. Basta constatar que la interpretación acogida por la sentencia recurrida no incide en las vulneraciones de los artículos 14 y 16 de la Constitución española que invoca el recurrente para solicitar no sólo la nulidad de la sentencia, sino la solicitud de eficacia del primer matrimonio. Pretensión extraña al recurso de amparo sobre la que no puede pronunciarse este Tribunal y sin la cual carecería de sentido la pretendida nulidad de la sentencia recurrida a la que no puede imputarse, en ningún caso, la violación de modo inmediato y directo de derecho fundamental alguno del recurrente.

En el Fundamento de Derecho Cuarto se sostiene que “los derechos fundamentales que invoca el recurrente en amparo son los reconocidos por los artículos 14 y 16 de la Constitución española: derecho a no ser discriminado por razón de religión o creencias. La vulneración de estos derechos se habría producido, a su juicio, por aplicación de los antiguos artículos 42 y 86 del Código Civil vigentes en el año 1976 cuando celebró el matrimonio canónico con la demandada, prescindiendo ahora de que, según lo razonado en el fundamento anterior, la sentencia recurrida no aplica dichos preceptos porque no declara la nulidad del matrimonio civil celebrado por la demandada, tampoco podría prosperar su recurso por estas supuestas infracciones. Porque, como sostiene la demandada en su escrito de oposición al recurso de amparo, al recurrente no se le han violado los derechos garantizados por los artículos 14 y 16 de la Constitución española: no ha sufrido discriminación alguna por razón de religión, ni se le ha obligado a declarar sobre sus creencias.

Si la declaración de no ser católico y la no tramitación del expediente de acatolicidad que exigían los citados preceptos del Código Civil para la validez del matrimonio civil hubieran sido la causa de declaración de nulidad del matrimonio civil celebrado por la demandada, sería ésta y no su marido quien resultaría lesionada en sus derechos fundamentales por la sentencia que hiciera tal declaración. Mas como esto no es así y al recurrente no le afectan en sus derechos fundamentales los motivos que la sentencia recurrida ha tenido en cuenta para estimar la ineficacia

jurídica en España del matrimonio civil celebrado por su esposa, no puede invocar tales derechos en su recurso de amparo.

Como resulta de lo dispuesto en el artículo 53.2 de la Constitución española y en los artículos 41 y siguientes de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el recurso de amparo protege derechos fundamentales subjetivos de los ciudadanos que, siendo titulares de tales derechos, resulten vulnerados por los poderes públicos. No es éste el caso del actor a quien, como hemos dicho y resulta de la sentencia recurrida, no se le han vulnerado los derechos que invoca y por tanto, no puede erigirse en defensor de los mismos, y menos aún hacerlo contra la expresa voluntad de quien sería su titular”.

Finalmente, en la STC de 28 de febrero de 1994 se deniega el amparo ya que no se estima la existencia de violación de la igualdad y libertad ideológica de la recurrente, a quien se le había desestimado una prestación como viuda por falta de prueba del vínculo matrimonial con el pensionista de la Seguridad Social. En el Fundamento de Derecho Tercero se expresa que “en el presente caso se argumenta por la demandante de amparo que aun reconociéndose la legitimidad abstracta de otorgar al vínculo matrimonial determinadas consecuencias jurídicas más favorables, es preciso tener en cuenta que quien convivía con ella maritalmente profesaba una ideología anarquista que, aunque no era contraria en modo alguno a la familia, sí lo era a formalizar la relación afectiva estable entre hombre y mujer, centro de la misma, a través de una institución eclesiástica o de la propia Administración, siendo ello una convicción profunda del causante, insuperable, obstativa al matrimonio, de modo que le impedía contraerlo con tanto o más rigor que las causas obstativas expresamente admitidas como tales en la doctrina de este Tribunal Constitucional (señaladamente, la de estar casado, antes de la aprobación de la Ley 30 de julio de 1981, que permitía el divorcio). De ello deduce que la exigencia en su situación del vínculo matrimonial como requisito imprescindible para acceder a la pensión de viudedad supone atentar, de hecho, a su libertad ideológica y, con ello, al artículo 16.1º de la Constitución española.

Sin embargo, a este razonamiento hay que oponer que, aun admitiendo la subsunción de la libertad negativa a contraer matrimonio –artículo 32.1 de la Constitución española– en el artículo 16.1.º de la Constitución española, es claro que el derecho a no contraer matrimonio como un eventual ejercicio de la libertad ideológica no incluye el derecho a un sistema

estatal de previsión social que cubre el riesgo de fallecimiento de una de las partes de las uniones de hecho (Auto del Tribunal Constitucional 156/1987), toda vez que el libre desarrollo de la personalidad no resulta impedido o coartado porque la ley no reconozca al superviviente de una unión de hecho una pensión de viudedad (Sentencia del Tribunal Constitucional 184/1990, fundamento jurídico 2.º), pues, en definitiva, como alega el Ministerio Fiscal, aunque la libertad ideológica no se agota en una dimensión interna, sino que alcanza también la expresión de las propias libertades a tener una actuación coherente con ellas y a no sufrir sanción o injerencia de los poderes públicos por su ejercicio (Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 20/1990), ello no puede llevar a condicionar los requisitos fijados por el Estado para la concesión de una prestación económica ni a la supresión, eliminación o exigencia de los mismos.

En suma, una vez admitida la constitucionalidad del vínculo matrimonial como presupuesto legítimo para que el legislador haga derivar de aquél determinados efectos –como el de conceder las pensiones de viudedad reguladas en el artículo 160 LGSS– así como la constitucionalidad de aquellas medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convivenciales, ni aquellas otras medidas que faciliten o favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio (artículo 32.1 de la Constitución española), siempre, claro es, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y mujer que desean convivir *‘more uxorio’* (Sentencia del Tribunal Constitucional 184/1990, fundamento jurídico 2.º), no cabe admitir que vulnere la Constitución española el hecho de que no se reconozcan los derechos derivados del matrimonio a quien no lo contrajo pudiéndolo hacer, por más que oponga razones ideológicas a contraer el vínculo matrimonial. Aunque tal objeción le deba ser respetada, no suple el incumplimiento objetivo de un requisito legítimamente impuesto por el legislador, el cual, aunque podría conceder prestaciones de viudedad a favor de quienes hubieran formado parejas de hecho y convivido *‘more uxorio’*, no lo ha considerado oportuno por el momento, y ello, como tanto hemos repetido, no se ha considerado inconstitucional”.

El Fundamento de Derecho Cuarto sostiene que “la recurrente alega que la negativa que se dio a la pensión de viudedad que solicitó suponía una vulneración del principio de igualdad en la Ley (artículo 14 de la

Constitución española), evocando el artículo 101 del Código Civil, en relación a la Disposición adicional 10, párrafo 5.º de la Ley 30/1981. Alega que, según ésta, los derechos a efectos de Seguridad Social concedidos en virtud de esta Ley a quienes no pudieron contraer matrimonio con anterioridad por no existir Ley de divorcio quedarán sin efecto en cuanto al cónyuge en los supuestos del artículo 101 del Código Civil, precepto éste que dispone que en los casos de nulidad, separación o divorcio, el derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona, de lo que el recurrente concluye que si por vivir maritalmente se pierde un derecho a pensión, por ese mismo hecho se debe obtener el mismo.

Mas tal planteamiento no puede ser aceptado, no sólo por la evidente idoneidad del *tertium comparationis* empleado –puesto que el artículo 101 del Código Civil, en relación a la aludida Disposición adicional, se refiere a posibles causas de extinción de una pensión, mientras que el artículo 160 de la Ley General de Seguridad Social se refiere a los requisitos para obtenerla– sino porque el demandante pretende, al amparo del principio de igualdad reconocido en el artículo 14 de la Constitución española concluir la inconstitucionalidad de una norma jurídica a la que en definitiva sólo entiende como ilógica o incoherente, discrepando en definitiva, de que una norma reconozca unos determinados efectos a la convivencia de hecho –el cese de una pensión de viudedad por convivir maritalmente con una persona– y no otros –que se derive una pensión de viudedad de una convivencia *more uxorio*–, pero sin que esa situación permita apreciar las circunstancias exigibles para que nos podamos situar ante los más básicos elementos de una posible vulneración del principio de igualdad en la Ley (Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1981, fundamento jurídico 3.º y Sentencia del Tribunal Constitucional 23/1981, fundamento jurídico 4.º, por todas), pretendiendo únicamente sustituir la lógica empleada por el legislador por la suya propia, pero sin que aquélla incurra en vulneración alguna del artículo 14 de la Constitución española”.

IV. EFICACIA CIVIL DE LA NULIDAD CANÓNICA POSTERIOR AL DIVORCIO

a) Cuestiones generales

Bajo este epígrafe¹³ tratamos de ver las consecuencias derivadas de la obtención de una sentencia de nulidad eclesiástica, después de haber alcanzado una sentencia firme de divorcio, ya que con frecuencia se solicita el reconocimiento civil de la nulidad con el fin de eludir el pago de una pensión compensatoria fijada en un proceso de divorcio, teniendo en cuenta que el Código Civil no contiene ninguna regulación para este supuesto de forma expresa. Del mismo modo, cabe señalar que no hay ningún obstáculo para solicitar la nulidad del matrimonio aunque estuviera ya disuelto por divorcio, aunque la hipótesis contraria impediría la realización de la acción de divorcio, tanto si la nulidad fue civil como si fue eclesiástica con efectos civiles (vid. SAP Ávila 5 febrero 1999 y SAP Barcelona 27 marzo 2001).

Existen dos sentencias del Tribunal Constitucional (STC 6/1997, de 13 de enero y STC 150/1999, de 14 de septiembre) de las que se deduce la posibilidad de reconocimiento de nulidad después del divorcio, ya que no existe cosa juzgada entre ambas resoluciones, mientras que la declaración previa de nulidad impide el divorcio.

Las sentencias del Tribunal Supremo (STS 24 de septiembre de 1991 y SSTs de 5 y 8 de marzo de 2001) optan por el reconocimiento de eficacia civil a la nulidad posterior al divorcio. Por lo que respecta a los efectos económicos mantiene los establecidos en la sentencia de divorcio (sobre todo en la primera sentencia), aunque deja para la fase de ejecución de sentencia la fijación de los mismos.

En las Audiencias Provinciales existe una mayor y más rica jurisprudencia en torno a este problema y se contemplan tanto los supuestos de nulidad posterior al divorcio, como con posterioridad a la separación matrimonial, extendiéndose a los efectos económicos, produciéndose dos tipos de resoluciones matrimoniales, las que consideran que con la

¹³ BARBER CÁRCAMO, R.: *La eficacia civil de la nulidad canónica posterior al divorcio*, op. cit., pág. 49 y ss.

nulidad sobrevenida se produce la extinción de la pensión compensatoria y las que consideran que no impediría su mantenimiento.

Entre las sentencias que consideran que con la declaración posterior de nulidad se produce la extinción de la pensión compensatoria, aunque puede producirse la indemnización de acuerdo con el artículo 98 C.c., se encuentran SSAP Palma de Mallorca de 21 de mayo de 1992, Sevilla 10 febrero 1993, Valencia 21 diciembre 1994 y 14 noviembre 1997, Málaga 9 de junio de 1998, Zaragoza 24 diciembre 1999, Asturias 5 octubre 2000, Baleares 6 junio 2001.

Sin embargo, la mayor parte de la jurisprudencia considera que no se produce alteración de lo que se ha fijado en las sentencias previas de separación y divorcio, cuando acontece la nulidad sobrevenida. Los argumentos en los que se apoyan son variados:¹⁴

- Exclusividad de la jurisdicción civil (SAP Sevilla 2 noviembre 1993, SAP Huelva 8 de octubre 1997, AAP Barcelona 22 julio 1996, Sevilla 9 octubre 1998, SAP Madrid 9 octubre 2001).
- El artículo 101 C.c. no contempla el reconocimiento de la nulidad canónica como causa de extinción de la pensión compensatoria ni significa una “alteración sustancial de las circunstancias”, a las que se refiere el artículo 91 C.c.: SSAP Sevilla 2 noviembre 1992, Huelva 8 octubre 1997, Sevilla 9 octubre 1998, Barcelona 12 febrero 1999, Murcia 28 febrero 2000, Zaragoza 24 julio 2000, Navarra 3 noviembre 2000, Madrid 9 octubre 2001.
- La doctrina del Tribunal Constitucional: SSAP Murcia 28 febrero 2000, Madrid 9 octubre 2001.
- La doctrina del matrimonio putativo por la que las medidas fijadas en sentencias de separación y divorcio mantienen sus efectos para el cónyuge de buena fe: SSAP Sevilla 2 noviembre 1993, Huelva 8 octubre 1997, Murcia 28 febrero y 13 marzo 2000.
- La eficacia de la cosa juzgada en sentencias de separación y divorcio: AAP Barcelona 22 julio 1996, SAP Asturias 10 noviembre 1998, SAP Segovia 11 diciembre 2001.

¹⁴ BARBER CÁRCAMO, R.: *La eficacia civil de la nulidad canónica posterior al divorcio*, op. cit., pág. 63 y ss.

- El hecho de que haya sobrevenido la nulidad no impide la ejecución de las sentencias anteriores de separación y divorcio: SAP Murcia 5 diciembre 1996.

La jurisprudencia de las Audiencias ha ido argumentando la distinción entre el reconocimiento civil de la nulidad y su irrelevancia económica o patrimonial.

El artículo 778 L.E.C. contempla dos procedimientos distintos para el reconocimiento de la nulidad según se soliciten o no, al mismo tiempo, la “adopción o modificación de medidas”, por lo que la fijación de las medidas no se produce necesariamente en la fase de ejecución de sentencia, aunque lo que queda claro es que la modificación debe argumentarse en base a una variación sustancial de las circunstancias consideradas para su fijación (Artículos 91, 100 y 101 C.c. y 775.1 L.E.C, entre las que no se encuentra la nulidad sobrevenida.

b) Crítica de la jurisprudencia

Contra la jurisprudencia expuesta existe una diversidad de posiciones:

- La reserva de orden público, defendida por autores como López Alarcón y Navarro Valls, basándose en la reserva de orden público mantenida en el artículo 954.3^a L.E.C./1881, que consideran improcedente el reconocimiento de eficacia civil a la nulidad canónica obtenida después del divorcio ya que con ello se producirían desajustes con situaciones consolidadas en el Derecho civil, aunque no parece un argumento contundente por cuanto sí procedería en el supuesto de la nulidad civil aunque hubiera disolución previa por muerte o divorcio. Por el contrario (STC 6/1997 de 13 de enero) no es posible reconocer un divorcio tras la nulidad.
- El argumento teleológico considera que una vez que los cónyuges han elegido resolver su crisis matrimonial a través de la jurisdicción civil mediante el divorcio, no tendría sentido una duplicidad de procesos y una futura nulidad eclesiástica sólo tendría efecti-

vidad en el ámbito ideológico o de conciencia. Los efectos de la nulidad serían inexistentes civilmente. En contra de esta posición se argumenta que el divorcio puede haberse solicitado sólo por una de las partes, por lo que la otra tendría expedito el derecho a solicitar la nulidad.

- La exclusividad de la jurisdicción civil y la supuesta inferioridad en la que incurriría con respecto a la legislación canónica pudiendo la nulidad canónica modificar lo establecido en sede civil es otro de los argumentos esgrimidos pero éstos pueden producirse también tras una nulidad civil, con lo que el conflicto de jurisdicciones sería inexistente.
- El matrimonio putativo (art. 79 C.c.) plantearía también dificultades por cuanto el divorcio y sus consecuencias no pueden considerarse de modo estricto como efecto del matrimonio, teniendo en cuenta además que el carácter periódico de la pensión compensatoria haría improcedente la devolución de las cantidades devengadas hasta la declaración de nulidad como efecto producido y no las cantidades que se devengan a partir de la misma. El matrimonio putativo no extiende su protección hacia el futuro. Además, ha de tenerse en cuenta que esta institución sólo recoge el supuesto del cónyuge de buena fe.
- Por lo que respecta a las causas tasadas de modificación y extinción de la pensión compensatoria que aparecen fijadas en los artículos 100 y 101 del C.c. respectivamente, no se encuentra ninguna mención en ellas a la nulidad ya que están pensadas para situaciones que han de ocurrir en el futuro y que inciden en la situación económica del cónyuge acreedor. El artículo 101 expresa que el derecho a pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, siendo esta causa la separación o el divorcio y el desequilibrio económico entre los cónyuges parece lógico pensar que cuando sobreviene la nulidad se produciría el cese de la pensión y su sustitución por la indemnización. El artículo 97 vela por los intereses del cónyuge deudor en estos casos y el artículo 98 remite a las circunstancias previstas en el artículo anterior para cuantificar la indemnización. La nulidad sobrevenida supone, en efecto, una alteración sustan-

cial de las circunstancias modificativas de medidas definitivas contempladas en los artículos 91 C.c. y 775.1 L.E.C.¹⁵

- Por lo que respecta a la eficacia de la cosa juzgada para mantener los efectos del divorcio a pesar de sobrevenir sentencia de nulidad, como quiera que se trata de pretensiones diferentes sobre el vínculo matrimonial, la sentencia de divorcio no tiene efectos de cosa juzgada en cuanto a la demanda posterior de nulidad. Los artículos 222.2 y 400 L.E.C. han modificado el ámbito objetivo de la cosa juzgada material, por lo que en la actualidad no sólo alcanza al fallo de la sentencia, sino también a los fundamentos jurídicos y fácticos, por lo que sólo los hechos o fundamentos jurídicos acaecidos con posterioridad podrían dar lugar a un nuevo proceso, o por no haber podido ser alegados por no permitirlo el proceso. En el caso que nos ocupa cabría preguntarse si la sentencia de divorcio expresa un pronunciamiento implícito sobre la validez del matrimonio que impediría, fundamentándose en la doctrina de la cosa juzgada, ejercitar con posterioridad una acción de nulidad, lo que no se adecua con la doctrina y jurisprudencia existente.¹⁶ No parece lógico considerar que la sentencia de divorcio contiene una declaración implícita sobre la validez del matrimonio, de modo que no sea posible entablar una demanda de nulidad, ya que la cosa juzgada se refiere a la pretensión procesal y no a la relación material. Por otra parte, el juez cuando dicta una sentencia de divorcio no se plantea la validez del matrimonio, no juzga sobre la misma, por lo que puede ser objeto de un proceso posterior. Y por lo que respecta a los efectos económicos, puesto que cambia el *petitum* y la *causa petendi*, debería cambiarse la pensión compensatoria por la indemnización.

En definitiva, la obtención de reconocimiento civil de una sentencia de nulidad posterior al divorcio puede convertirse en causa de extinción de pensiones establecidas en dichos procesos de separación o divorcio, por lo que no parece muy adecuada la regulación establecida legalmente

¹⁵ BARBER CÁRCAMO, R.: *La eficacia civil de la nulidad canónica posterior al divorcio*, op. cit., pág. 79.

¹⁶ BARBER CÁRCAMO, R.: *La eficacia civil de la nulidad canónica posterior al divorcio*, op. cit., pág. 84 y ss.

respecto de los efectos económicos de la nulidad matrimonial, siendo¹⁷ deseable que tales efectos económicos fueran comunes a la separación, divorcio y nulidad, desapareciendo la indemnización del artículo 98 C.c., siendo necesario el establecimiento de la pensión compensatoria a la luz del artículo 97 C.c. incluso en el caso de nulidad cuando se haya producido una situación similar que en la separación o el divorcio, solución dada en el artículo 84 del Código de Familia catalán.

La jurisprudencia española ha abierto la posibilidad de reconocer efectos civiles a las nulidades eclesiásticas obtenidas con posterioridad a una sentencia firme de divorcio, aunque hasta hace poco tanto el Tribunal Supremo como las Audiencias Provinciales han negado la posibilidad de extinguir las pensiones compensatorias establecidas en tales procesos de divorcio en el momento de dotar de eficacia las sentencias de nulidad, lo que resulta confuso ya que no se establecen los efectos propios de la nulidad.

Por otra parte, no existe ningún argumento que pueda contradecir la posibilidad de obtención de reconocimiento civil de una nulidad posterior a la obtención del divorcio. Tan sólo se comprendería en el supuesto de que triunfara la doctrina sentada por la STS 27 junio 2002, que entiende por rebeldía no sólo la sostenida a la fuerza sino la de conveniencia o convicción, pero sería contrario a la noción de rebeldía sostenida por la jurisprudencia constitucional.

En cuanto a la inadmisibilidad de alteración de los efectos económicos obtenidos por sentencia de divorcio en caso de nulidad matrimonial la jurisprudencia, especialmente de las Audiencias, han esgrimido diversos argumentos tanto sustantivos (matrimonio putativo) como procesales. De este modo se defiende la pensión compensatoria como efecto ya producido del matrimonio y no sólo en cuanto a las cantidades devengadas, lo que no constituye un fundamento muy convincente. Desde el punto de vista de los argumentos procesales aparece la doctrina de la cosa juzgada, que sólo sería posible si en el proceso se hubiera tratado sobre la validez o no del matrimonio, aunque la jurisprudencia la aplica para los efectos económicos.

¹⁷ BARBER CÁRCAMO, R.: *La eficacia civil de la nulidad canónica posterior al divorcio*, op. cit., pág. 119 y ss.

Por todo ello sería aconsejable una reforma legal que equiparase los efectos de la separación, nulidad y divorcio.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M.: *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, 7ª, Bosch, Barcelona, 1996.
- BARBER CÁRCAMO, R.: *La eficacia civil de la nulidad canónica posterior al divorcio*, Tirant lo Blanch, “colección privada” 76, Valencia, 2005.
- CABALLERO GEA, J.A.: *Procesos matrimoniales: causas, hijos, vivienda, pensiones. Síntesis y ordenación de la doctrina de las Audiencias y Tribunales, Fiscalía General del Estado y Dirección General de los Registros y del Notariado. Formularios*, Dykinson, Madrid, 1991
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, 6ª, Tecnos, Madrid, 1995.
- GARCÍA CANTERO, G.: *Nulidad de matrimonio*, Actualidad Civil, 1994.4.
- LÓPEZ ALARCÓN, M.: *El nuevo sistema matrimonial español. Nulidad, separación y divorcio*, Tecnos, Madrid, 1983.
- LÓPEZ ALARCÓN, M. y NAVARRO VALLS, R.: *Curso de Derecho Matrimonial Canónico y Concordado*, Tecnos, Madrid, 1984.
- LÓPEZ ZARZUELO, F.: *El proceso canónico de matrimonio rato y no consumado: eficacia civil de las resoluciones pontificias: doctrina, legislación, jurisprudencia y formularios*, Lex Nova, Valladolid, 1991.
- NAVARRO VALLS, R.: *El sistema matrimonial español y la Constitución de 1978*, en “El hecho religioso en la nueva Constitución española”, Salamanca, 1979.
- PEÑA GARCÍA, C.:
- *Matrimonio: Nulidad canónica y civil, Separación y Divorcio. Aspectos sustantivo y procesal conforme a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001.
 - *La existencia de una sentencia firme de divorcio, ¿impide el reconocimiento de eficacia civil a las sentencias canónicas de nulidad? (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 5 de marzo de 2001)*, Actualidad Civil, 2001.3, pág. 951-960.
- RODRÍGUEZ CHACÓN, R.: *ejecución de sentencias matrimoniales canónicas en España*, Departamento de Derecho Civil Tesis inéditas, director

- Manuel Albaladejo García, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, 1988.
- SÁNCHEZ PARRA, F.J.: *La eficacia civil de las resoluciones canónicas matrimoniales. Doctrina del Tribunal Constitucional*, Comares, Granada, 2005.
- SANCHO REBULLIDA, F.: *Matrimonio y Divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Libro Primero del Código Civil*, coord., José Luis Lacruz Berdejo, Civitas, Madrid, 1982.
- SANCIÑENA ASURMENDI, C.: *El reconocimiento civil de las resoluciones extranjeras y canónicas*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- VEGA SALA, F.: *Efectos civiles de las resoluciones canónicas a partir del 2001*, en el vol. colectivo de las XXI Jornadas de la Asociación Española de Canonistas, Antonio Pérez Ramos (Ed.), Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca, 2002, pág. 221 a 250.
- VILALTA, A.E. y MÉNDEZ, R.M: *Nulidad del matrimonio civil y demanda de eficacia civil de las resoluciones canónicas*, Biblioteca Básica de Práctica Procesal 86, Bosch, Barcelona, 2000.

RIESGOS DEL DEBER DEL SECRETO PROFESIONAL PARA LA EFICACIA DEL DERECHO¹

SANTIAGO PANIZO ORALLO

Magistrado emérito del Tribunal de la Rota

Resumen: Se plantea en el estudio la eficacia del Derecho y la posible crisis de esa eficacia en supuestos de intereses y valores amparados por el secreto profesional. Es cuestión de compaginar unos derechos con otros de acuerdo con una jerarquía de valores lo más auténtica posible y acorde con los principios de la dignidad de la persona humana.

Palabras-clave. Derechos de la persona. Secreto y secreto profesional. Los derechos de la intimidad

Abstract: The paper reflects on the effectiveness of Law, and its possible crisis in cases of interests and values guaranteed by the professional secret. That situation poses the problem of making the different rights compatible, respecting a hierarchy of values as authentic as possible and coherent with the principle of human dignity.

Keywords: Personal rights. Secret and professional secret. Rights of privacy

¹ Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Seminario de Teoría del Derecho: Sección de Filosofía del Derecho. Jornadas Curso 2.008-2.009. Madrid, 30 de junio y 1 de julio 2.009.

I. PRELUDIO: PREMISAS Y ESTADO DE LA CUESTIÓN

En su ejemplar tratado *De officiis* recomienda CICERÓN² que, al iniciarse un discurso, lo primero –para ser razonables– ha de ser comenzar por la fijación de su objeto, para que –desde el principio– “*se tenga una idea de lo que ha de hablarse*”. Si la metodología que aconseja CICERÓN vale para la sustancia del discurso ha de valer también para las condiciones del mismo: sus contornos, las perspectivas, el estado de la cuestión, etc.; y más ha de valer si el tiempo de hablar es corto como en este caso sucede.

Mi tema –en estas Jornadas del Seminario 2009 sobre Teoría del Derecho– va centrado en los riesgos que, para la eficacia del derecho y de las normas, pudiera hipotéticamente representar el deber del secreto profesional.

En Teoría general del Derecho se sostiene que el derecho y sus normas tienen vida propia; que su vigencia es su eficacia; que son “eficaces” si nada en su camino les impide producir los efectos previstos y buscados con la creación normativa³. Como la actividad jurídico-normativa es una parcela del obrar humano, se debe mantener también que, en este proceso dinámico de la vida del derecho, no se distraiga nada propio de ese camino del obrar que va desde el proyecto inicial a la realización efectiva, del pensamiento en acto a las cosas en acto; “*ab anima ad res*”, como la psicología del obrar humano reclama⁴.

En el obrar humano la “eficacia”⁵ es secuencia natural de la fuerza y vigor de los “potenciales” operativos o de realización que se radican en su

² “*Toda doctrina que quiere tratarse metódicamente debe arrancar de la definición, para que se entienda bien el objeto de la discusión*” (M. T. CICERÓN, *De Officiis*, Sobre los deberes, Alianza Editorial Madrid 1.989, libro I, 2, 7).

³ Sería interesante sin duda, desde ángulos especulativos, contrastar los sentidos, las equivalencias, las relaciones y distancias entre los términos “eficacia” y “vigencia” en materia de derecho y normas jurídicas. No es el momento de hacerlo para no irnos por las ramas del tema o cuestión.

⁴ Cfr. Joseph de FINANCE, *Ensayo sobre el obrar humano*, Gredos Madrid, 1.966, pp. 7 ss.

⁵ Por “eficacia” se podría entender la “*virtus*” o disponibilidad de una cosa o realidad para producir sus efectos propios y correspondientes a los “potenciales” dinámicos de esa cosa o realidad.

autor, en cada hombre. Es la plasticidad activada de su dinamismo vital. En nuestro campo de lo jurídico, la “eficacia” marca el paso de la “*letra viva*” a la “*letra muerta*” de un precepto o de la norma que lo gestiona. Por el contrario, la “ineficacia”, la “falta o carencia de eficacia”, sería confesión patente de su fracaso como orden de justicia (general o parcial) y regla de conducta en una sociedad y en una concreta circunstancia de la misma.

En lo inter-humano, en el campo de las relaciones interpersonales, que es el propio del derecho y de la ley, no me parece que sean lo mismo intimidad de la persona y privacidad y secreto⁶ de esa misma persona. No es igual “intimidad” y “*ser para sí*” que “vida privada” o “ámbito de lo privado”. Siendo, sin embargo, sus nexos tan ostensibles y sus afinidades tan entrañables, por más que sus linderos no sean fáciles de precisar, la verdad es que –para los efectos del tema– la idea de “*exclusión de los demás y abstención de injerencias por parte de otro*”⁷ la considero apta como referencia y base de análisis.

El derecho a la intimidad y a la imagen, obviamente, es parte sustancial de las defensas naturales del “ser persona humana”. Es como “seguro de vida” en ella, salvaguarda de su natural inviolabilidad⁸. Este derecho, de verdadera auto-defensa personal, puede tener en la violación de un secreto (del signo que sea, natural, confiado o profesional) un enemigo mortal. Y ello podrá no solo ser cuantificado en el orden jurídico a título de posible peligro para la personalidad del sujeto, sino ser también objeto

⁶ Sobre las relaciones entre intimidad, vida privada y secreto cfr. A. N. CABEZUELO ARENAS, *Derecho a la intimidad*, Tirant monografías Valencia 1.998, pp. 32-40.

⁷ En una sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de abril de 1.993, en el fundamento de derecho nro. 7, se dice que “*el atributo más importante de la intimidad, en cuanto núcleo central de la personalidad, es la facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusita, como a la divulgación ilegítima de esos datos*”. Esta enseñanza del Supremo sobre el ámbito general de la vida privada puede muy razonablemente aplicarse a las distintas parcelas de la misma como pueden ser la intimidad o el secreto.

⁸ Se puede ver, para un estudio de mayor profundidad, en lo relativo a la condición de “ser persona” y las “defensas naturales” de sus prerrogativas de “tal”, la de “inviolabilidad” sobre todo, las lecciones VIII-IX de la obra de J. ORTEGA Y GASSET *Qué es filosofía*. En ellas (y en toda esta obra en general) se perciben con claridad las bases de justicia o “*rationes iuris*” que pueden acogerse o derivar del “yo” del hombre como expresión primaria de “intimidad”, “*lo que está dentro de sí y es para sí*” antes de ser “*exótico*” y “*campo libre*” para “*otros*” (*Qué es filosofía*, Revista de Occidente Madrid, 1.960, pp. 171-215).

de calificación jurídica todas aquellas situaciones en que, por ejemplo, el derecho al secreto y el correspondiente deber de no violarlo y ni siquiera ponerlo en riesgo pudiera invocarse y prevalecer sin duda sobre la eficacia de otros derechos con él hipotéticamente concurrentes, de la persona humana, fundamentales incluso y todo ello por estrictas razones de justicia.

Dicho de otro modo. Este peculiar y cualificado perfil de la intimidad de la persona humana, con los derechos que en tan primordial interés se pueden ver radicados; la cuestión de sus posibles “defensas” en el plano penal o fuera del mismo incluso ante determinados peligros o lesiones por violaciones del deber de secreto que pudiera proteger una relación interhumana concreta; los “tira y afloja” tan pasionales y cargados de subjetividad a que se abren de ordinario estos conflictos y luchas de intereses, son razones de que no sean ni simples ni fáciles (más bien complejas, problemáticas y difíciles) estas cuestiones de “compaginar” unos derechos con otros de acuerdo con una jerarquía de valores lo más auténtica posible objetivamente hablando y acorde con los principios de la dignidad de la persona humana. Forman casi siempre parte de un campo jurídico tan enconado como problemático y difícil, supuestas –como han de serlo siempre– la naturaleza y las circunstancias de la materia en cuestión⁹.

El hecho solo de darse a publicidad realidades, noticias o conocimientos sobre algo en que una persona pueda invocar derechos a su reserva y silencio bien puede co-implicar valores o intereses personales e incluso reales que el orden jurídico no puede dejar sin consideración, tratamiento y soluciones de justicia. No puedo por menos de insistir aquí en la fuerza con que el pensamiento moderno, en aras de la conciencia

⁹ Para hacerse una idea de tanta complejidad y polemicidad de la materia agravada tantas veces por unas ostensibles insuficiencias legales, así como de los múltiples campos propios o posibles de estas cuestiones, desde el secreto médico al secreto de confesión o el político con sus intereses en juego recomiendo la lectura de *Le secret professionnel* de R. FLORIOT y R. COMBALDIEU (Flammarion París, 1.973). La panorámica que se presenta en el primer capítulo da fe de que –como los autores indican– “*le secret professionnel paraît être une notion très simple. Le prêtre ne doit rien répéter des confidences de ses ouailles, le médecin, l’avocat, ne peuvent jamais révéler à quiconque ce qu’ils savent de leurs clients. Pourtant l’application stricte de ces principes, à première vue élémentaires, pose des problèmes presque insolubles et le respect absolu du secret professionnel peut avoir des conséquences funestes*».

cada vez más viva y operativa de los “derechos humanos”, ha estudiado y analizado ese binomio de la “persona humana”, soberana y responsable de sí misma y de su destino, y la consiguiente preservación y defensa de la “intimidad” personal en la más amplia gama de sus proyecciones. Una muestra nacional de ello tenemos en ORTEGA Y GASSET, pensador de gran fondo, de quien –poco más adelante– se cita un texto de su obra *Historia como sistema* en el que se resalta como algo humano supremo el derecho-deber de “hacerse” uno mismo con libertad y responsabilidad. Es coherente con ideas antes ya enunciadas según las cuales “*el yo es intimidad*” y la salida del nudo está en que ese “yo” pueda salir de sí y vérselas con los “otros” salvando a la vez su propia intimidad, sin dejar de ser él mismo y sin ser indebidamente asaltado en su “esencial yo”¹⁰. La intimidad de la persona humana en su vital sentido de lo que está más profundamente en uno y es, más que ninguna otra cosa del yo, para uno mismo. Radicalidad jurídica sin duda y de las más llamativas, fuertes y atractivas de la condición humana.

Parece –por todo ello– elemental admitir, desde puntos de vista jurídicos, que el concepto de “secreto” psicológicamente puede considerarse afín a las cuestiones de la intimidad personal y connotar en ocasiones, en el dilatado campo de las relaciones interhumanas, posibles necesidades o conveniencias fuertes de reserva sobre noticias o conocimientos que, voluntaria u obligatoriamente, se han de mantener ocultos o fuera del manoseo y alcance de los demás; o sobre cuya publicidad una persona concreta pueda tener voluntad y razones para que se mantengan reservados y sin publicidad.

Estas primeras notas ya denotan de alguna manera la complejidad y la envergadura de la cuestión, como anteriormente se ha indicado.

Del mismo modo, ya se puede percibir también su finura y sus proyecciones, que no han de ser necesariamente las directas y propias de la simple protección de unos derechos como los de la intimidad o la fama e imagen que se pudieran ver específicamente amparados con el secreto profesional (u otro tipo de secreto). No sería este el caso o no sería sobre esto el caso. Porque, en este tema, lo que realmente es llamado a especificarse ha de ser el analizar y valorar las limitaciones que el deber del secreto profesional pudiera representar para la eficacia de unos derechos,

¹⁰ Cfr. *Historia como sistema*, Obras Completas Alianza Editorial Madrid 1.997, vol. VI, pp. 13 ss.; y *Qué es filosofía*, Revista de Occidente Madrid, 1.960, pp. 171-215.

cuya verdad, composición y ejercicio se pudieran considerar de alguna manera en conexión con lo que haya de ser amparado, de una manera u otra, por deber de secreto.

Esta otra indicación he de hacer *in limine*.

La cuestión de estos posibles riesgos que para el ejercicio o la eficacia de un derecho puede representar el deber del secreto profesional ha sido –históricamente– ubicada en el orden penal; han sido de libro dilemas en que el sagrado deber de los sacerdotes al sigilo sacramental ha tenido que competir con el hecho de la condena a muerte de un inocente, con gravísimos problemas de conciencia sobre la mayor fuerza del deber del secreto o la mayor fuerza del deber de la justicia, con el juego en medio nada menos que la eficacia del derecho a la vida.

Pero hay que decir, salvada esa mayor aparatosidad y fuerza emotiva de los casos penales, que las posibilidades de estas situaciones también pueden ser cuestiones muy vivas y de parecidas proyecciones jurídicas en otras ramas del derecho, como el procesal, el civil, el administrativo, el canónico, etc. En concretos espacios del orden procesal no son infrecuentes estas situaciones, y en las causas de nulidad conyugal –por incapacidad psíquica especialmente– cuestiones derivadas de situaciones de tal índole bien pudieran ser objeto de una apasionante tesis doctoral.

La clave en estas situaciones, y del problema por tanto, bien pudiera fijarse en torno a dos premisas:

- que se mantenga en legitimidad y vigencia la facultad o derecho subjetivo a que algo –una realidad, una idea, una noticia o conocimiento– no deba ser revelado o publicado sin quebranto de la justicia; es decir, vigencia de un derecho subjetivo con amparo en el secreto profesional;
- y que ese derecho subjetivo con su amparo en el deber de guardar secreto haya de prevalecer sobre el derecho de otro u otros a la superación de la reserva, a la publicidad por tanto o a que se haga caso omiso de la reserva, en aras así mismo de la justicia y por razones de justicia.

La cuestión bien puede calificarse de “campo de minas” jurídicamente hablando, sobre todo en el orden penal cuando –con la violación del secreto– se pueden poner en riesgo y grave peligro intereses o valores tan supremos como la vida misma.

Pero pudiera ser eso mismo o algo parecido también en otros campos o ramas del derecho, como el procesal, cuando –al amparo del derecho al secreto profesional– se pudiera poner en grave quebranto la misma posibilidad de administrar rectamente la justicia.

Creo que –siendo tan actual y problemático el tema– vale la pena.

Y creo también que esta cuestión es parte de una temática más general del campo jurídico: la que se produce en todo planteamiento jurídico de conflictos de intereses y valores humanos. Los riesgos serían los naturales en tales cuestiones de conflicto

Siendo el tiempo de que dispongo tan breve, tras esta síntesis introductoria, paso a mencionar los puntos del sumario, los lemas o aportes de autoridad al tema y alguna referencia muy breve a esos puntos (necesariamente habrá de ser a salto de mata y mínima), para cerrarlo todo con una conclusión.

Vuelvo a insistir. Los anteriores apuntes dan idea de la importancia y actualidad del tema. Pero la cuestión aún pudiera revelarse más actual y viva si del campo del derecho privado nos trasladamos al público y se analizan las cuestiones a que pueden dar lugar realidades tan visibles como el “estatalismo” tan radical de hoy, las obras continuas de un “positivismo” sin límites, las taras de lo que Ortega llama en “El espectador” “*democracia morbosa*” y la espeluznante invasión, por obra de la técnica, de las intromisiones indebidas en campos, por ejemplo, como el de la relación de los letrados con sus clientes amparándose en pretendidas “excepciones” al Estado llamado de derecho, que no son otra cosa en verdad que muestras de lo que no debiera dejar de llamarse “Estado policial”. Esto –y con este mismo título– ha sido recientemente “denunciado” en la prensa diaria española¹¹.

II.

1. Sumario

El Sumario de esta exposición se compone de seis puntos, que tan solo esbozamos en espera de un ulterior desarrollo posterior.

1.- Presupuestos sobre la eficacia del derecho y de las normas.

¹¹ Cfr. *Estado policial*, 3^o del diario ABC, en octubre-noviembre 2009.

2.- El “secreto profesional” y su condición de prerrogativa de la dignidad de la persona humana.

3.- Sus perfiles jurídicos de derecho subjetivo y de deber jurídico.

4.- Riesgos del derecho-deber de secreto profesional para la eficacia del derecho y de las leyes.

5.- Orden procesal civil: el contraste del deber de cooperar para la recta administración de la justicia y el derecho-deber de secreto profesional.

6.- Conclusión.

2) Lemas de entrada en el tema y evocaciones de autoridad sobre el mismo podrían ser estos:

* *“El orden jurídico, por la naturaleza misma de las cosas, lleva consigo tendencias a realizarse”* (E. HUBER, *El derecho y su realización*, trad. esp. 1.929, II. P. 1). *“El derecho nace y está para eso, para realizarse. La realización es la vida y la verdad del derecho, es el derecho mismo. Lo que no pasa a la realidad, lo que está simplemente en la ley, en el papel, es solo un derecho aparente, con palabras vacías. Por el contrario, lo que se realiza (en materia de justicia), es derecho aunque no se encuentre en la ley y el pueblo o la ciencia no se hayan dado cuenta de ello”* (R. IHERING, *Geist*, II, 2, parr. 38).

“La función del derecho es realizarse; lo que no es realizable no puede ser derecho, y –viceversa– toda realización (de la justicia) es derecho antes de que se le reconozca como tal (derecho consuetudinario)... El derecho, tal como ha llegado a nosotros es como el diseño de una máquina, pero la mejor explicación de una máquina es ella misma cuando funciona. No es necesario justificar la idea de que ningún derecho puede comprenderse más que teniendo en cuenta la vida real que lo rodea” (R. IHERING, *Abreviatura de El espíritu del Derecho Romano*, Revista de Occidente argentina, Buenos Aires, 1.947, pag. 32).

** Ni el derecho ni las normas jurídicas son omnipotentes y omnipresentes.

Tienen límites de vigencia, de tiempo y de espacio.

Son límites y fronteras del derecho y de las leyes los fueros sagrados de la persona humana y de su dignidad. No ha dejado de tener vigor el

viejo dicho romano de que *“hominum causa omne ius constitutum est”* (Hermogeniano, Digesto, I, 5, 2).

*** *“El que revela el secreto de otros pasa por traidor. El que revela el secreto propio pasa, hijo mío, por imbécil”* (VOLTAIRE, *L’indiscret*, I, 1).

**** *“Aquel que, en caso de necesidad, obra haciendo caso omiso de las palabras de la ley, no se arroga la facultad de juzgar la ley en sí misma, sino tan solo en ese determinado caso, en que ve la necesidad de incumplir la prescripción legal considerada en cuanto a la materialidad de sus palabras”* (SANTO TOMÁS, *La ley*, Ercilla Santiago de Chile, 1.988, pag. 107).

***** *“La nota más trivial pero a la vez la más importante de la vida humana es que el hombre no tiene más remedio que estar haciendo algo para sostenerse en la existencia.*

La vida nos es dada puesto que no nos la damos a nosotros mismos puesto que nos encontramos con ella de pronto y sin saber cómo.

Pero la vida que nos es dada no nos es dada como hecha, sino que necesitamos hacérsola nosotros, cada cual la suya. La vida es quehacer. Y lo más grave de estos quehaceres es que la vida consiste no es que sea preciso hacerlos, sino en cierto modo lo contrario: quiero decir que nos encontramos siempre forzados a hacer algo, pero no nos encontramos nunca estrictamente forzados a hacer algo determinado, que no nos es impuesto este o el otro quehacer...

Antes de hacer algo, tiene cada hombre que decidir, por su cuenta y riesgo, lo que va a hacer.

Pero esta decisión es imposible si el hombre no posee algunas convicciones sobre lo que son las cosas en su derredor, los otros hombres, él mismo.

Solo en vista de ellas puede preferir una acción a otra; puede, en suma, vivir”.

(J. ORTEGA Y GASSET, *Historia como sistema*, en Obras Completas, Alianza Editorial Madrid 1.997, vol. 6, pp. 13 ss.).

III. UNOS PRESUPUESTOS SOBRE LA EFICACIA DEL DERECHO Y DE LAS LEYES.

1.-a) “*La eficacia del derecho y de las leyes*” es categoría de lleno asociada a la funcionalidad de lo jurídico. No puede hablarse de derecho verdadero sin referencia a “sus funciones” y, entre todas ellas, a la de su operatividad o “*la posibilidad de su realización práctica*”. Como afirma Rudolf IHERING, en *El espíritu del derecho romano*¹², “*la función del derecho, en general, es la de realizarse*”; “*lo que no es realizable nunca podrá ser derecho*”. La “eficacia del derecho” ha de considerarse, por ello, la expresión más acabada y definitoria de la vida del derecho, que se instala y forma parte de ese plano tan peculiar de su existencia y dinámica que es la realización y aplicación del derecho. La justicia, dice D. Federico DE CASTRO Y BRAVO, “*se ha de realizar en el derecho positivo; y éste, a su vez, para llegar a ser tal derecho, ha de hacerse real creando el orden jurídico*” de cuya sustancia forma parte la “tendencia” de realización¹³. El derecho se crea con finalidad instrumental, de “dar valor jurídico” o conformar –según criterios de justicia– la realidad social¹⁴.

La “eficacia del derecho” pertenece por tanto al núcleo más activo y más pragmático de todo lo jurídico, el de la expresión más neta de su vigencia, sea ello en perspectiva general o lo sea –como sería más preciso– en la específica referencia a la operatividad del derecho y de las leyes¹⁵. Si

¹² Ver, por ejemplo, en *El espíritu del Derecho Romano*, tomo 1º, tit. II, cap. 1. *Fisiología y funciones en la vida de lo jurídico*, Comares Granada, 1.998, pags. 38-39; y *Plástica del derecho*, pags. 289-297.

¹³ Cfr. F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, Instituto de Estudios Políticos Madrid, 1.949, t. I, p. 439. Emplea ideas de E. HUBER, *El derecho y su realización*, trad. esp. 1929, II, p. 1.

¹⁴ Cfr. F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, cit., vol. I, pag. 521.

¹⁵ La eficacia del derecho, más que estructura interna o externa del mismo, parece mejor un signo de su vitalidad o el exponente visible de su dinamismo interior, de su racionalidad e imperatividad sociológicas. Mejor que estructura incluso de lo jurídico, la “eficacia del derecho” debería mirarse como expresión de su autenticidad jurídica o razón de ser interior (“*virtus*”), expresión de su vitalidad y, en cuanto norma o regla de conducta social, espejo fiel de su oportunidad y adaptabilidad normativa. Es como la patente más y mejor expresiva de su “*ratio essendi*”. Lo apunta también Ihering: “*Ningún código de leyes de una época o de un pueblo cualquiera podrá ser suficientemente comprendido sin el conocimiento de las condiciones reales de ese pueblo y de esa época; conocimiento que por sí solo explica*

como bien señala IHERING¹⁶ no hay realmente más actos jurídicos que los que se revisten de forma jurídica, puede también afirmarse que no hay otro derecho verdadero que el derecho “eficaz”, aquel que, a la entraña interna de una estructura jurídica impecable, añade o puede añadir la efectividad, es decir, los frutos de una realización acorde con las expectativas de su creación.

En ese juego del contraste de las esencias-tendencias de las cosas con sus causas (filosóficamente las causas de las cosas son a sus esencias como los dinamismos visibles de la escondida sustancia), referido en nuestro caso a la vida del derecho y de las leyes, veo este plano de la realización y de la eficacia como la carta de su ajuste funcional y práctico o el instrumento que determina el que las causas mantengan viva y sobre todo expresen una relación inmanente, proyectiva y generalmente de futuro con la sustancia de la realidad¹⁷, en cada caso.

la existencia de las reglas de derecho y su significación, y nos hace conocer los obstáculos o los medios que encuentra la eficacia de éste en las circunstancias de la vida, etc”. (El espíritu del Derecho Romano, tomo 1º, tit. II, cap. 1. Fisiología y funciones en la vida de lo jurídico, cit., pp. 39-40).

¹⁶ Ver R. Von IHERING, *Abreviatura de El espíritu del Derecho Romano*, Buenos Aires, 1.947, pag. 139.

¹⁷ “*Supremae quaestiones de quibus ontologicè disputandum est ad duas potissimum reducuntur, quid sint res et cur sint res. Ideo, praeter universalissimas rerum notiones, ordines et genera, de quibus hactenus egimus, etiam causae inspiciendae sunt. Ad naturam enim omnium entium spectat, ut agenda munere causae fungi valeant, et in ordine entium creatorum omnia cernimus influxu causarum fieri et perire...* » (J. DONAT, *Ontologia*, Herder Barcelona, 1.944, pags. 213 ss.). El concepto de “causa” en general se reduce a ser “*principium cuius influxu aliquid transit a non esse ad esse*”. La “eficacia” es, pudiera decirse, en este sentido radical-ontológico, la expresión plástica, un resultado, del dinamismo interno de la conjunción esencia y causas de las cosas. La “eficacia”, en este sentido, atañe al género de los “efectos” de las causas (las cuatro causas de la filosofía clásica), en su correspondencia interna con las tendencias y virtualidades de las mismas. La “eficacia” de una cosa o realidad sería por tanto la capacidad de “efectivizarse” las tendencias naturales de esa cosa o realidad. Sería algo como la “causa final” pasando de la realidad tendencial propia suya a realidad efectiva, de la potencia o virtualidad teleológica a la existencia. La diferencia entre “*finis obtinendus aut efficiendus*” y “*finis obtentus aut effectus*” se hace expresiva de esta idea y da la diferencia que hay –ontológicamente– entre la razón de ser y esencia-causas de las cosas y la vigencia existencial de las mismas. La palabra “*efectuación*” sirve también para denotar el paso real de la potencia al acto: cfr. a este respecto J. FERRATER MORA, *Diccionario de Filosofía*, Alianza Editorial Madrid 1.979, vol. II, pag. 896. “Eficacia” podría llamarse muy bien virtualidad operativa de las cosas convertida

Se ha de mantener que “la vida del derecho” con la vitalidad que supone no quedará del todo completa hasta conseguirse la realización de su fin, un recto orden de justicia en la sociedad; es decir, cuando la vida humana resulte ordenada y *“la norma pasa de ser una proposición jurídica a ser realidad rectora del vivir social”*. Expresa IHERING muy bien esta idea cuando indica que un orden jurídico no podría ser juzgado como pudiera serlo un sistema filosófico, en función mayormente de su perfección inmanente o de su “mérito intelectual”; ha de serlo más bien desde el punto de vista de las “posibilidades” de su realización práctica¹⁸.

Puede, de este modo, afirmarse que el derecho y las normas vienen “condicionados” en su ser, existencia y funciones de tales por *“las operaciones que posibilitan su realización social”*¹⁹; incluso más a fondo, por sus “posibilidades reales” de “hacerse” por su medio la justicia dentro de una convivencia social.

Como el propio D. Federico de Castro añade, una “verdadera realización” del derecho solo podrá consistir en *“lograr el bien común por medio de la realización social de la Justicia”*. Con esta otra idea añadida, muy sugerente en el caso de nuestro tema, que *“el tránsito de la esfera de los conceptos –una esfera exacta, constante y diáfana– a la del vivir real de la sociedad –una esfera cambiante, multiforme, solo asequible muchas veces por la intuición– es de extraordinaria dificultad teórica, pero de necesidad ineludible para el derecho”*.

b) En este marco problemático de dificultad y de necesidad en mutua interacción se habrá de situar esta cuestión de nuestro tema, la de los casos concretos en que la eficacia ordinaria del derecho y de las leyes –la eficacia extraordinaria del mismo modo– pudiera verse interferida por imperativos coyunturales (y destaco lo de “coyuntura” porque una misma exigencia material pudiera tener proyecciones o aplicaciones formales diferentes según casos y circunstancias) de valor humano-jurídico superior, como es el supuesto del “secreto profesional” que traemos a reflexión. Es decir, casos en que la vigencia del derecho y de las leyes ha

en realidad. La “eficacia” es la cara plástica del dinamismo de la realidad. “Eficacia” es virtualidad operativa traducida a acto. Es vigencia real.

¹⁸ (*El espíritu del Derecho Romano*, tomo 1º, tit. II, cap. 1. *Fisiología y funciones en la vida de lo jurídico*, cit., p. 38).

¹⁹ Cfr. F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1.949, vol. I, pp. 439, ss.

de orientarse de modo distinto, porque la “*ratio iuris*” de lo jurídico en el caso concreto se ha modificado y alterado; por lo que, en buena lógica, habrán de modificarse también las coordenadas de la aplicación y eficacia del derecho y de las leyes.

La eficacia del derecho y de las leyes no es ni puede ser considerada realmente su razón de ser inmediata o primaria, conceptual o estructuralmente hablando, aunque lo sea funcional y existencialmente. La eficacia, sin embargo, bien pudiera calificarse de piedra de toque de su verdad, algo así como su aval o el certificado visible y social de su autenticidad. Las leyes y el derecho tienen vocación de cumplimiento para no quedarse en letra muerta, como antes se ha dicho.

La eficacia del derecho es realmente la condición exponencial de su vigencia social.

El derecho y las leyes tienen en la eficacia un valor primario, que arranca del contraste de su ser de tales con la razón de su vigencia en cada circunstancia concreta. Un derecho y unas leyes o normas sin eficacia serían letra muerta, sin duda. Y si abdicaran establemente de su nota de imperatividad, el derecho y la ley vendrían convertidos en consejos más que en normas jurídicas; es decir, no serían ni derecho ni leyes o normas. No sería, sin embargo, abdicación un declinar eventual-ocasional de los mismos –derecho y leyes– cuando ello se causare por la incidencia coyuntural que en la vigencia del derecho y de las leyes puede tener la entrada en escena de un valor superior, emergente así mismo de una urgencia o imperiosidad mayor de la persona y de su dignidad, por su calidad de centro y justificación no solo del derecho en sí sino también de su vigencia eficaz.

La eficacia del derecho y de las leyes tiene sus raíces lógicas y más íntimas en la necesidad social del derecho y de las leyes y –muy concretamente– en una racionalidad de perfil sociológico concreto. En las valencias y demandas de una sociología jurídica, el derecho y las leyes habrán de activar sus “virtualidades” eficientes y efectivas. Aunque imperado mediatamente por su dinámica interna, el “*factum*” de la vida del derecho es parte de la “*mecánica*” del mismo y de las leyes. En ello, en la realización y eficacia del derecho y de la ley atendiendo a los imperativos de una sociología concreta, se ha de asentar inexcusablemente el imperativo jurídico-legal.

2.- A salto de lo anterior y en plena conexión con ello, pudieran enunciarse y perfilarse algunas posibles proyecciones de la eficacia del derecho²⁰, en línea de relaciones jurídicas, de institutos e instituciones jurídicas, de derechos subjetivos, de obligaciones y deberes jurídicos, etc. Destacamos estas principalmente:

- La natural y ordinaria, la que se produce cuando el derecho y la ley se cumplen y la observancia es una realidad asumida por los sujetos pasivos del derecho y de las leyes, en base a una “racionalidad” de la ley que, al identificarse con la ley positiva, *“filtra nella storia la sua ragionabilità”*²¹.

- La sancionadora (subsidiaria en el orden lógico, aunque lo sea mejor mediatemente y en el orden práctico), la que se produce cuando no hay observancia espontánea de la ley y esa inobservancia reclama sanciones o entrada en acción del aparato coactivo o de los mecanismos sustitutorios de obligatoriedad racional²².

²⁰ Cfr. Piero PELLEGRINO, *La struttura interna della legge-Contributo alla dottrina canonistica del procedimento nomogenetico*, Milano, 1.978, pp. 211-212.

²¹ P. PELLEGRINO, *La struttura interna...*, cit., pag. 211.

²² *“Queste conclusioni riguardano invero l’obbligatorietà, qual elemento e quale componente che con la razionalità stessa finisce per identificarsi, in quanto ragione è la legge positiva che filtra nella storia la sua razionalità. Se in taluni ordinamenti giuridici l’obbligatorietà non va oltre il significato della pura e semplice obbligatorietà, restando nella sfera della ragione che si allarga ad ampio respiro in una concezione lata del diritto e della legge, al contrario, negli ordinamenti statuali la semplice obbligatorietà, pur sempre collegata alla razionalità, che costituisce di siffatti ordinamenti il principio primo e unificatore, si rafforza e arricchisce in coattività, con la ovvia conseguenza che all’inosservanza della norma giuridica succede la sanzione (G. BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1.956, p. 4) . Se è vero che il diritto prima di ogni altra cosa è coesione interna, anche minima, di un gruppo, il quale nel tempo stesso che si forma, si organizza ed è perciò giuridico, in un ordine di idee secondo cui coesione anche rudimentale non altro significa se non regola o insieme di regole alla cui osservanza è legata la sorte di ogni ordinamento giuridico, le norme poste o accettate dallo Stato non sono soltanto obbligatorie allo stesso modo in cui sono obbligatorie quelle di ogni altro ordinamento, ma hanno anche la massima forza coattiva, con la conseguenza che la caratteristica differenziale del diritto statale finisce per consistere nel potere di coazione, perché la semplice obbligatorietà, a proposito dell’ordinamento statale, si rafforza e arricchisce in coattività. Peraltro, è pur certo che la coazione, che segue la violazione della norma, esplica la sua efficacia soltanto dopo che la norma stessa sia stata violata e in conseguenza della sua violazione, avendo la funzione di influire preventivamente, come minaccia di un male, sulla volontà del soggetto, perché*

-Y la “constitutiva” o “creativa”, cual sería la que opera y se manifiesta por medio y a través de las creaciones propias del ordenamiento eficaz²³.

questi non agisca in contraddizione all'imperativo contenuto nella norma; non rappresenta in conseguenza un elemento costitutivo ed essenziale della norma giuridica.

La coactividad, infatti, è sul piano dell'esteriorità la stessa obligatorietà che viene ad assumere una diversa consistenza, arricchendosi o meno di una forza nuova a seconda dell'ordinamento di cui trattasi. È la obligatorietà che si pone qual elemento intrínseco e sostanziale della struttura interna della legge a qualunque ordinamento giurídico essa appartenga in quanto il diritto è sempre ragione che si colloca nel tempo e nello spazio, quale principio che coordina tutte le norme di un determinado sistema giurídico.

Ma se la razionalità, che è obligatorietà, è propria della norma e della legge sul piano della concreta esperienza giurídica in cui fondamentale ruolo esplica anche il requisito della promulgazione le norme giurídiche finiscono per differenziarsi sostanzialmente in quanto, mentre in taluni ordinamenti giurídici l'obligatorietà resta pura e semplice obligatorietà senza arricchirsi di un contenuto connesso ad un certo tipo di sanzione, in altri ordinamenti, invece, la obligatorietà sul piano della concreta esperienza giurídica si rafforza e arricchisce in coactividad in modo che all'inosservanza della norma succeda la sanzione.

Ed anche a voler ammettere che nell'ordinamento stesso della Chiesa l'obligatorietà giurídica finisca per rafforzarsi e per arricchirsi in coactividad, in quanto è incontestabile che la maggior parte dei suoi precetti o meglio tutti quei suoi precetti che sono veramente il risultato della sua attività di produzione del diritto, si riscontrano sempre accompagnati da una coazione, o perlomeno da una possibilità di coazione, così come avviene a proposito delle norme statuali, è anche certo che la coactividad delle norme canoniche è assai più ridotta e assai meno consistente rispetto a quella propria delle norme statuali, in quanto il più delle volte le sanzioni che accompagnano le norme emanate dalla Chiesa hanno un contenuto piuttosto spirituale e religioso che non materiale e sociale (D'AVACK, Corso di diritto canonico, pag. 90).

È evidente che, ponendo l'accento e sottolineando la portata che la coazione esplica a proposito della norma di diritto canonico, si perde contemporaneamente e inevitabilmente il senso che nell'ordinamento della Chiesa dovrebbe rivestire l'imperium, il quale la sua stessa obligatorietà deve riflettere in una concezione totalmente diversa rispetto a quella explicata dallo Stato, cioè in una concezione che permetta di intendere e concepire il comando non schematizzato in una formula rigida, bensì formulato in modo tale da rendere dolce l'obbedienza” (En P. PELLEGRINO, cit., pp. 211-213).

²³ En la imposibilidad de tratar con detalle este punto de la sustancia del tema de la eficacia del derecho y de las normas, me remito a F. DE CASTRO Y BRAVO, en su *Derecho civil de España* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1.949, tomo I, Parte V sobre *La eficacia de las normas civiles*, cap. I *Eficacia general de las normas civiles*, pp. 521 ss.

3.- La exposición de mi tema, aunque haya de serlo solamente en esbozo, pudiera tomar en cuenta aún estas otras ideas sobre la eficacia y realización del derecho y de las leyes.

* La eficacia del derecho en cuanto expresión de su realización, por lo ya indicado, no debe considerarse rectilínea, dado que con frecuencia ha de mostrarse fluctuante y acomodaticia, siempre por razones de justicia, al deberse tener en cuenta o deberse acomodar a la jerarquía de los valores.

* Su centro y núcleo, la clave de la concreta efectividad del derecho y de la ley en cada caso, habrá de contrastarse con los distintos apartados o epígrafes de la escala de los valores en demanda de protección, a partir de la jerarquía de los mismos dotada de objetividad jurídica, y tener en cuenta (en aras de una recta operatividad) los posibles conflictos de esos valores o intereses jurídicos. Tal sería, en el caso de nuestro tema, el representado por el deber de secreto y el choque o fuerza del mismo sobre la eficacia de la ley y del derecho.

Dicho de otro modo. El amparo por el derecho al deber secreto en un sujeto de derecho y que hipotéticamente da derecho a eludir (suspender en ese caso) la observancia de la ley y del derecho (su eficacia ordinaria o extraordinaria incluso), de modo que ni el deber jurídico ni la sanción jurídica le afecten en determinados casos puntuales, ello sería la hipótesis. Una persona, en una situación determinada –en la que el orden jurídico tiene reconocidos intereses de justicia– se ve en un dilema, para preservar valores éticos y en concreto valores de la dignidad de la persona, de tener que o vulnerar la conciencia personal o excepcionarse respecto de la vigencia del derecho y la ley, en ese caso concreto.

* No es, por supuesto, hipótesis nueva la que se contempla en estos casos del secreto profesional. Es hipótesis comparable a la línea de otras semejantes como las que sustentan la llamada desobediencia civil, la objeción de conciencia a las leyes, la resistencia pasiva, las huelgas de hambre, etc. Son casos de conjunción radical, en que se trata de dirimir el choque entre lo jurídico-legal por un lado y el fuero de la persona-sujeto de derecho y su conciencia y deberes, con resultado, según los casos, de la vigencia-eficacia o no de la ley en vigor.

* Por otra parte, se debe así mismo indicar que esta exposición tiene solo alcances y sentido de bosquejo en espera de un mayor y mejor de-

sarrollo, que en el poco tiempo de este relato no es posible hacer. Ello es importante para no incrementar las expectativas dada la naturaleza y la amplitud de este ensayo jurídico.

* Por lo demás y en aras de apuntar solamente lo necesario para dicho bosquejo del tema *Riesgos para la eficacia del derecho y de las leyes que pudieran derivar del deber del secreto profesional* no insistiré más en las premisas. Remito al tratado –excelente por cierto– que de la materia de la realización del derecho y de la eficacia del mismo y de las leyes ofrece Don Federico de Castro y Bravo en ese ya indicado tomo I de su *Derecho civil de España* (pags. 438 a 683).

2-3.- El “secreto profesional” y su condición de prerrogativa de la dignidad de la persona humana. Sus perfiles jurídicos de derecho subjetivo y de deber jurídico.

a.- El “secreto”

En general, por “secreto” se entiende “lo oculto y no divulgado”, de tal modo que no puede revelarse sin quiebra de valores o intereses protegidos.

Y normalmente se distinguen tres clases o especies de “secreto”: el llamado “natural” o propio de las cosas de la vida o experiencia humana que, de suyo, exigen reserva; el “confiado” o que se encarga y es prometido por otro; y el “profesional” o que tiene su origen y base en el ejercicio de un cargo, encomienda o profesión²⁴.

b.- El “secreto profesional”

En el orden jurídico, por *secreto profesional* se ha de entender el conocimiento de una cosa que, derivando del ejercicio de una profesión, no puede ser desvelado, por razones éticas e incluso jurídicas.

El procesalista Jaime Guasp lo define como “*la necesidad, jurídicamente exigible, en que se encuentran ciertas personas por razón de sus actividades profesionales, de omitir toda revelación, directa o indirectamente, de los conocimientos o noticias que adquieran de tal modo (es decir, en el desempeño de esas actividades); también, por tanto, de las que no les sean expresamente confiadas*”²⁵. Se afirma que el secreto

²⁴ Cfr. J. RIGO VALLBONA, *El secreto profesional como objeto de protección penal*, Barcelona 1.961, pp. 48-49.

²⁵ Cfr. Eduardo PALLARÉS, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, Porrúa México, 1.970, voz *Secreto procesal*, pp. 717-719.

profesional constituye un deber u obligación jurídica, no solo ética sino también legal y jurídicamente exigible al titular del secreto, siendo la vulneración del mismo una verdadera hipótesis de apertura a sanciones, incluso penales. Una de las proyecciones jurídicas del deber del secreto profesional es, por ejemplo, la concerniente a la validez o a la eficacia probatoria de las declaraciones rendidas contra el estatuto ético-jurídico del secreto profesional.

La cuestión, por lo demás, la voy a tratar en sus perfiles generales porque el descenso a los casos o supuestos concretos exigiría otras dimensiones para este estudio.

Carlos Lessona en una frase que no me privaré de comentar hace esta consideración también general pero sugestiva ya en este momento de mi análisis. Dice así: *“La ley penal castiga a cualquiera que, teniendo noticia por razón del propio estado u oficio, o de su profesión o arte, revela un secreto que pueda ocasionar perjuicio, sin tener causa legítima para ello”*²⁶. Este último matiz de la expresión se hace sumamente revelador y me hace volver a una de mis frases del principio: Ni el derecho ni las normas jurídicas son omnipotentes y omnipresentes. Tienen límites de vigencia, de tiempo y de espacio. Son límites y fronteras del derecho y de las leyes los fueros sagrados de la persona humana y de su dignidad. No ha dejado de tener vigor el viejo dicho romano de que *“hominum causa omne ius constitutum est”*, del jurisconsulto Hermogeniano.

No desdeñamos afirmar que –en el fondo de nuestro tema– late sin duda ese valor supremo en todo lo humano; y por ello también bajo el derecho, el orden jurídico y las leyes y normas, que es la dignidad del hombre; una dignidad suprema objetivamente y con independencia de sustentarse a su favor determinados principios humanistas y religiosos. La cultura socio-jurídica moderna lo muestra con evidencia al ser una cultura universal de promoción y respeto de los llamados “valores humanos” y de “derechos fundamentales del hombre”. Una realidad indiscutible a partir sobre todo de la Revolución francesa, en lo secular y político. El Cristianismo les lleva muchos siglos de delantera en la defensa de la “dignidad de la persona humana”. Esta “dignidad” se halla como digo al fondo mismo de nuestro tema.

²⁶ Cfr. E. PALLARÉS, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, cit., pag. 718.

Para otras consideraciones de tipo genérico, como la naturaleza, los valores, la historia, etc. se puede consultar esa ya citada obra de J. RIGO VALLABONA

IV. RIESGOS DEL DERECHO-DEBER DE SECRETO PROFESIONAL PARA LA EFICACIA DEL DERECHO Y DE LAS LEYES

He de iniciar este apartado con un APUNTE PREVIO al desarrollo de este punto y del siguiente. Quiero decir que el análisis y sobre todo las soluciones que puedan ofrecerse han de combinarse con la gran verdad de que los derechos de las personas no son absolutos sino limitados, como el ser humano no es tampoco algo “absoluto” en el orden de las sustancias (tomo esta palabra “sustancia” en su sentido ontológico, de ser sin límites; y quiero así mismo señalar que los riesgos que se pueden correr no son de fantasía sino muy reales.

Y como las “limitaciones” de los derechos, incluso los llamados fundamentales o humanos, siendo verdaderas y posibles, no son fáciles ni de analizar ni, especialmente, de medir con exactitud en el caso concreto, se abonan con ello intensamente la problematicidad y la complejidad de la materia en que nos hallamos.

Lo que se pretende ver centralmente y atender con estas reflexiones es al contraste del “deber del secreto” en hipotético conflicto con al eficacia del derecho y quizá mejor con la eficacia de otro u otros derechos concretos y legítimos.

Podemos preguntarnos:

Al atenderse o preferirse —en un conflicto de intereses o de valores— uno de ellos sobre los demás (el que en justicia parece el prevalente o dominante), ¿se rompe la eficacia de un derecho con privilegio de la de otro u otros, convirtiéndose con ello en inerte, inútil, solo nominal, la eficacia del derecho preterido; o mejor se diría que se promueve más y mejor la eficacia del derecho al preservarse ese valor jurídicamente más elevado? ¿Sería solo la consecuencia de la entrada en escena de un tope o veto a la operatividad del derecho por cruce o imposición de principios o valores superiores?

Por ejemplo, el caso de una negativa de un facultativo de la psiquiatría a dar informes sobre un paciente amparándose en el deber de secreto profesional, reverso natural del derecho a la imagen o a la intimidad del paciente, aunque con desamparo o con repercusiones negativas sobre el derecho de otro a la justicia y a las posibilidades de su defensa lo que es así mismo un derecho natural del hombre.

La cuestión implica planteamiento de una serie inacabable de interrogantes, de pura casuística muchos de ellos, bajo los cuales se agazapa ese punto indicado de la jerarquía objetiva de los intereses y de los valores.

Las cuestiones son teóricas y son –sobre todo– concretas, prácticas.

Se ampara un derecho; se desampara otro.

Suponiendo que la decisión del profesional o del obligado al secreto fuera la justa, la que objetivamente procede, aunque materialmente se produzca la ineficacia de un derecho (en ese caso, indicado, el derecho a la defensa judicial), yo entendería que, institucionalmente, se promueve la eficacia del derecho al preservarse la defensa de ese valor jurídicamente más elevado.

De todos modos, no dejan de ser teorizaciones, con aperturas muy serias, muy problemáticas, y con soluciones generalmente muy arriesgadas objetivamente.

La mayor cuestión sería la de quién debe decidir sobre el interés o el valor prevalente: ¿el titular del secreto; el juez; la persona afectada por el secreto?

V. ORDEN PROCESAL CIVIL: EL CONTRASTE DEL DEBER DE COOPERAR A LA RECTA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA Y EL DERECHO-DEBER DE SECRETO PROFESIONAL

Prácticamente este apartado está analizado con lo dicho para el punto anterior.

En el mismo, sin embargo, me permitiría dejar en el aire este interrogante, como reto para reflexiones ulteriores:

¿Puede el orden jurídico dispensar protección a conductas “reservadas” o que se pueden amparar en o con la “reserva”, cuando se mueven fuera de la legalidad, desorbitan la realidad o actúan en fraude de ley?

Queda en el aire la pregunta, que tiene realmente y admite infinidad de consideraciones y de matices²⁷.

VI. CONCLUSIÓN

Me he permitido –en el brevísimo tiempo de que he dispuesto– ofrecerles unos apuntes sobre este endiablado tema de los riesgos que –para la eficacia del derecho y de las leyes– pudiera implicar el deber del secreto profesional.

Yo he sido quien he corrido riesgos por esto que les digo para terminar.

En temas, cuestiones o materias complicadas (como lo son especialmente aquellas en que andan por medio la intimidad del hombre y la libertad del ser humano), veo que es muy peligroso hacer simplificaciones o resúmenes. Por aquello que ya se sabe, de que de la máxima simplificación puede hacerse una excelente falsificación.

Con esta última idea y la de que –con estos solos hilvanes– he dado únicamente el primer golpe de abrir una cantera, les dejo remitiéndoles al sabor de la gran frase de VOLTAIRE, dejada como lema al principio de este ensayo jurídico: *“El que revela el secreto de otros pasa por traidor. El que revela el secreto propio pasa, hijo mío, por imbécil”*. La intimidad de la persona humana es algo tan de la sustancia del propio “yo” que solo con su protección máxima se podrá salvaguardar, con la voluntad y el deseo al menos, la dignidad del hombre. Merece –creo yo– la pena intentarlo. Y que los ordenamientos, como termina esa citada obra de FLORIOT-COMBALDIEU (solo así se puede conseguir), pongan fin a estas situaciones de desamparo humano con una legislación *“bien comprise, claire et précise”*.

²⁷ Cfr. A. L. CABEZUELO ARENAS, *Derecho a la intimidad*, Tirant monografías Valencia 1.998, en que se pueden ver y estudiar las diferentes perspectivas de la polémica en estos supuestos de conflictos de intereses y atinarse en la fijación del punto de vigencia o de ineficacia de los derechos; dentro naturalmente de lo indicado anteriormente sobre la natural limitación de los derechos del hombre, hasta de los llamados fundamentales.

Termino con esta otra idea, aplicable a todo lo humano-jurídico: la teoría es clara; es el caso práctico lo que siembra de dudas el camino de los distintos operadores de la justicia, desde los pensadores hasta los abogados y los jueces. E incluso cada uno de nosotros si es puesto en la tesitura de un supuesto de esta clase.

INTERFERENCIAS ENTRE EL DERECHO COMUNITARIO Y EL DERECHO NACIONAL EN LA EFICACIA DE LAS NORMAS: LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

JOSÉ ANTONIO PINTO FONTANILLO
Académico correspondiente de la R.A. J y L

Resumen: La eficacia de las normas se mide habitualmente en su contexto jurídico propio. Con la eclosión del derecho comunitario es cada vez más frecuente una doble interpretación de las normas del derecho interno a través de la cuestión prejudicial. Su efecto, jurisprudencial y vinculante, incidirá para bien o para mal en la eficacia de la norma nacional y, por extensión, en la propia seguridad jurídica.

Palabras clave: eficacia; derecho comunitario derecho interno; cuestión prejudicial

Abstract: The efficacy of the norms is measured habitually in its own legal context. With the appearance of the communitarian right one double interpretation of the norms of the internal right through prejudicial question is more and more frequent. Its effect, legal and binding, will affect for or evil the efficacy (effectiveness) of the national norm and, by extension, the own legal security

Keywords: Efficacy; communitarian right; internal right; prejudicial question

1. SOBRE EL CONCEPTO DE EFICACIA DE LAS NORMAS

Efficax o eficaz es el que tiene la capacidad o el poder de producir el efecto deseado. La eficacia es el fundamento institucional que da cuenta

de la capacidad administrativa para alcanzar los objetivos preestablecidos. La eficacia jurídica se mide en la consecución de los planes estratégicos a partir de la solvencia de las normas. La eficacia, en cualquier caso y en su sentido más amplio, se orienta a la capacidad de lograr resultados, sin otras connotaciones.

Cuando la eficacia se entiende para el mejor servicio a los ciudadanos debe tener en cuenta la “efectividad”. La efectividad es el fundamento institucional que da cuenta de la capacidad administrativa para responder de forma adecuada a las demandas de la comunidad. Vendría a ser, en cierto modo, la capacidad de respuesta que se acredita en relación a las pretensiones sociales.

Y, por extensión, deber estar orientada a la *Efficientia* que es la fuerza, la acción y sobre todo la virtud de producir y obtener, siguiendo para ello su sentido clásico, pero que puede considerarse hoy plenamente vigente. La eficiencia es el fundamento político de naturaleza económica que refleja la capacidad administrativa a la hora de dar el máximo de resultados con los mínimos recursos, económicos, de personal y de tiempo, posibles.

En un estado de derecho estos criterios de buen funcionamiento han de estar inexcusablemente sometidos al imperio de la ley, resultando de ello que es en el ordenamiento, es decir en las normas mismas, donde mayor énfasis hay que buscar en que se dé el fundamento de su cumplimiento.

En el caso de la eficacia de las normas, el asunto que aquí abordamos, es claro que comúnmente hay que evaluarla desde el ámbito del marco jurídico donde han nacido y se han desarrollado y aplicado: es lo que se conoce como “vida de la norma” y su permanencia en el tiempo estará determinada de forma fundamental por la respuesta eficaz en el control de las situaciones y casos que el legislador le asignó en su momento. Ocurre, sin embargo, que en las últimas décadas nuestro espacio jurídico de referencia ha crecido de forma considerable, superponiéndosele una estructura normativa de mayor alcance, al menos en lo que atañe al ámbito de aplicación, y con la que se establecen nuevas obligaciones. El derecho comunitario irradia así el campo que le es propio, como es el de los mismos estados integrantes del territorio común, dictando normas de obligado cumplimiento y arrogándose cada vez más competencias en la valoración de las normas de ámbito intranacional. Se da entonces la

circunstancia de que la norma interna, concebida por el legislador para responder a determinados fines, puede ser reinterpretada por el órgano comunitario de referencia en el sentido de ser refrendada y aún reforzada, pero también puede ser matizada, devaluada y hasta neutralizada. En síntesis la eficacia de la norma puede sufrir una variación más que considerable en este segundo nivel de interpretación y producir efectos que al día de hoy no parecen estar en vías de solución. Es lo que hemos llamado las “interferencias” y son las que aquí abordamos, así como algunos de sus efectos.

2. LA IRRUPCIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO EN NUESTRO ORDENAMIENTO

A lo largo de las últimas décadas hemos asistido al fenómeno de que el espacio común europeo ha crecido de manera considerable y que ya en los últimos años y para garantizar su legítimo gobierno ha ido necesitando de un ordenamiento. De inmediato surge la cuestión de quien ha de ostentar la primacía de los sistemas en juego o si es posible una coexistencia sin ingerencias. Detengámonos a examinar brevemente la esencia del derecho comunitario para después justificar su supuesta primacía.

En el derecho comunitario se manifiesta en tres direcciones:

La primera es la que se conoce como derecho primario, aquel que está contenido en los Tratados constitutivos, fundamentalmente los Tratados de Roma, el de Maastricht, el de Ámsterdam, el Tratado de Niza y los que pueden llamarse complementarios que corresponden ya a los últimos años; así como el sustentado en los que se conocen como principios jurídicos generales.

La segunda es la relativa a los acuerdos de derecho internacional de la CE, en especial los acuerdos de cooperación, de asociación y los numerosos acuerdos comerciales que constituyen la parte más dinámica de la Unión.

La tercera constituida por el derecho derivado que se configura en torno a los reglamentos y las directivas.

Las normas que integran los tratados europeos y las normas de los reglamentos comunitarios tienen valor universal o efecto directo. Son de obligado cumplimiento y deben ser acatadas tanto por las instituciones estatales como por las entidades y privadas en la Unión Europea. Siendo así y de manera recíproca cualquier ciudadano integrante del espacio de aplicación de este sistema las puede invocar tanto en su propio provecho o beneficio como en aras del interés general.

En el caso de las directivas, sus destinatarios son los estados miembros, si bien por irradiación afectan a terceros que finalmente vienen a ser los propios ciudadanos en sus flujos de interacción comercial y de tráfico jurídico. Estas normas llamadas de carácter horizontal, marcan los objetivos de manera óptima o de cumplimiento genérico, siendo luego los estados miembros quienes pueden elegir en función de su infraestructura político-jurídica los mecanismos para alcanzar estos objetivos. Quiere esto decir que las directivas no constituyen parte del derecho directo sino que para su aplicación han de ser reinterpretadas y transformadas al equivalente del derecho nacional; es decir han de ser transpuestas, siendo obligación de los estados el llevar a cabo este mandato en el plazo establecido y sin vulnerar el espíritu que las infunde. Durante décadas se ha respetado este mecanismo de manera de manera más bien irregular, estando de acuerdo los gobiernos en el fondo de la cuestión, pero manifestándose notables diferencias en la aplicación real de estas normas. Es por ello que en los últimos años se advierte una orientación diferente en el legislador comunitario en el sentido de cambiar de hecho el formato funcional de la norma, pese a mantenerse el estructural, al objeto de dejar menos margen a la discrecionalidad de la interpretación. Siendo así se observa que algunas directivas de nueva generación se ocupan no sólo de marcar los objetivos que se pretenden conseguir, sino que dan las pautas a los estados para llevarlos a cabo; es decir, rebasan el campo de prescripción de los objetivos para legislar también en los medios para conseguirlos, un fenómeno en el que algunos expertos alertan de una ingerencia progresiva en la creación real de derecho interno desde la corte comunitaria. En la mayoría de los casos se tratará de directivas que entran a regular derechos individuales que no están armonizados en los ordenamientos de los distintos países, o al menos que no tienen un desarrollo equivalente.

Abordemos ahora el tipo de convivencia en el que se manifiesta este modelo con el nacional, así como la prácticamente inevitable exclusión del conflicto si ambos siguieran sus idearios propios sin posibilidad de arbitrio o liderazgo que, en este caso, viene claramente asumido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas [TJCE].

Hay que tener en cuenta que las posibles interferencias y sus consecuencias no vienen reguladas de manera expresa en los diferentes Tratados. Es por ello que la jurisprudencia del TJCE ejerce de fuente principal para legitimar las potestades de la CE y de sus pronunciamientos en las situaciones de partida y de conflicto. Siendo así deja claro los tres principios del ordenamiento comunitario en que se sustenta la autoridad de la Unión:

- La primacía de la norma comunitaria sobre la norma nacional.
- La aplicación directa del derecho comunitario en los estados miembros, y
- La aplicación del derecho comunitario con carácter supletorio donde proceda.

La cuestión más significativa en la reubicación de ambos modelos normativos en un mismo lecho jurídico es que no ha sido establecida de partida, sino que ha sido en el discurrir de los años y en la resolución de los conflictos emergentes donde se ha ido generando la jurisprudencia de vanguardia que luego ha resultado definitiva. Entre esta jurisprudencia ejemplarizante hay que destacar sobre todo tres momentos que corresponden a otras tantas sentencias de enorme repercusión en el modelo jurídico que empezaba a identificar la primacía y la aplicación directa. Se trata de las sentencias relativas al asunto 26/62 *Van Gend en Loos*, la del asunto 6/64 *Costa/ENEL* y la del asunto 106/77 *Simmenthal*, que marcan un antes y un después en lo que concierne a la posición de los ciudadanos en el organigrama jurídico europeo y en la toma de conciencia respecto al papel que representa en la defensa de sus intereses. En estas sentencias, además de darse respuesta a la singularidad de las cuestiones planteadas, se consagra que los ciudadanos europeos pueden hacer valer ante sus jueces y tribunales las disposiciones correspondientes de los Tratados, reglamentos y directivas comunitarios, y mantener la pretensión de que no les sea de aplicación aquella ley nacional que pudiera ser contraria a la legislación comunitaria, si así fuera finalmente determinado por el órgano

correspondiente. Este cambio jurisprudencial interpretado en sus más amplios términos supone de hecho que toda norma nacional contraria a las disposiciones comunitarias es inaplicable de pleno derecho. Con posterioridad, sentencias complementarias darán pie a ampliar este concepto de inaplicación por oposición a otra serie de disposiciones que sin tener rango de ley pudieran ser reguladoras de derechos, como pueden ser los acuerdos nacionales, los convenios y otras normas de carácter menor.

En general las interferencias pueden ser de dos tipos o, si se quiere, de dos niveles. En primer lugar estarían aquellas que se suscitan por carencias o falta de cobertura del derecho nacional a situaciones dadas; es decir por falta de tejido jurídico aplicable al caso. En segundo lugar, en un plano que se acercaría más a la colisión, aquellas suscitadas por la aplicación de normas internas que chocan de alguna manera con el derecho comunitario. A la luz de la esencia de este último y de la propia jurisprudencia del TJCE el recurso que le queda a los estados miembros es el de adecuar la norma nacional a la norma comunitaria, entendiéndose aplicable al conjunto de su ordenamiento. Para ello dispone de tres caminos:

El más claro, pero también más controvertido desde el punto de vista de los intereses propios es la aplicación directa de la norma comunitaria. Naturalmente las dificultades son notorias, dado que se trata de una puesta en vigor de una norma en un escenario que no está habilitado para recibirla. Los efectos indeseados lo son tanto por los terceros interesados, como por los propios estados que suelen actuar como garantes de los intereses indefinidos en tiempos de transición. En definitiva, son más proclives a retrasar la aplicación, para evitar males mayores en sus respectivas administraciones.

Otro es el de la modificación de la legislación nacional a través del procedimiento legislativo. Este camino es complejo y, aunque a la larga pueda y deba ser contemplada, depende de la estructura no sólo legislativa, sino también administrativa, que en muchos casos es la encargada de velar por su cumplimiento. Para el juez, no obstante, sería la más clarificadora y de aplicación menos conflictiva.

Otra vía, el más asequible, es la de la interpretación de la norma nacional según el espíritu, o de conformidad, con el derecho comunitario. En la práctica y aunque nada más sea por una cuestión de funcionalidad, es la que va teniendo un mayor presencia.

La cuestión finalmente no estará en la obligación de respetar la norma comunitaria que, aunque nada más sea por un principio de coherencia pluriinstitucional, parece que sea un objetivo perseguible al menos como fin por el conjunto de administraciones descentralizadas, como son los estados, que quieren formar parte de un proyecto común. La cuestión estará más en el modo de interpretación, lo que nos llevaría a espacios posibles de valoración:

Uno es el que propugnaría respetar el propio sistema nacional de interpretación, lo que permitiría una adecuación de la norma a respetar desde los modos de hacer internos.

Corresponde al criterio más continuista o de mantenimiento de *statu quo* nacional en la valoración. A principios de la década de los ochenta alcanzó su punto de inflexión tras varios intentos de fijar una posición fiable. Se trató de la interpretación que se hizo en Alemania por el Tribunal Federal Supremo de Trabajo, en base a la decisión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto 14/83, *Von Colson*¹, en cuyo fundamento 28 venía a dejar determinado lo siguiente:

“Corresponde al órgano jurisdiccional nacional, agotando hasta donde proceda el margen de apreciación que su derecho nacional le concede, dar a la Ley adoptada para ejecutar la Directiva una interpretación y una aplicación conformes en lo esencial con las exigencias del derecho comunitario”.²

Otro, el más restrictivo del TJCE, apenas cinco años más tarde, que vino de hecho a dejar de establecer la relación con el derecho nacional.

Esto es lo que se pone de manifiesto en la sentencia relativa al asunto C-106/89, *Marleasing*³, en el que el Tribunal cambió la tendencia que había estado manteniendo y se inclinó por la siguiente interpretación:

“De ello viene a desprenderse que, al aplicar el Derecho nacional, ya sean disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva, el

¹ Sentencia de 10 de abril de 1984, as. 14/83, *Von Colson* y *Kamann*, Rec. 1984, pp. 189 y ss.

² H. Kreppel.: Intervención en la ponencia El planteamiento de la Cuestión Prejudicial en el Seminario “De las Directivas 2000/43 y 2000/78 a las Leyes 51/03 y 62/03” organizado por “Jueces para la Democracia” en Madrid, 3 y 4 de junio de 2004.

³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13.11.1990, asunto nº C-106/89, Rec. I, 4135 y ss.

órgano jurisdiccional nacional en cuestión que debe interpretarla estará obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de dicha Directiva, para, al llevar a cabo dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del artículo 189 del Tratado [artículo 249 CE]”.

Hoy el horizonte parece ser el de la consolidación de esta doctrina que, aunque deja todavía algunos márgenes a la discrecionalidad, se orienta claramente hacia la primacía del nivel comunitario y que podría quedar formulado más o menos en estos términos: un método de interpretación comunitario en el marco de la interpretación del derecho nacional que sea conforme con las exigencias del derecho comunitario que opte no por basarse en la letra y la finalidad del derecho nacional, sino que lo haga en función de la letra y en la finalidad de la directiva comunitaria.

3. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL Y LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS

Fijados estos criterios y visto hasta aquí como se va imponiendo el derecho comunitario sobre el nacional, tanto de hecho (a través de la jurisprudencia), como de derecho (a través de la primacía), abordemos la vía de interpretación de la norma nacional a la luz del derecho comunitario que está siendo cada vez más habitual: la consulta prejudicial.

El procedimiento prejudicial está previsto en el Art. 234 CE (antes artículo 177 TCE), que viene a determinar lo siguiente:

El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

- a) Sobre la interpretación del presente Tratado;
- b) Sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad y por el Banco Central Europeo. (En este epígrafe cabría lo que conocemos como derecho derivado).

¿Qué es una cuestión prejudicial?

Antes de profundizar en los procedimientos para activarla, conviene que recordemos cual es su fundamento y como se incardina en esta especie de sistema jurídico compartido.

En esencia se resume en la facultad que tienen los jueces nacionales de los estados miembros de la actual Unión Europea para plantear ante el TJCE las dudas que les surjan sobre la validez o sobre la interpretación de la norma comunitaria que deban aplicar en el proceso que estén conociendo. Desde el punto de vista de la mecánica jurídica es lo que se conoce como un incidente procesal que deja el litigio en suspenso hasta tanto el alto Tribunal de Justicia no se pronuncie sobre la cuestión que se le plantea. La activación o puesta en marcha de la consulta es facultativa en el caso de los Tribunales que no resuelven en última instancia, pero es obligatoria para los Tribunales que sí se consideran de última instancia, salvo cuando ya exista jurisprudencia consolidada del TJCE sobre la cuestión y no sea por tanto necesario el dictamen correspondiente.

Y en cuanto a como se ensambla en el sistema general recurrimos a la opinión de M. Bacigalupo, quien afirma que “el ordenamiento jurídico comunitario requiere ser interpretado de igual manera en todos los Estados miembros y es al TJCE al que corresponde garantizar la unidad de este ordenamiento jurídico comunitario mediante un mecanismo de cooperación con los órganos jurisdiccionales nacionales, denominado cuestión prejudicial⁴.

Preguntas esenciales que caben en torno a la cuestión prejudicial son las del propio fundamento de su planteamiento, la legitimación para llevarla a cabo y la obligación de no eludirla cuando así proceda.

Con respecto al planteamiento es el propio TJCE el que se ha visto obligado, en función del progresivo incremento de las consultas recibidas, a elaborar un documento orientativo para que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan hacer el mejor uso de este recurso⁵. En este documento, en el que se advierte de su carácter no vinculante, se pone sin embargo de manifiesto la apertura de una vía esencial en la interpretación del derecho interno en clave comunitaria:

⁴ BACIGALUPO, M. y otros. “Principios de Derecho de la Unión Europea”, *Colex* 2005, p. 544.

⁵ “Sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales”, *Diario Oficial de la Unión Europea* 2005/C 143.

1. El sistema de remisión prejudicial es un mecanismo fundamental del derecho de la Unión Europea, que tiene por objeto proporcionar a los órganos jurisdiccionales nacionales los medios para que la interpretación y la aplicación de este derecho sean uniformes en todos los Estados miembros.

2. El Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la interpretación del derecho de la Unión Europea y sobre la validez de los actos de derecho derivado. Esta competencia general le ha sido conferida por el artículo 234 del Tratado CE y, en determinados casos, por otras normas.

3. Puesto que el procedimiento prejudicial se basa en la colaboración entre el Tribunal de Justicia y los jueces nacionales, resulta conveniente proporcionar a los órganos jurisdiccionales nacionales las indicaciones siguientes para garantizar la eficacia de dicho procedimiento.

4. Con estas indicaciones prácticas, que no tienen carácter obligatorio, se pretende orientar a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre la conveniencia de iniciar un procedimiento prejudicial y, en su caso, ayudarles a formular y a presentar las cuestiones que se planteen al Tribunal de Justicia.

Con respecto a quién tiene y quién no la legitimación para plantear una cuestión prejudicial, las indicaciones son precisas:

No la tienen las partes de un litigio principal, ya que el art. 234 no habilita una vía de recurso. Es decir las partes no pueden instar al juez nacional a que establezca la pregunta. Tampoco los árbitros que actúen o conozcan del caso. Tampoco los organismos esencialmente administrativos.

Sí la tienen todos los órganos jurisdiccionales de los estados miembros. Bien es cierto que este término no ha dejado de tener cierta controversia en cuanto a su identificación, más si cabe al proliferar estructuras intermedias entre el ámbito comunitario y el nacional, algunas con capacidad de representación político jurídica ante la Unión. Para evitar confusiones debería entenderse por “órgano jurisdiccional” lo que por tal reconoce el propio derecho comunitario y que atiende más a la función y posición de una institución dentro del sistema de protección jurídica de los estados miembros (asunto 283/81, *C.I.L.F.I.T.*, fundamento 7) que a la propia definición. No obstante y por dicho motivo puede inferirse esta

definición a partir del papel y características de esta instancia dentro del sistema y así puede concluirse que, puede plantear una cuestión prejudicial cualquier órgano en el que concurren las siguientes características:

- Creación por ley,
- Carácter permanente,
- Competencia obligatoria,
- Procedimiento contradictorio, y
- Aplicación de normas de derecho.

En este sentido cabe deshacer cualquier duda al respecto y afirmar que en efecto están habilitados para ello los jueces y tribunales incluidos en la jurisdicción de cualquiera de los Estados miembros.

En cuanto a la última pregunta, la relativa a la obligación o no de plantear cuestión prejudicial, el informe aclaratorio del TJCE, siguiendo lo preceptuado en el artículo 234 CE, lo establece en dos niveles:

1. Cualquier órgano jurisdiccional “está facultado” para plantear al Tribunal de Justicia cuestiones sobre la interpretación de una norma de derecho comunitario, si lo considera necesario para resolver un litigio del que esté conociendo.

2. No obstante, los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno “están obligados”, en principio, a someter al Tribunal de Justicia tales cuestiones, salvo cuando ya exista jurisprudencia en la materia (y las eventuales diferencias de contexto no planteen dudas reales sobre la posibilidad de aplicar la jurisprudencia existente) o cuando la manera correcta de interpretar la norma comunitaria sea de todo punto evidente.

Sin embargo, estos fundamentos no han resultado tan aclaratorios como se pretendía, al menos en la medida en que no hayan dejado márgenes a la interpretación. Más bien se mantienen al día de hoy y a este respeto dos posiciones en la doctrina. Una adscrita a la “teoría abstracta” según la cual aquellos que están en la cima del sistema judicial son verdaderamente los órganos jurisdiccionales y a los que se hace referencia por tanto. Otra adscrita a la “teoría del litigio concreto” según la cual se hallan obligados a presentar cuestión prejudicial todos los órganos jurisdiccionales independientemente del lugar que ocupen en la organización, siempre que sean la última instancia en pronunciarse en un caso. Esta

corriente es la más común y parece estar avalada por el propio TJCE en el Asunto, *Costa/ENEL*⁶, donde se manifiesta en el sentido de que cuando no cabe recurso alguno sobre la sentencia el tribunal ha de tenerlo en cuenta y plantear la cuestión prejudicial debida.

4. IMPACTO EN LA EFICACIA DE LAS NORMAS, DERIVADA DE LA CONSULTA COMUNITARIA

Volviendo al origen de esta intervención, donde planteábamos que la eficacia de la norma se mide en su contexto jurídico y en la interpretación que en el se hace, nos encontramos ahora en la necesidad de valorar la eficacia de la norma en un contexto jurídico doble, así como de doble interpretación.

A pesar de que el avance en ambos niveles de jurisprudencia no cabe duda que tiene por finalidad completar, en lo posible, la seguridad jurídica derivada de la valoración de los hechos a la luz de las normas, y que el derecho comunitario exige al derecho interno una permanente actualización para estar a la altura de las nuevas circunstancias, lo cierto es que no cabe sino advertir una serie de lagunas en la inserción plena de ambos modelos, que se pone de manifiesto en este mecanismo que se conoce como cuestión prejudicial. Dichas lagunas pueden ser formuladas, para no ser demasiado contundentes en el análisis, como meras interrogantes, preguntas que atañen tanto al proceso como a la interpretación de las normas en este contexto mixto. Planteamos las que nos parecen más significativas respecto al parámetro que se analizaba: la eficacia.

Descartemos en principio dos situaciones en las que no se vería afectada la eficacia:

- La primera por *evidencia suficiente*, es decir, se trataría de la no necesidad de plantear la consulta o de la convicción de no ser preciso recurrir a ella. Se recoge en la “teoría del acto claro”⁷ y se basa en que la cuestión no está afectada por la interpretación comunitaria, o bien que ya

⁶ Sentencia 15 de julio del de 1964, Asunto 6/64, Costa ENEL, Rec. 1964, pp 1141 y ss.

⁷ Tiene su origen en una sentencia de la Cour de Cassation de Francia que en síntesis afirma que cuando el acto en cuestión era inequívoco y carente de toda duda el juez debía asumirlo y ser único juzgador de la causa. Véase: RUIZ JARABO, D. “El juez nacional como juez comunitario” *Cuadernos de Estudios Europeos, Civitas*, 1993, pp 83 y ss.

hubo un pronunciamiento del órgano correspondiente que sirve de guía de aplicación. Así quedaba de manifiesto en la Sentencia del 6 octubre de 1982 en el asunto 283/81, *C.I.L.F.I.T.*, fundamento 16, el Tribunal de Justicia vino a declarar lo siguiente:

“En conclusión, la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no albergue duda razonable alguna sobre la solución de la cuestión planteada. Antes de concluir que se da tal situación, el órgano jurisdiccional nacional debe llegar a la plena convicción de que la misma evidencia se impondría igualmente a los órganos jurisdiccionales nacionales de los otros estados miembros, así como al propio Tribunal de Justicia. Sólo en el caso de que se reúnan estas condiciones puede abstenerse el órgano jurisdiccional nacional de someter la cuestión al Tribunal de Justicia y resolver en este sentido bajo su propia responsabilidad”.

- La segunda por *inobservancia manifiesta*, o incumplimiento de la obligación de plantear cuestiones prejudiciales. Esta es una práctica que ha venido siguiéndose con alguna regularidad por una especie de inercia institucional permisiva que es un denominador común en la propia génesis de la Unión y que se basaría en no suscitar conflictos innecesarios en la armonización jurídica que se vería más como un proceso que como un status. Es claro que la obligación no atendida de presentar cuestiones prejudiciales constituye una violación del Tratado CE y del que se hace responsable al estado miembro correspondiente. Es también claro que el hecho es merecedor de sanción, tipificada a través del procedimiento por incumplimiento del Tratado que se recoge en el propio artículo 226 CE (antes artículo 169 TCE).

Aunque esta situación estaba pues perfectamente determinada, lo cierto es que en la práctica la vía política ha venido atenuando la vía jurídica, atemperando los efectos indeseados. De este modo lo que ha venido ocurriendo es que la Comisión, la instancia en principio más legitimada para activar el recurso por incumplimiento, ha venido declinando de hecho el ejercer la responsabilidad de incoar un recurso por incumplimiento por parte de un órgano jurisdiccional nacional. Las razones por las que no se haya hecho valer durante tanto tiempo la aplicación del artículo 226

CE contra los Estados miembros que no hayan atendido la obligación de presentar cuestiones prejudiciales en los casos en que estaban indicados habría podido tener un carácter de cautela política que podría entenderse en el marco de una estructura que no deja de crecer en número de socios y con diferente grado de desarrollo. También habría tenido que ver el propio desarrollo jurídico de los Estados y en concreto se han esgrimido por parte del entorno de la Comisión los argumentos de no querer interferir en el proceso de colaboración entre el Tribunal de Justicia y las jurisdicciones nacionales. Según este criterio preservar ese buen clima de entendimiento y cooperación entre jueces nacionales y comunitarios habría hecho necesario el ser menos riguroso a la hora de cumplir con la norma comunitaria en este sentido y esperar a que un futuro mayor nivel de madurez de las instituciones así lo permitiera.

Ha sido en época más cercana, en el año 2003, cuando en su sentencia del 30 de septiembre en el asunto C- 224/01 *Köbler*⁸ el Tribunal de Justicia reorientó la situación por la vía de incidir en los efectos de la no aplicación, estableciendo que: “El principio por el cual los estados miembros vienen a estar obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del derecho comunitario que les sean imputables también se ha de aplicar cuando la violación en cuestión se derive de una resolución de un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia, si la norma de derecho comunitario vulnerada tiene por objeto conferir derechos a los particulares, si la violación está suficientemente caracterizada y si existe una relación de causalidad directa entre dicha violación y el daño sufrido por las personas perjudicadas”. Esta es la sentencia más relevante en lo que a la cuestión prejudicial se refiere.

Y planteamos ahora alguna de las situaciones en las que sí vería afectada la eficacia:

- La situación de la *duda razonable* como activadora de la cuestión prejudicial. Siguiendo el informe de aclaraciones del TJCE viene a entenderse a este respecto lo siguiente:

1. Si bien los órganos jurisdiccionales nacionales tienen la posibilidad de desestimar los motivos de invalidez que se invoquen ante ellos, la

⁸ Sentencia de Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea nº C-224/01, de 30 de Septiembre 2003.

posibilidad de declarar la invalidez de un acto comunitario corresponde únicamente al Tribunal de Justicia.

2. Por consiguiente, todo órgano jurisdiccional nacional “debe” plantear una cuestión al Tribunal de Justicia cuando albergue dudas sobre la validez de un acto comunitario, indicando los motivos por los que considera que el acto comunitario podría no ser válido.

3. No obstante, cuando el juez nacional tenga serias dudas sobre la validez de un acto de la Comunidad que sirva de base a un acto interno podrá, de modo excepcional, acordar la suspensión provisional de éste u otro tipo de medida cautelar respecto del acto nacional. En tal caso está obligado a someter al Tribunal de Justicia la cuestión de validez, indicando las razones por las que considera que el acto comunitario no es válido.

En la afectación de la eficacia según el concepto de duda razonable caben al menos dos interpretaciones en cuanto al resultado de su aplicación. Más positiva una, la que sugiere que el juez tiene un instrumento adicional para cerrar el caso con mayor seguridad jurídica. No tan positiva la otra, que induce a pensar que es una situación que otorga excesiva discrecionalidad al juez o al órgano jurisdiccional. En ambos casos, por exceso o por defecto, el resultado sobrevenido puede alterar la eficacia originaria para la que estaba prevista la norma nacional a aplicar.

- La situación de *oportunidad procesal*, devenida de las competencias que se le otorgan al emisor para interrumpir el proceso con una cuestión prejudicial:

El órgano jurisdiccional nacional puede remitir al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial tan pronto como estime que, para poder emitir su fallo, resulta necesaria una decisión sobre algún extremo de interpretación o de validez. Él es el mejor situado para apreciar la fase del procedimiento en que procede plantear tal cuestión.

Por tanto, bien puede advertirse, que la interrupción del proceso no hace sino incidir en lo planteado en el caso de la duda razonable, con la particularidad de que puede activarse en distintas partes del proceso, lo que otorga al juez una discrecionalidad longitudinal o de juicio abierto en el tiempo que compromete aun más la eficacia originaria esperada de la norma.

- La situación de *juicio dirimente* a que puede verse abocada la consulta prejudicial. El TJCE recuerda que es preferible [...] que la decisión de plantear una cuestión prejudicial se adopte en una fase del procedimiento nacional en la que el juez remitente esté en condiciones de definir el marco fáctico y jurídico del problema, para que el Tribunal de Justicia disponga de todos los elementos necesarios para comprobar, en su caso, que el derecho comunitario es aplicable al litigio principal. También puede resultar útil para la recta administración de la justicia que la cuestión prejudicial se plantee después de un debate contradictorio.

En este caso encontramos una doble afectación de la eficacia. Por un lado en el plano nacional, donde ya el llegar a un contradictorio supone en principio un déficit de eficacia de la norma a aplicar que por definición –hay que recordar– está concebida para recoger perfecta y claramente un determinado supuesto de hecho en su seno. En este caso, además, se recurre a una tercera vía que es la interpretación de la consulta comunitaria sobre el contradictorio, lo que deja definitivamente a la norma original muy alejada de sus pretensiones originarias de eficacia.

- La situación de *suspensión del proceso* en curso que inevitablemente desencadena la consulta. Tal y como está reconocido: el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia lleva consigo la suspensión del proceso nacional hasta que el Tribunal de Justicia se pronuncie.

Técnicamente y desde un punto de vista de mecánica jurídica, la suspensión daría lugar a dos situaciones, una la previa y otra la posterior a dicha suspensión. Independientemente de otras connotaciones, lo cierto es que cabría hablar de dos partes del proceso o, más bien de dos procesos, donde en el segundo de ellos la eficacia de la norma nacional previsiblemente no será ya la misma.

- La situación de *indefensión procesal eventual* ante el nuevo proceso sobrevenido. Hay que tener en cuenta, como reconoce el TJCE, que el juez nacional seguirá siendo competente para adoptar medidas cautelares, especialmente en el caso de haberse planteado una cuestión de validez.

Esto quiere decir que tanto en la espera como en la suspensión, el proceso sigue vivo, al menos en lo que se refiere a sus efectos. Siendo así los litigantes nacionales pueden ver menoscabadas sus posiciones previas y llegar a situaciones de indefensión. En algunos casos, bien es

verdad, estas nuevas situaciones ya están siendo debidamente recogidas por otras instancias.

- La situación de *restricción de derechos fundamentales*, derivados de la solicitud de consulta prejudicial por el procedimiento de urgencia⁹. La aplicación de este procedimiento, afirma el TJCE, sólo debe solicitarse en circunstancias en las que sea absolutamente necesario que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre la remisión prejudicial en el menor plazo posible. Sin que puedan enumerarse aquí tales situaciones de manera exhaustiva, debido en particular al carácter variado y evolutivo de las normas comunitarias que regulan el espacio de libertad, seguridad y justicia, un órgano jurisdiccional nacional podría plantearse formular una petición de procedimiento de urgencia, por ejemplo, en las siguientes situaciones: en el caso de una persona detenida o privada de libertad, cuando la respuesta a la cuestión planteada sea determinante para la apreciación de la situación jurídica de esta persona o, en un litigio relativo a la patria potestad o a la custodia de los hijos, cuando la competencia del juez que deba conocer del asunto en virtud del Derecho comunitario dependa de la respuesta a la cuestión prejudicial.

La vía de urgencia no parece estar plenamente justificada, al menos en lo que atañe al caso de todos aquellos Estados miembros que tienen sistemas jurídicos de amplia garantía en la protección de los derechos y en la activación de los mecanismos de valoración de las situaciones que los comprometen. La ingerencia aquí de la interpretación comunitaria tiene aun más relevancia al ocupar el espacio de leyes nacionales de carácter orgánico e inmediatamente por debajo de las constituciones respectivas. Yendo un poco más lejos, podría advertirse en la utilización del procedimiento de urgencia ciertos peligros de “abuso de derecho” que precisamente se pretenderían evitar.

- La situación de *desamparo y de la tutela judicial efectiva* devenida de la inaplicación intencionada de la cuestión prejudicial. Este supuesto obligó al propio Tribunal Constitucional a pronunciarse en la STC 58/2004¹⁰ lo que supone de hecho un cambio de orientación en nuestra

⁹ Diario Oficial de la Unión Europea 2008/C 64.

¹⁰ Sentencia 58/2004, de 19 de abril de 2004. Recurso de amparo 4979/1999. Promovido por la Generalidad de Cataluña frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que estimó parcialmente la demanda de don Manuel Martínez Calderón sobre devolución de ingresos por la tasa fiscal

jurisprudencia constitucional en materia de relevancia constitucional del derecho comunitario. Rompe en principio con una tendencia sostenida en el tiempo a desvincular las resoluciones de la Unión Europea y las normas en que se sustentan de una interpretación en clave constitucional. En lo que aquí respecta nos interesa destacar la vertiente de esta STC en lo relativo a las repercusiones del no planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que pudieran llegar a dimensiones no previstas. En concreto lo que aquí se valoró fue la incidencia que llegaba a tener sobre el derecho a la tutela judicial en sentido amplio y que se recoge en el artículo 24 CE.

La cuestión originaria fue, como tantas de las que nutren el desarrollo del derecho comunitario, de carácter eminentemente mercantil, en concreto arranca de las condiciones de aplicación de la normativa relativa a la tributación de las máquinas de juego, envite o azar con premio, que han sido objeto de abundante atención comunitaria. Estas máquinas, conocidas popularmente como “tragaperras”, elemento de producción y de recaudación evidente y sobre las que recae la correspondiente carga impositiva, tienen en principio una tasa fiscal anual única, con la particularidad de que le es de posible aplicación otra tasa suplementaria o gravamen de carácter autonómico, objeto del origen del conflicto. Siguiendo el orden natural de las competencias fue el Parlamento de Cataluña, comunidad autónoma sede del supuesto, quien regula este gravamen mediante Ley 2/1987, de 5 de enero. El asunto se terminará complicando en el desarrollo real de esta práctica y en relación con las pretensiones de terceros que activaran las condiciones previas del recurso. Pero no es el caso lo que nos ocupa sino sus consecuencias. El TC se mantiene al margen de abordar la cuestión de interpretación de la legalidad, en parte porque no es de su competencia, en parte porque según reconoce en uno de los fundamentos de la sentencia, es una fase ya llevada a cabo por los tribunales ordinarios correspondientes y según sus atribuciones, pero sí afronta lo que es de su rango. En este caso se trata de lo que considera vulneración del derecho a la tutela judicial en sentido amplio. Por tanto, haciendo un

del juego. Recoge la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con garantías: derechos fundamentales de los entes públicos. Reconoce como sentencia no fundada en Derecho porque inaplica una ley autonómica vigente, que establece un recargo tributario, sin plantear cuestión de inconstitucionalidad (STC 173/2002) ni cuestión prejudicial sobre interpretación del derecho comunitario.

ejercicio de equidistancia de las cuestiones tributarias, es decir del hecho de que no se hubieran hecho efectivas las autoliquidaciones a las que en principio estaban obligados los requerientes y de resultas del mismo el caso hubiera acabado en el propio TSJ, órgano de mayor rango en este caso, y que pudiera considerarse el litigio principal, es el litigio secundario el que alcanzará el protagonismo de este pronunciamiento. Así en la Sentencia el TC reconoce el otorgamiento del amparo argumentando una doble vulneración de las garantías del proceso, procediendo a emitir la que será ejemplar sentencia:

«... el hecho de inaplicar el Derecho interno (la Ley 5/1990) por su supuesta incompatibilidad con el Derecho comunitario (el artículo 33 de la Sexta Directiva) sin haber planteado previamente la cuestión prejudicial prevista en el art. 234 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE, antiguo art. 177 TCEE), adoptada por un órgano judicial cuya resolución no es susceptible de ulterior recurso ordinario, en un asunto donde el propio órgano judicial viene a separarse de toda la doctrina judicial interna recaída sobre la materia –formada sobre la base del criterio sustentado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en diversas Sentencias–, supone desconocer las garantías que integran el contenido del proceso debido»¹¹.

En lo esencial, esta sentencia deja la situación como estaba, es decir en la de que el TC no ha de entrar a interpretar el derecho comunitario que queda así desprovisto de toda garantía constitucional, y también de toda subordinación constitucional, pero admite que la cuestión prejudicial en los casos que le es de aplicación es un elemento que puede convertirse en esencial para otorgar la seguridad jurídica del proceso.

De esta manera y a través de esta sentencia podemos observar que las interferencias entre el derecho comunitario y el nacional han llegado al último reducto de aplicación y, hasta la fecha, preservado con el más absoluto celo: el del nivel constitucional. Siendo así, esta situación en

¹¹ MARTÍN RODRÍGUEZ, P. “La cuestión prejudicial como garantía constitucional: a vueltas con la relevancia constitucional del derecho comunitario”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 24. Núm. 72. Septiembre-Diciembre 2004, pp 315-16.

la que eficacia de las normas originarias es mudable incluso para las de mayor rango, daría la razón a los que piden abiertamente también una Constitución Europea no sólo testimonial sino plenamente vinculante.

5. EN CONCLUSIÓN

A pesar de que el avance en ambos niveles de jurisprudencia no cabe duda que tiene por finalidad completar en lo posible la seguridad jurídica derivada de la valoración de los hechos a la luz de las normas y que el derecho comunitario exige al derecho interno una permanente actualización para estar a la altura de las nuevas circunstancias, lo cierto es que no cabe sino advertir una serie de lagunas en la inserción plena de ambos modelos, que se pone de manifiesto en este mecanismo que se conoce como cuestión prejudicial.

EFICACIA Y EFECTIVIDAD DE LOS MEDIOS DE PRUEBA PARA SUSCITAR EVIDENCIA

ISABEL ARACELI HOYO SIERRA
Académico Correspondiente

Resumen: Los medios de prueba constituyen en el juicio los procedimientos que las partes emplean con el fin de “probar” que su versión de los hechos en litigio es la correcta. Cada medio de prueba en principio es apto para proporcionar una clase diversa de elementos capaces, o no, de suscitar en el tercero, el juez, evidencia, o credibilidad, de modo que pasen a considerarse “pruebas” o “elementos probados”. El presente trabajo constituye una primera aproximación al análisis de los factores que en un proceso judicial potencian o aminoran su eficacia y efectividad

Palabras clave: Eficacia. Efectividad. Reglas procesales. Reglas de evidencia.

Abstract: Means of proof constitute in judgment the procedures that parts use with the aim of trying that his version of the facts in dispute is the correct. Each instrument of evidence is in principle apt to provide a diverse class of capable elements, or no, to provoke in the third one, the judge, evidence, or credibility, so that they proceed to be considered proofs or proven elements. The present a first approximation constitutes work to the analysis of the factors than they increase the power of in a lawsuit or they decrease their efficacy and effectiveness

Keywords: Efficacy. Effectiveness. Rules of procedure. Rules of evidence.

El interés por la eficacia y efectividad nace en el ser vivo con su primer comportamiento propositivo, pues del mismo depende la correcta coordinación y adecuación de sus movimientos para el logro del objetivo que se ha señalado. Las acciones adecuadas son guardadas en la memoria como acciones eficaces, y las personas y las cosas con las que éstas se ayudan, capaces de realizar acciones eficaces y efectivas son consideradas dotadas de aptitud, poder o facultad para obrarlas del mismo modo que, en acepción que sólo conserva el Derecho, denominamos eficaz o efectivo el resultado “real” producido por dichas acciones. La razón de esta conservación en el lenguaje jurídica parece derivar del “hecho” siguiente: un acto eficaz en Derecho produce unos efectos jurídicos que dotan de eficacia al producto de dicho acto.

Por regla general la acción eficaz puede serlo en mayor o en menor grado, de ahí que pueda pensarse en su eficiencia. La eficiencia no es otra cosa que el juicio de valor sobre la eficacia de una acción que deriva de la comparación entre dos o más modos de proceder con el fin de enjuiciar cuál es el más eficaz produciendo los efectos apetecidos. Por lo que es posible que el término haya sido ideado por los economistas ante la necesidad de ponderar si están realizando en pro de la obtención de beneficios y de la competitividad los esfuerzos productivos debidos o deben transformar su quehacer para optimizar sus resultados, pero, como se comprenderá, esta actitud que hoy parece tan novedosa, de ningún modo lo es, pues la eficiencia, no es otra cosa que el procedimiento más eficaz y efectivo para el logro de un propósito.

La acción eficaz puede serlo en mayor o en menor grado, de ahí que pueda pensarse en su eficiencia, siendo la eficiencia la consideración de cuán eficaz es un acto, una persona, o un instrumento. Aunque naturalmente el análisis de la eficiencia también pueda versar sobre un conjunto de actos, un protocolo, un procedimiento.

La valoraciones acerca de lo eficaz y lo ineficaz, de lo efectivo e inefectivo, no se olvidan, por lo que proyectadas sobre un tipo de acción o de medio bien podemos atribuir a estos la facultad, el poder, la habilidad de dirigirnos a un fin, por más que sepamos que lo que tuvo éxito una vez podría no tenerlo si las circunstancias no son las adecuadas y que, por tanto, sabemos que es de la adecuación entre los medios y los fines más acordes con el contexto y las circunstancias de donde cabe predicar

la relación de eficaz entre sus comportamientos y los instrumentos que los potencian y los fines logrados.

Pero la noción, de ese modo, ya se ha transformado en “idea” que en ocasiones pretendemos “sustantivar” de forma inadecuada. La Eficacia es un concepto abstracto, por cuanto versa sobre la cualificación de algo, sin que quepa pensarla como algo intrínseco. Los tenedores no son aptos para comer sopa porque no hacemos sopas sumamente espesas, no porque no tengan forma de cuchara.

Todo el aparato psíquico humano se ha edificado merced a estas nociones, sin que el ser humano individual precise para su empleo de un “concepto” de eficacia y de efectividad. Y ello así porque dueño de sus acciones puede realizar los juicios precisos, e incluso incorporar a su acervo nuevas habilidades etc. Lo que decididamente no sucede cuando se trata de seleccionar, coordinar y adecuar a la consecución de un objetivo una gran diversidad de actuaciones que por muy eficientes que resulten a título individual han de brindar al colectivo que en las mismas pone sus esfuerzos una “visión” objetiva de la eficacia y efectividad de las acciones en su conjunto. De ahí que encontremos que las nociones de eficacia y efectividad, las ideas respecto a las mismas han de objetivarse y “reflexionarse” con el fin de proporcionar a los miembros del colectivo una “visión” clara de cuando su actuación está siendo eficaz y cuando ha de desconfiar de la eficacia de otras acciones, a fin de que puedan introducirse los elementos correctivos precisos.

No otra es la razón de que las disciplinas meramente “técnicas” así como las ciencias empíricas (naturales o sociales) se preocupen por la “validez” de sus protocolos, procedimientos, instrumentos de medida, experimentos y observaciones en general.

Lo que ilustraremos con dos sencillos ejemplos.

Imaginemos que deseamos hacer una tarta de manzana. Contamos con una receta, los ingredientes señalados en ésta, un horno y los utensilios precisos para cortar y mezclar. Seguimos paso a paso las instrucciones y efectuamos una tarta de manzana excelente. Ergo, la receta plasmó el procedimiento adecuadamente, los ingredientes fueron seleccionados en buen estado, y los utensilios y el horno nos permitieron su correcta transformación conforme a nuestros propósitos. Pero ahora supongamos que la realización de las tartas va a hacerse en cantidades industriales para

lo cual vamos a emplear maquinaria, y a asignar parte del personal a la adquisición y preparación de los materiales en tanto la otra parte se ocupa del proceso de confección y empaquetado. Al final de la cadena observamos que el producto no cumple adecuadamente con las condiciones de calidad precisas por lo que pasamos a suspender el empaquetado y el de la confección, la manufacturación de ingredientes troceados y mezclados parará en cuanto observé un detenimiento en su flujo. Probando una tarta observamos que el fallo ha de hallarse en el funcionamiento del horno, ya que todos los ingredientes tienen un sabor adecuado, aunque crudo, por lo que nos dirigimos a analizar qué es lo que le pueda suceder, pues o está mal encendido y graduado, o funciona inadecuadamente el mecanismo de expulsión a la mesa de enfriamiento, sea como sea, una acción de la cadena, efectuada aquí por una máquina, ha alterado el efecto final, pese a la correcta actuación del resto de máquinas y operarios. Pero este sencillo análisis nos permite introducir una corrección.

Menos sencillo, algo más complejo, es el análisis de la eficacia y efectividad en el quehacer científico. La ciencia puede avanzar porque se plantea nuevas cuestiones que se fundan en la “validez” de las resueltas con anterioridad. Dicha validez deriva de un análisis racional que atañe a los actos observacionales o racionales que han realizado otros científicos para crear dichos fundamentos, de modo que lo que todo científico “debe” hacer es evaluar en qué medida dichos procedimientos se han respetado, ya que de ellos depende estrechamente el valor que pueden dar a sus afirmaciones y explicaciones. Cuando esto no se realiza así nos encontramos ante elaboraciones con “apariencia” científica que sirven a una causa ideológica. V. gr. el escándalo hoy denominado *climatgate* no supone sorpresa alguna, numerosos científicos se han opuesto con anterioridad a la tesis antropogénica de un supuesto calentamiento global, tema que elijo por sus impredecibles consecuencias en decisiones políticas, legislativas, administrativas, económicas etc, sí bien se difunde bajo ese nombre cuando un intruso en los ordenadores del Instituto líder en la producción de “datos” para la ONU, y para la Convención de Copenhagen en diciembre del 2009, hace pública en la red una correspondencia privada entre científicos en las que revelan los artificios metodológicos a los que tienen que echar mano para sostener dicha tesis. La ciencia es falsificable, pero también es falsable, basta con acreditar que el respeto al método científico ha brillado por su ausencia para desechar de la ciencia

o por encontrar errores en su aplicación, y cualquier aprendiz de método científico puede hacerlo, como lo acredita el célebre cese en Psicología, del debate entre partidarios de considerar que la inteligencia era una aptitud heredada frente a los que consideraban que se trataba de una aptitud adquirida. La primera tesis pretendía justificar las políticas darwinianas, los segundos políticas sociales capaces de proporcionar a las clases bajas la inteligencia de las clases altas. Pues bien, resumiendo, un partidario de las tesis hereditarias falsificó los resultados de una serie de trabajos comparando la inteligencia de gemelos monocigóticos que vivían juntos, o separados por adopción temprana. El prestigio académico de este autor arrastró a numerosos psicólogos, pero un estudiante de estadística, como ya avancé, hundió la tesis formulando una simple cuestión ¿cómo hizo este autor para encontrar esas correlaciones? Resultan impensables desde el punto de vista de la Teoría de la relatividad. Y el resto, tras ponderar su reflexión dejó caer todo el pensamiento al respecto, incluso el de la existencia de una única “inteligencia” capaz de dar cuenta de algo tan complejo como el éxito social, económico, o simplemente académico.

¿Posee el Derecho algo equivalente? ¿Qué papel desempeña la preocupación por la eficacia y efectividad en la vida jurídica real? ¿Puede proporcionarnos el análisis de la eficacia y efectividad de los medios de prueba para suscitar evidencia una atalaya adecuada para ver transformarse el Derecho formal en Derecho eficaz? Ésta fue la cuestión que impulsó esta reflexión, los resultados, en forma de conclusiones por causa de la escasez de espacio serán expuestos en los siguientes apartados: tras analizar el empleo de los términos de eficacia y efectividad en las disciplinas que estudian el Derecho pasaremos a analizar qué es lo que cabe observar en torno a la cuestión planteada.

1. LA EFICACIA Y EFECTIVIDAD EN LAS DISCIPLINAS QUE ESTUDIAN EL DERECHO

Desde una perspectiva filosófica, la propia de la Filosofía del Derecho y de la Teoría del Derecho, la eficacia constituye el aspecto de la validez del Derecho que le permite ser considerado como “positivo” o “puesto”, de modo que la validez presentará una doble vertiente, aquella que nos permite predicar del mismo “eficacia” jurídica, o aptitud para ordenar jurídicamente “hechos sociales, y eficacia propiamente dicha, aquella

que nos informa de que dicha aptitud se concreta en hechos reales. El Derecho no es Derecho por ser eficaz, sino por ser Derecho, pero el Derecho, para poder ser considerado “vigente”, es preciso que ha de ser eficaz y efectivo.

Esta preocupación por la eficacia y efectividad del Derecho no está presente en su tratamiento dogmático, por cuanto que el Derecho sea eficaz y efectivo constituye para la Doctrina un dogma. Ahora bien, eso no significa en absoluto que la eficacia y la efectividad del Derecho resulten ajenas a esta forma de pensar el Derecho, ya que toda ella versa sobre el modo en que ha de entenderse y aplicarse el Derecho vigente. Derecho vigente es aquel dotado de validez formal, y su aplicación ha de incardinarse en el contexto normativo que le es propio, si bien la Dogmática habla en nombre del legislador al cual se presume idénticas intenciones.

Lo mostraremos apelando al enunciado normativo que nos habla de la eficacia o fuerza probatoria de los documentos públicos, enunciado contenido en el art. 319.1 de la LEC,

“1. Con los requisitos y en los casos de los artículos siguientes, los documentos públicos comprendidos en los casos 1º a 6º del artículo 317 harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella”

Conforme a este enunciado, el legislador decreta que un documento público de los relacionados en el art. 317 de la LEC, constituye plena prueba, sin duda alguna esto significa que otros medios de prueba tendrán problemas para derribar el contenido de un documento público ¿pero significa esto que no puedan hacerlo? Imaginemos que una constructora vende por error en la misma fecha el mismo inmueble a dos compradores distintos. Uno de ellos, el que pagó y firmó la escritura en segundo lugar, toma posesión de manera inmediata, en tanto el otro al no poder hacerlo por haber recibido unas llaves que no se corresponden, acudía a la constructora que de ese modo advierte el error. La constructora trata de convencerle de que las llaves que le dio se corresponden con una

vivienda mejor situada, de idénticas características etc, pero el cliente está empeñado en habitar la vivienda escriturada de forma que acude a los Tribunales. Conforme a este artículo los tribunales tendrían que considerar igualmente titulares a ambos compradores, pero lo cierto es que optarán por dirimir la cuestión de cualquier otro modo, pues los errores en los negocios existen, como existen las simulaciones, como existen las prevaricaciones etc, de modo que el tenor de éste artículo parece hacer referencia a una especie de status privilegiado de este medio de prueba, uno en el que se le dota de eficacia jurídica frente a otros medios de prueba. Lo cual nos indica que de ningún modo ni el legislador, ni la dogmática, ignoran la importancia de la eficacia en ésta y en otras cuestiones, por más que no utilicen frecuentemente dicho término para aludir al ámbito personal y temporal de las normas, o al alcance que se ha de dar a la interpretación de sus términos etc.

Y ambas disciplinas, las filosóficas y la Doctrina, atienden a la aplicación del Derecho, sí bien de formas diversas, por cuanto para la Dogmática la jurisprudencia constituye casi siempre la prueba de sus asertos, ya que en definitiva también los obtienen de la misma, en tanto la Filosofía y Teoría del Derecho consideran que el análisis de la eficacia de una norma o un grupo normativo debiera confiarse a una disciplina empírica denominada sociología del derecho o sociología jurídica, por aquello de que ha de informarnos de la correcta incardinación entre hechos y Derecho.

Pero aún hay más, algo que debe decirse de forma concisa pero clara. La estructuración interna de la Doctrina no refleja ya de ningún modo el orden jurídico válido formalmente. Y no lo hace porque no expresa con claridad la publicación del Derecho privado, o la europeización del Derecho mercantil, de tal forma que su valor no deriva tanto de su calidad científica como de la total ausencia de cualquier otro tipo de guía. El conocimiento del Derecho está atomizado, y lo está porque la investigación brilla por su ausencia salvo en aquellas parcelas que por su interés general impulsan la atención de los escasos jurisconsultos— si los comparamos con otras ramas del saber— disponibles, los que por cierto suelen rivalizar y competir en lugar de aunar esfuerzos. De modo que la Doctrina se pierde en escuelas y dilemas intelectuales puntillosos pero quizá inútiles por combatir por un monopolio absurdo habida cuenta del ingente trabajo que queda por hacer. Y la Jurisprudencia, la real, la que

afecta a la mayoría, muestra una dispersión lógica, la que deriva de una doctrina escasa y la lógica asimilación por parte de los juristas de un *Zeitgeist* cultural post-moderno que hace imposible la correcta transmisión de una tradición jurídica que está a punto de extinguirse, como lo acredita el hecho del continuo afán por acudir a otras “ciencias” para huir de la confrontación con la tarea propia.

2. SIGNIFICADO DE EVIDENCIA

Los medios de prueba deben suscitar evidencia, por cuanto el Juez en la Vista tiene el deber de buscar la verdad. Sin lugar a dudas entre verdad y evidencia existe un nexo, pues ante lo verdadero nuestras mentes se rinden a la “evidencia”, es decir, dejan de dudar, tras la exposición a lo verdadero ya no es posible exponerse a idéntico estímulo sin seguir apreciándolo de idéntica manera por cuanto hay un antes y un después. Es por esto que extraña la escasa perspicacia que implica la existencia de un recurso de reposición que ordena al mismo juez reiterar la vista oral en nombre de supersticiosas creencias en torno a los hechos que pasamos a exponer.

Los hechos que en una denuncia o querrela o demanda o respuesta a la demanda adquieren carácter de jurídicos, ya lo eran desde un principio por cuanto así fueron presumidos con anterioridad al juicio oral por al menos los clientes del abogado, cuando no por el juez instructor y el ministerio fiscal que llegaron a calificarlos. Y o estos hechos se mantienen incólumes de un tribunal a otro, o son meros artificios que dependen del arbitrio y fantasía del juez que los juzga. El descontento ante las decisiones judiciales no suele versar sobre aspectos legales, sino sobre la correcta o incorrecta apreciación de los hechos por parte del Tribunal de la que ésta deriva, y, sin embargo, todo un sistema de recursos sobrecarga nuestro sistema judicial imponiendo revisiones parciales e inútiles, por cuanto si la apreciación de los hechos no es correcta, difícilmente puede serlo la consecuencia jurídica que se deriva. Ahora bien, imponer la revisión de los hechos al autor de una “supuesta” visión errónea sobre los mismos equivale a castigar al maestro por haber calificado mal al alumno, las probabilidades de que el alumno sea de nuevo suspendido son enormes pues como es sabido los seres humanos solemos apegarnos a las convicciones adquiridas. Salvo que se considere que el hecho jurídico es

un artificio surgido del contacto entre un juez aleatorio y los medios de prueba, siendo así que el resultado pudiera ser absolutamente distinto si el azar confiara su apreciación a otro juez. Y, sin embargo, esto pasa por doctrina jurisprudencial, lo que nos lleva a preguntarnos dónde quedó aquello de: “la verdad es la verdad, dígala Agamenón o su porquero”. ¿no es racional la verdad jurídica? ¿versa sobre amagos, intuiciones, preferencias, manías, inclinaciones, y perspicacias subjetivas o constituye una apreciación que deriva del “contacto” o intermediación con unos medios de prueba que trasladando fuentes de prueba a proposiciones lingüísticas producen evidencia en el Juez o Tribunal encaminada a fallar a favor de uno de los dos alegatos en contradicción? Y si es así ¿por qué les resulta a los jueces tan complicado cumplir el deber constitucional de “motivar” las sentencias? Ni las motivan, ni las leen en Audiencia Pública.

De la convicción de que la evidencia que brinda nuestro sistema de pruebas no es equiparable a la que derivaría de un estudio minucioso tratando de reconstruir de forma fidedigna los hechos, derivan peregrinas posturas como la de quienes afirman que en definitiva la verdad jurídica no tiene que ver con la verdad, sino con lo que el Juez decide que es verdad. Peregrino, porque en ningún momento histórico se ha dado por hecho que el Juez pueda ser infalible, o que de su boca o su pluma pueda derivar en forma de decreto qué fue la verdad, se le pide justicia legal, y ésta no puede derivar de una incorrecta apreciación de los hechos. De modo que, una vez más topamos con la razón de la imposibilidad de conocer la “real” eficacia del Derecho, aquella que se muestra cuando una de las dos partes se niega a plegarse espontáneamente a lo que éste dicta, por cuanto no resulta imposible que ante un sistema tan contrario a analizar racionalmente la idoneidad de sus propios actos es más que factible que quepa cometer errores que sin embargo desaparecen por arte de magia, ya que estos errores jurídicos pueden ser concebidos como “verdades jurídicas” en las que se fundan aplicaciones del Derecho siempre ajustadas a la ley.

De manera que ahora ya podemos comprender la inexistencia de una sociología jurídica, ya que, si cultivada por sociólogos, estos no podrían encontrar en las sentencias y decisiones judiciales nada más que pruebas a favor de la correcta eficacia de todas las normas jurídicas, y si así no lo vieran porque compararan su análisis de los hechos con las decisiones judiciales siempre cabría imputárseles que ignoran el Derecho del mismo modo que el Derecho se siente inclinado a ignorar lo que una sociología

jurídica podría informar sobre un quehacer “colectivo” que presenta la característica de ser individual e intransferible, ya que la eficacia final depende de la eficacia de cada uno de sus miembros juzgando, y estos son siempre eficaces, el resultado final no puede ser más que pluscuamperfecto, y la visión de quien lo sufre, sin duda errónea y propia de seres ignorantes, aunque ellos sepan lo que han vivido y no les quepa la menor duda de que el Derecho al que ajustan sus vidas, y en nombre de él, no hace mucho podían pronunciarse sobre la corrección o incorrección de la jurisdicción que se “decía” en nombre de un rey, mientras hoy, de su opinión se oye decir ¿pero de qué vale? Es la de alguien que ha perdido porque sin duda no tenía razón. El cincuenta por ciento de la población juzgada ha de mostrarse inconforme, no es algo que deba preocupar, ya se sabe, la gente no sabe reconocer que no lleva razón. Extrañas e irreflexivas palabras que preocupan seriamente, por cuanto denotan un desprecio a la población inusitado, el que deriva de un poder desmedido, o lo que es lo mismo de un poder que no puede por sistema analizar ni su eficacia, ni su efectividad, sordo a un clamor que creen poder justificar por falta de medios materiales, o proyectar por ineficiencias que no les atañen.

Por lo que cada vez me está pareciendo más interesante este estudio que ya versa sobre la imposibilidad de averiguar de forma objetiva la eficacia y efectividad de los medios de prueba para suscitar evidencia, habida cuenta de que no tenemos la más mínima noticia de la evidencia que deriva de las pruebas, si no es la que se desprende del mandato legal de prueba plena el documento público, o la observación de lo que sucede en los tribunales, pero antes de entrar en esta cuestión nos conviene entrar en el concepto de “medio de prueba”

3. SIGNIFICADO DE “MEDIO DE PRUEBA”

En Derecho probatorio se distingue con razón entre las “fuentes de prueba” y los “medios de prueba”, de las primeras tiene noticia el abogado, o el policía. Constituidas por relatos de lo sucedido por gentes que ha presenciado una parte del suceso, por informaciones acerca de quienes han podido tener que ver con el suceso por parte de la víctima o de gentes próximas a la víctima, por huellas u objetos, en sí constituyen los elementos que debidamente articulados van a ser presentados ante el Juez o Tribunal adoptando las modalidades que permite la ley. Mo-

dalidades que reciben el nombre de “medios de prueba”. Los medios de prueba fueron ideados por su idoneidad para producir evidencia, ahora bien, el que algo sea válido depende siempre de determinadas condiciones. Así, los cuchillos cortan, pero si están bien afilados y se utilizan de la manera adecuada. Con razón se observa que la investigación criminal se aproxima más a las fuentes de prueba, esto es así por cuanto un Juez instructor dirige una investigación buscándola, en tanto en otro tipo de procedimientos la carga de la prueba recae sobre el demandante, lo que sin duda debiera leerse sobre el abogado que lo representa, pues debiera éste considerar que es parte de sus servicios orientar debidamente al demandante sobre los medios de prueba que le puede brindar para poder estudiar debidamente el caso, lo que no tengo dudas, más de uno hará. Pero limitaremos nuestro análisis a los medios de prueba contemplados en la LEC. Estos medios establece el art. 300 y siguen la siguiente prelación en un juicio o vista.

En primer lugar cada parte puede solicitar del tribunal el interrogatorio de las demás sobre hechos y circunstancias de los que tengan noticia y que guarden relación con el objeto del juicio.

La preguntas han de ser formuladas en frases afirmativas claras y precisas y respondidas en forma de “sí” o “no”, sin que el interrogado pueda jugar a evadirse, no acudiendo a la cita para el interrogatorio, o dando respuestas evasivas. Competiendo al abogado protegerle de las mismas haciendo uso de impugnaciones y protestas por contener las preguntas valoraciones y calificaciones.

Por lo que la eficacia de este medio de prueba para proporcionar evidencia pasa a depender estrictamente de dos actores, el juez, al admitirla, y el abogado al permitirla, así como de la serenidad del que responde, serenidad que a su vez derivará de su capacidad para comprender tan peregrina manera de iniciar la vista, ya que son los abogados los que han redactado la demanda, y son los abogados los que conocen la respuesta a la demanda, y se les ha contratado para que se ocupen de actuar por ellos ante el juez, a lo que ha de añadirse que ese juego de impugnaciones, de conminaciones a decir sí o no, suele entenderse escasamente, dado que el escenario, tan familiar para los operadores jurídicos no impone tanto por las vestimentas que hoy se empeñan en usar como por las consecuencias que pueden derivar de realizar un mal paso. Pero en principio, este medio de prueba puede proporcionar evidencia cuando el abogado

sabe neutralizar los efectos que pueda tener el abogado contrario sin pretender controlar a su cliente, ya que esto produce efectos francamente nocivos particularmente entre quienes son portadores de la verdad. Es una auténtica lástima que no esté previsto como medio de prueba que cada abogado pueda solicitar que su cliente sea interrogado por el tribunal en aspectos de los hechos que alegados por él no transmiten de igual manera la sinceridad de su cliente. En el entendimiento de que tenderán menos a solicitarlo aquellos cuyo cliente tiene menos verdades que contar.

Interrogatorio de testigos. Como acertadamente señalan las Siete Partidas en la Ley 8ª del libro tercero: “no se pueden desechar los testigos como prueba, por cuanto sin testimonios adecuados no es posible probar las cosas negadas o dudosas”, negación u oscurecimiento que es preciso desechar para contar con la evidencia precisa para dictar sentencia. Si bien es cierto que el testigo debía entrar en el juicio con la cabeza muy alta, habida cuenta de que su admisión probaba, una vez más, que gozaba de la credibilidad que acompaña a la “buena fama”, dado que, de lo contrario el vocero o abogado de la parte contraría bien podía tacharlo por diversas razones que no es caso pormenorizar aquí, pero que indicaban su falta de integridad. No obstante, en caso de traición al rey, éste no desdénaba su testimonio, confiando en que la obtención del mismo bajo tortura podía brindarle elementos de información sumamente útiles para destruir a los traidores. En la actualidad, la presunción de credibilidad trata de confirmarse por un somero interrogatorio inicial que el juez realiza ante un ser que aún cuando mencione su nombre y apellidos sigue siendo anónimo, y que versa sobre los motivos que pueden conducir a su tacha y que nos revelan algo sobre la historia de los testigos en España, ya que a falta de poder estimar su integridad lo que se pretende es fundarse en su presunta credibilidad para que el mismo dé muestras de no merecerla, a lo que, naturalmente, se añade una advertencia sobre las consecuencias de emitir un falso testimonio. Terminado el ritual se procede a realizar un interrogatorio a todas luces inadecuado para obtener del testigo los elementos que éste pudiera poseer, lo que cabe afirmar a la luz del desarrollo de la Psicología de la testificación, Psicología que pretende restaurar el papel de los testigos en un juicio como colaboradores necesarios que pueden disipar dudas y confusiones cuando no brindar elementos imprescindibles para la reconstrucción de los hechos siempre y cuando se tenga en consideración que la obtención de un buen testimonio no

deriva sólo de la honradez del testigo, sino del sentido común de quienes piden su colaboración, una colaboración que con el trascurso del tiempo pierde calidad en perjuicio de quien depende de dicho testimonio. Por lo que la eficacia y efectividad de este medio de prueba ya no depende de la habilidad de los abogados, sino del conocimiento de todos los operadores jurídicos en un juicio de qué es lo que puede aportar un testigo y cómo, y sobre todo de “cuando”, pues da la impresión de que en nuestros juicios los jueces emplean muchas horas oyendo no testimonios falsos, que también, sin que la consecuencia advertida llegue nunca, quizá por razón de que el principio de oportunidad dictará a los tribunales de lo penal el sobreseimiento del caso; sino testimonios obtenidos tarde y mal de los que no esperan nada. El arte de interrogar a un testigo es sencillo, basta con otorgarle su papel de colaborador, y de “pedirle” que ayude apelando a diversas modalidades de respuesta. Así, no cabe preguntarle a cuantos metros estaba de la escena, sino darle una distancia de referencia para preguntarle si más o menos, o mucho más o mucho menos. Por otro lado, su amistad, su parentesco, no tienen por qué figurar como elementos a priori de descrédito, resulta de todo punto natural que sean los próximos los que en numerosas ocasiones sean testigos. Es obvio que un viandante anónimo tendrá siempre menos elementos de información que brindar de una agresión que lo que puede relatar el amigo o compañero que estaba a su lado. Sea como sea, creo que va a tardarse mucho en disipar un prejuicio manifiesto y, naturalmente inconsciente, por parte de los Tribunales acerca de los testigos. El que deriva de su infundada “mala fama” por definición, habida cuenta de lo poco que aportan, sin que de ello se haga la crítica acerca de la eficacia de un proceso que llega tarde y, por tanto, por definición mal, y del calco que supone la regulación de su interrogatorio como sí de un interrogatorio a las partes se tratara. Agrava la cuestión el pretendido afán por ahorrar tiempo admitiéndolos con avaricia. En ocasiones, la prueba de testigos es lo único con lo que cabe contar, y no tratarla como merece sin duda causa más “verdades jurídicas” ficticias que buenos juicios. Aunque redundamos en lo dicho, todo es mera presunción, por cuanto no hay sentencia fundada en meras conjeturas, al final el juez parece tender a fiarse de pruebas que considera más sólidas.

Omitiendo respetar el orden de prelación de las pruebas, por razones de economía mencionaré ahora lo relativo a las prueba periciales. No ha

mucho los peritos se quejaban de que sus “verdades” técnicas o científicas no fuesen recibidas por los jueces como si de “verdad jurídica” se tratara, por considerar que al saber lo que no sabía el juez, no resultaba admisible que éste hiciese prevalecer su opinión sobre la suya. Mas lo cierto es que el perito proporciona una serie de análisis sobre los hechos relevantes para el hecho jurídico, pero no establece el hecho jurídico, por lo que esta pretensión resulta absurda, al igual que resultaría absurdo que el juez desmintiera los datos por razón de su apreciación. A mi juicio el entendimiento entre ambas partes se ha mantenido en los mismos términos salvo para dos ciencias que parecen haber irrumpido con fuerza en nuestros juzgados, a saber, la psicología forense y la sociología. Respecto a esto último insistiré en lo ya señalado con un simple ejemplo que deriva de una noticia en televisión. Un juez en un auto rechaza la medida cautelar de conceder la guarda y custodia de los hijos a la madre por considerar que la razón en la que se funda dicha petición no es adecuada ya que son frecuentes las denuncias de abuso sexual del menor en casos de divorcio revelándose en un cincuenta por ciento falsas. No hay nada que pueda avalar dicho porcentaje como científico, pues se trata de un dato meramente descriptivo del que ningún sociólogo se atrevería a salir. Ya que el que los jueces tiendan a considerar “no probadas” denuncias de abuso en menores cuyos padres se están divorciando en ese porcentaje no deriva en absoluto de su falsedad sino de que el hecho, en ocasiones remoto, no ha quedado suficientemente probado. Y, no obstante, la medida cautelar debe otorgarse o no otorgarse no en base a la predictibilidad de algo que ha de enjuiciarse en otro tribunal, sino a los indicios acerca de la probabilidad de que el progenitor al que se le pretende suspender la guardia y custodia pueda atentar contra la libertad sexual del menor en el momento presente. Sin duda constituyó un comentario que no desdice en absoluto el buen hacer de su trabajo, pero que sin embargo revela una actitud, la propia de quien espera acertar, en lugar de dedicarse a indagar, la de quien confía poco en su capacidad para observar lo verosímil que resulta que una persona determinada en su situación actual pueda perder o no el control. Pues su decisión pudo ser la adecuada, pero los motivos revelados a la opinión pública no derivan en modo alguno de una ciencia social, sino del empleo inadecuado de criterios que imputa a una ciencia social.

Más preocupante resulta la incorporación de los psicólogos al auxilio judicial, Por cuanto se ha pretendido resolver con criterios voluntaristas

la más que acusada diferencia de enfoques que hacía el ser humano debe tener el psicólogo, en razón de su profesión, del juez en razón de la suya. Lo que se revela con mayor claridad en el ámbito del Derecho Penitenciario. El penalista Dorado Montero, nos presentaba el correccionalismo krausista como una promesa de futuro en espera del desarrollo de una psicología que fuese capaz de corregir al delincuente. Ni qué decir tiene que al hacerlo actuaba como portavoz del krausopositivismo, ideología liberal que propugnaba que la prisión debiera cumplir una función correctora con el fin de preservar más adecuadamente la paz social. Pero no negaban los correccionalistas el papel de retribución de la pena, ni por supuesto el ejemplarizante, ni propugnaban el establecimiento de un Derecho premial con tendencia a la baja por buen comportamiento en prisión, ya que apuntaban al desarrollo evolutivo del delincuente efectivo y concebían con justeza que éste depende de la idiosincrasia del sujeto y no del tipo del delito, por lo que defendían una elasticidad de la pena que no tiene cabida en un Derecho Penal que tipifica las conductas que se han de castigar y busca medir la pena en función de las mismas, ya que propugnaban el establecimiento de una pena individualizada.

Pues bien, ni dicha psicología se ha desarrollado, habida cuenta de que la implantación de esos esquemas en otros países, y en el nuestro, con la Ley de vagos y maleantes, dio lugar a los abusos y negligencias consabidas, ni nadie desde la ética deontológica puede entender de dónde han obtenido nuestros psicólogos instrumentos válidos para calibrar la peligrosidad de los delincuentes a la hora de otorgarles en un principio unos beneficios penitenciarios que rápidamente los abogados, apelando a principios de igualdad jurídica de generalizaron. No cabe duda, que el Juez Penitenciario recibe informes acerca de la corrección de los delincuentes, y que se realiza un recuento de aquellos que reinciden, si bien, conociendo la eficacia y efectividad de los procesos administrativos en nuestro país, sin ningún rubor me apresuro a considerar que puesto que en ningún lugar ven la luz, práctica exigible a cualquier investigación científica, ni siquiera *in vivo* la denominada “psicología jurídica” o “psicología para el derecho” está teniendo un desarrollo notable, si no es el de estar erigiendo en proveedora de motivos “esotéricos” para la adopción de decisiones judiciales que poseen un impacto tremendo en los menores y sus familias. Pues ¿conocemos la razón por la que los hijos se hayan visto abocados a convertirse en el tesoro codiciado de un progenitor por comportar su guarda y custodia

la vivienda hipotecada? ¿Posee alguna lógica asignar como tarea rehabilitadora a un incendiario la custodia de un bosque? ¿Tiene algún sentido motivar a los presos a realizar cursos de psicología con el fin de escapar de la prisión? No me cabe la menor duda de que estos profesionales en el curso de su actuación han recabado conocimientos importantes y corregido disfunciones, pero a los mismos cabe imputar la aportación de pruebas basadas en juicios clínicos no contrastables, lo que decididamente debe ser considerado como la intrusión en el quehacer jurídico de un elemento que está psicologizando a nuestra justicia, por no decir, de un elemento que está haciendo decir a la ley lo que jamás dijo. Constituyendo una oportunidad perdida que la psicología en nuestros juzgados no se dedique a aportar los conocimientos que a buen seguro mejorarían el funcionamiento de nuestros tribunales, psicología que versa sobre el modo de obtener un testimonio, o sobre los elementos a tener en cuenta en la dirección del jurado, o sobre lo inadecuada que resulta la psicología conductista con sus incentivos para promover una “conciencia moral” que precisa el delincuente para conducir o intentar conducir su vida de forma más socializada.

Pero acerca de otro tipo de peritajes cabe abundar también, por cuanto se constata la negligencia con la que médicos forenses siguen los casos de los que informan, no les consta en la ficha, o no advirtieron al agredido que tenía que volver, pues su palabra pesaba más que la de un médico particular, de modo que la credibilidad del perito parece depender más de su posesión de “patente de curso” que del contenido de la misma, ya que de un peritaje incompleto no cabe deducir la falsedad de lo que la víctima afirma, y así sucesivamente.

Para concluir. La eficacia y efectividad de un peritaje indiscutiblemente está vinculada a una correcta realización del mismo y a la elaboración de un informe pormenorizado que dé cuenta de la validez y fiabilidad de los instrumentos empleados. Sus juicios deben ceñirse a lo que les compete, y no poner jamás en tela de juicio lo que el resto de las pruebas pueda arrojar, so pena de que los demandantes se vean desmentidos por aquellos a quienes el Estado remunera para actuar con la debida objetividad.

Para terminar éste sucinta revisión, aludiremos a las pruebas documentales públicas y privadas y al reconocimiento judicial, en la convicción de que poseen una validez o eficacia mayor o menor, en base a las siguientes consideraciones.

Los documentos públicos, protegidos por el antes mencionado art. 319, han sido ideados por los propios juristas como procedimientos para “probar” por el hecho de estar dotados de eficacia. Dicha eficacia los torna efectivos en virtud de venir avalados por su configuración ante una autoridad provista de facultades fedatarias: “jueces o fedatario público (secretario judicial, corredor de comercio colegiado, registrador de la propiedad, o funcionario público con facultades fedatarias), por lo que como medios de prueba ya gozan de la presunción de verdad que conserva aún cuando se pretenda impugnarlos.

Otros documentos públicos no expedidos por funcionarios públicos con facultad fedataria gozarán de la eficacia que en cada caso les otorgue la ley.

Documentos privados son todos los demás. No gozan de plena eficacia, lo que significa que pueden verse desplazados o desvalorizados por la existencia de un documento público, por lo que cabe suponer que han de acreditarse como auténticos por peritaje forense convirtiéndose de ese modo en prueba avalada por un testimonio cualificado sobrevenido.

Sea como sea, su consideración por parte del Tribunal está garantizada, no exigen una valoración rápida, pues cabe detenerse en su análisis todo lo que sea preciso, ni su contenido puede verse afectado por la habilidad de quienes interrogan. Por lo que no resulta extraño que gocen de la impresión de “excelentes medios de prueba”, aun cuando, evidentemente, todos ellos sean impugnables.

Y por último, unas breves palabras acerca del reconocimiento judicial. Ha de ser promovido por una de las partes, que ha de indicar los extremos principales a que quiere que se refiera el juez e indicar si pretende concurrir al acto de reconocimiento con alguna persona técnica o práctica en la materia, pero de inmediato la otra parte puede proponer otros extremos que le interesen amén de manifestar sí va a asistir con personal técnico o práctico.

4. LA CONCIENCIA DEL JUEZ O MAGISTRADO

La presunción de que la conciencia individual de los jueces afecta al resultado de los procesos judiciales suscita de continuo sospechas, pues efectivamente es algo que puede suceder, pero también es algo que no

“debe” suceder. El proceso judicial existe justamente para impedir que la función de árbitro, aquel que goza de “arbitrio” para dirimir en contendas, se torne arbitraria. Pero todo arbitrio exige conciencia, aquella que ha de encontrar en los medios de prueba e indicios que se le presentan la evidencia precisa para dictar una sentencia. Y esta conciencia que se pretende indistinta entre los jueces es siempre una conciencia colectiva cuyo contenido es posible indagar. Son numerosos los escritos que versan sobre la subordinación del juez a una ideología, sobre la impronta de los tiempos en su talante y mentalidad. Ahora bien, esta conciencia colectiva no es otra cosa que la jurisdicción, o lo que el colectivo dotado de poder jurisdiccional dice que dice el Derecho. Ni qué decir tiene que bien puede diferir, y en más de una ocasión difiere, de lo que se presume que dice desde una aproximación al mismo diversa, de ahí que el proceso se nos presente como una disputa sobre la calificación legal y las consecuencias que derivan de unos determinados hechos, aún cuando, lo más seguro para hacer prevalecer la opinión contraria, radique en su negación o en su diversa presentación. Y, sin embargo, pese a la complejidad que ésta debiera adoptar en una sociedad de masas, sociedad en la que el conocimiento fidedigno de las acciones de los demás resulta vago y confuso, en el que urgiría recoger con prontitud las huellas de aquello que se pretende juzgar, los procesos judiciales más que lentos, tardíos conducen, con certeza, a enjuiciamiento de hechos pre-construidos reduciendo la complejidad del hecho para acomodarlo a esa grata nostalgia que sienten nuestros Tribunales por lo “claro” y lo “distinto” y, por las pruebas con marchamo legal. Salvo en raras ocasiones, pues quizá quepa hablar, por un lado, de una justicia puntillosa y rigorista para aquellos que aún gozan de un “status”, el de los preponderantes, y, por otro, de la justicia del montón, aquella que permite que los representantes de las aseguradoras regateen hasta el último momento en las puertas del Juzgado la indemnización reclamada, haciendo que el responsable objetivamente conforme a reglas que se le escapan permanezca a la espera de comparecer o no en un Juzgado de lo Penal, si la aseguradora se niega al monto que le exigen por responsabilidad civil. El temor a la Justicia parece transformarse en el temor a una maquinaria infernal que no funciona cuando tiene que funcionar y que puede someter a graves prejuicios si las componendas colectivas van mal. Nunca como hoy el Derecho intuitivo por quienes se empeñan en ajustar al mismo sus conductas difiere tanto del Derecho aplicado, nunca como hoy podría proclamarse con más intensidad la

certeza de que hay principios jurídicos que no se respetan, y reglas con las que todo el mundo se hace un sayo, sin que a esto se le de otro alcance que el de la “normalidad” en aras de la funcionalidad.

Así, las sentencias no se motivan, por lo que hablar de reglas de evidencia, hablar de que los jueces en los procesos judiciales “experimentan” dicho efecto ante las pruebas, siempre, a la hora de fallar, resulta todo un dislate de idealistas. Lo asombroso es que los propios juristas, en lugar de exigirse y exigir a los demás una formación adecuada para poder discernir lo verdadero de lo falso, un control de sus propios juicios sobre los hechos, reclamen en nombre de la “inmediación”, la conversión de esta en dogma, pensando, sin duda, que lo que su subjetividad puso, nadie podrá remedarlo. Nadie reclama una formación adecuada en lo que es el sentir común con referencia a los hechos, pues al Juez no se le pide que sea un especialista capaz de analizar lo que subyace, sino lo que al resto de los mortales pertenecientes a una comunidad les parece ser un hecho jurídico, comenzando por aquél que acude a un abogado para que sepa precisarle su alcance y defender sus derechos o expectativas de derecho. Lo que quizá no constituya un defecto, sino una virtud, la de democracias que amagan pero no dan trigo, la de la conversión del Derecho en “aparición” que encubre un poder que se desliza hacia el totalitarismo, la del dirigismo perpetuo de la mente del Juez a quien se opta por convertir en mero instrumento de una voluntad anónima, y arbitraria. Porque quizá, todo funciona como ha de funcionar, pero tanto la eficacia como el Derecho deriven de lo que en cada momento va saliendo.

4. CONCLUSIONES

Abordé esta compleja cuestión con la esperanza de comprender una cuestión ¿cómo es que, si no cabe conocer el Derecho positivo sin atender a su validez formal y material, ni juristas ni sociólogos han pensado que en el análisis de su aplicación podría estar la clave para averiguarlo? Claro está que, la misma dependería de la presentación adecuada de los hechos a los que se ha de aplicar el Derecho ante el Tribunal, de ahí que dicha empresa requeriría un doble abordaje, por un lado el del análisis de la correcta representación de los hechos en el juicio oral, y de su correcta repercusión en la conciencia del Juez suscitándole evidencia, y por otro, el del proceder de éste dictando unas sentencias que podrían servir como

fuentes documentales para establecer cuál es la eficacia real de las normas. Ante lo cual cabe concluir, nadie puede conocer el Derecho positivo, la complejidad del mismo excede la mente de cualquier ser humano, incluso si este se adentra en parcelas reducidas del mismo. La eficacia del Derecho es una “presunción” que realizan los juristas tras entablar debates o contiendas que un tercero, el Juez, va a zanjar, no en virtud de la razón, sino de su autoridad. Lo que se aplica de forma especial en las vastas áreas del Derecho que no han sido en absoluto reflexionadas por la Dogmática. Entre el hecho real, y el hecho juzgado, puede abrirse un abismo insondable, dependiendo si se trata de un hecho simple, o complejo-simplificado por los abogados. Los medios de prueba no gozan de idéntico predicamento ante un Tribunal, ya que estos parten de la presunción de que la ley especial ha de prevalecer ante la general y la Dogmática sigue defendiendo esquemas positivistas. La introducción de las Ciencias Sociales y su empleo por parte de la instancia jurisdiccional carece de rigor y de sentido, pues lejos de exigirles el estudio científico previo que legitimaría su quehacer se emplean como lenguaje que permite un “hacer” cuya legitimidad no está probada. Por lo que terminamos este trabajo con un doble sentimiento, el de pesar por no haber podido demostrarles lo que debiera ser el medio para que los juristas miembros al fin de un desempeño colectivo controlaran la bondad o validez de su quehacer— no existe ninguna otra obra colectiva que renuncie de tal modo a la inteligencia de sus actos— y el de colegir de la misma medios más eficientes para salir del marasmo en el que viven inmersos. Pero lo lamentamos, pese a la pequeña o grande satisfacción que cada uno de ellos obtenga de su quehacer, lo cierto es que a nivel global es imposible afirmar que se corresponde con los hechos, los hechos juzgados, y los hechos presumidos, a saber, el de que ordenan la sociedad conforme al Derecho en defecto del espontáneo ajuste de sus componentes al mismo.

Y el sentimiento de satisfacción, al haber comprendido que lo que hay que averiguar realmente es por qué y para qué se pretende un Derecho ineficaz, con independencia del denodado esfuerzo de unos profesionales que pretenden desempeñar su función dignamente. Pues no les faltan medios, sino auténticos remedios que les permitan recobrar sus “señas de identidad”.

REFORMAS PARA MAYOR EFICACIA EN LA PROTECCIÓN DEL TERCERO

MARGARITA FUENTESECA
Catedrática de Derecho Romano

ANTONIO PAU
Registrador de la Propiedad

Resumen: En este artículo se analizan las diversas medidas jurídicas que se han adoptado a lo largo de la historia para resolver el constante conflicto que surge entre quien adquiere de buena fe una cosa inmueble ajena, o quien adquiere como libre una cosa gravada con un derecho real, y el verdadero dueño. Las medidas de protección del tercero, desde el Derecho romano son la *usucapio* de inmuebles y la adopción de unos mecanismos de publicidad que, a lo largo de la Edad Media española, se fue haciendo más técnica, mediante libros públicos.

Palabras clave: Protección del tercero. Usucapión de inmuebles-Publicidad de las ventas de inmuebles. Registro de la Propiedad.

Abstract: This article contains an analysis of the different measures taken across the history to resolve the constant conflict of interests that exists between the *bona fides emptor* of real estate not belonging to the vendor, and the real owner. The protection measures, in Roman Law and in the spanish Middle Age, are the *ususcapio* of real estate and certain measures of publicity, that across the Middle Age became more technical by means of public books.

Keywords: Usucapio of real estate. Publicity of sales of real estate. Registration system of real estate.

1. DOS CONFLICTOS JURÍDICOS CON ESTRUCTURA TRIANGULAR

Hay dos conflictos jurídicos que se han repetido interminablemente a lo largo de la historia, en los se aprecia la misma estructura triangular, con tres personajes. Esos dos conflictos son la venta de cosa ajena y la venta como libre de finca gravada.

En el primer caso los tres personajes son: el verdadero dueño, el no dueño y el tercero. En el segundo caso son: el titular del derecho real limitado, el vendedor que transmite una cosa como libre y el tercero.

Estos tres personajes no están integrados en una *sola*, en una *misma* relación jurídica: Dos de ellos sí establecen entre sí un vínculo jurídico: el “segundo” y el tercero. El “primero” y el “segundo” pueden estar vinculados entre sí por otra relación jurídica o pueden no estarlo:

- En algunos casos no lo están. El segundo se finge titular de un derecho, sin serlo, y lo transmite al tercero. Lo hace, por ejemplo, falsificando su identidad, y haciéndose pasar por el titular del derecho.
- En otros casos sí están vinculados por una relación jurídica. Por ejemplo: el “segundo” es arrendatario del “primero”, y abusando de la posesión de que goza, se hace pasar por propietario y vende la propiedad al tercero.

Cabría hacer una última reflexión sobre ese esquema triangular con tres personajes. Como el legislador los tiene presentes a la vez en muchos casos (que son precisamente los que vamos a examinar a lo largo de esta ponencia), entiende Sánchez de la Torre¹ que los tres personajes están englobados en una misma relación jurídica entendida en sentido “amplio o general”, entendida como una “noción global”.

Pero en un sentido estricto, los tres personajes no están nunca vinculados por una misma relación jurídica:

- *En un primer momento*, el tercero no tiene ningún vínculo jurídico con el “primero” ni con el “segundo”, por lo que difícilmente puede decirse que el tercero está unido a ellos por una relación jurídica

¹ Vid. SÁNCHEZ DE LA TORRE, A., *La noción de tercero entre los conceptos jurídicos básicos*, Libro Homenaje a Jesús López Medel, 1999, p. 175-194.

(llámese “global” o no). El tercero está en una fase que Sánchez de la Torre llama de “tercero potencial”.

- *En un momento posterior*, el tercero sí contrae un vínculo jurídico con el “segundo”, pero siempre estará desconectado del “primero”, con el que nunca tendrá un vínculo jurídico.

Lo que Sánchez de la Torre llama “noción global de relación jurídica” no es, probablemente, más que un *esquema subjetivo complejo* del legislador: en el supuesto de hecho de la norma intervienen tres personas. Eso es todo.

Y no parece que pueda aducirse –como hace ese autor– la semejanza del supuesto que ahora examinamos –la tensión titular-tercero– con el supuesto del “contrato a favor de tercero”, porque en este último caso hay, *en un primero momento*, una sola relación jurídica en la que el tercero está ya nominalmente citado, aunque ni es parte ni está de ningún modo vinculado. *En un momento posterior*, cuando el tercero acepte (y tiene que aceptar para que nazca la segunda relación jurídica, porque nadie adquiere nada si no da previamente su consentimiento) surgirá una segunda relación jurídica, que esta vez tiene como partes al obligado-promitente (que puede ser el “primero” o el “segundo”) y al tercero-beneficiario.

2. LA CONTRAPOSICIÓN DE INTERESES Y LAS SOLUCIONES LEGALES A ESA CONTRAPOSICIÓN

En los dos casos antes citados –venta de cosa ajena y venta como libre de cosa gravada– se produce una grave contraposición de intereses. La contraposición se produce entre dos de esos personajes: entre el verdadero dueño y el tercero; y entre el titular del derecho real limitado y el tercero.

El titular del derecho real –sea propiedad o derecho limitado– tiene un interés distinto, y claramente contrapuesto, al interés del tercero. El titular tiene interés en que su derecho se respete *siempre*. El tercero tiene interés en que sólo le afecten los derechos que *conoce*, y no le afecten los derechos que *no conoce*. A no conocer se le llama *buena fe*. De manera que cuando a lo largo de esta ponencia se hable de tercero, se está haciendo referencia al tercero de buena fe. El tercero de mala fe no merece protección.

El Derecho ha procurado, en todo tiempo, atender a ambos intereses: el del titular y el del tercero. Pero a lo largo de la historia ha adoptado medidas distintas que equilibren esa contraposición de intereses. En unas etapas se ha inclinado más por el titular y en otras se ha inclinado más por el tercero. Y en otras etapas ha logrado un mayor equilibrio entre los intereses del titular y los del tercero.

A lo largo de esta ponencia se va a examinar cómo ha resuelto el Derecho la tensión que existe entre el titular y el tercero. Es decir: qué medidas ha adoptado para proteger a uno y a otro.

Esas medidas se pueden anticipar ya que son de tres tipos:

- La compensación económica al tercero.
- La atribución del derecho al tercero.
- El establecimiento de unos mecanismos de publicidad que den información al tercero, y a través de esa información se impida su ignorancia o su error.

Para acotar el ámbito de esta ponencia hay que hacer dos puntualizaciones iniciales:

- 1ª Nos vamos a limitar al régimen de los bienes inmuebles.
- 2ª Nos vamos a limitar a la garantía jurídica –y no económica– del derecho. Es decir: vamos a dejar fuera el primer tipo de medidas, que lo que tratan es de garantizar una compensación dineraria al tercero. No vamos a tratar por tanto el saneamiento por evicción.
3. Medidas para la mayor eficacia en la protección del tercero en Derecho Romano.

En Roma, la más antigua forma de manifestación del derecho de propiedad, el *dominium ex iure Quiritium*, era propio de los ciudadanos romanos, y constituía un derecho absoluto, exclusivo e irrevocable. La irrevocabilidad era un principio profundamente arraigado desde la época romana más arcaica, y que se manifiesta en el aforismo: *ubi rem meam invenio ibi vindico*, esto es, al *dominus* le corresponde una acción para reivindicar su derecho allí donde la cosa esté, incluso en poder de un tercero, se entiende.

Pero, según el esquema triangular que hemos expuesto con anterioridad, este derecho dominical podía entrar en conflicto con la apariencia de derecho de un poseedor de buena fe, que será el tercero por haberlo adquirido de quien no es dueño. En Roma, la regla general es la protección a ultranza del *dominus* –o el titular del derecho real en su caso–, pero para resolver la tensión que podría surgir entre el titular del dominio y el tercero se advierten dos tipos de medidas, que son complementarias entre sí: por un lado, las que atribuyen el derecho al tercero, ya que mediante la *usucapio* se podía adquirir el *dominium* de un inmueble transmitido por quien no era dueño, y por otro, el establecimiento de unos mecanismos de publicidad que proporcionan información al adquirente, impidiendo su ignorancia o error.

A. La atribución del derecho a terceros: la *usucapio* de inmuebles

Es conocida la antigüedad de la institución de la *usucapio* en Roma, ya que existe una norma en las XII Tablas (6,1), conforme a la cual el *usus* y la *auctoritas* del fundo duran dos años y el de las restantes cosas un año (*usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum omnium annus est usus*). Se trata de una norma que va ligada a la *mancipatio* como forma de transmisión de la propiedad y según la cual el *mancipio dans* responde como *auctor* durante dos años. Durante ese periodo de tiempo puede serle exigida su responsabilidad mediante la *actio auctoritatis*, en el caso de que el adquirente se vea privado de la cosa por el verdadero dueño.

El adquirente que perdía la cosa frente al verdadero dueño sólo podía exigirle al *mancipio dans* el doble de lo que había pagado por la cosa (*actio auctoritatis in duplum*). Y éste respondía por *auctoritas* solamente si el verdadero dueño reclamaba mientras el adquirente no había usucapido, esto es, en el plazo de dos años para los inmuebles. Esta responsabilidad era ya de por sí una amenaza bastante disuasoria para el que pretendía transmitir como propia una cosa ajena.

Pero existía además un obstáculo jurídico que imposibilitaba que, en el caso de venta de cosa ajena, el adquirente se hiciera dueño de la cosa mediante usucapión. Y es que desde antiguo, la entrega de cosa mueble ajena se consideraba *furtum*, por tanto, la cosa mueble no era *res habilis*

para usucapir. Así sucede también en época de Gayo (vid. II,49). Esto significa que nunca podrá hacerse *dominus* por usucapición el adquirente de una cosa mueble ajena, aunque excepcionalmente, sólo si el transmitente ignoraba que era ajena, el adquirente podría usucapirla si era de buena fe, según Gayo II,50.

Pero es respecto a los bienes inmuebles donde existe disparidad entre los juristas romanos, ya que dudaron acerca de si la entrega de una cosa inmueble ajena sería calificable como *furtum* o no. Si lo es, no cabría *usucapio* de inmuebles, porque las *res furtivae* no eran cosas aptas (*res habiles*) para ser usucapidas.

Que no había una opinión unánime entre los juristas lo demuestra el texto de Ulpiano, en que este jurista se adhiere explícitamente a la mayoría de los que consideran que no hay *furtum* en el caso de *fundum* (Ulp. D. 47,2,25pr.: *Verum est, quod plerique probant, fundi furti agi non posse*). Habría, por tanto, una minoría que pensaba lo contrario. Así, por ejemplo, según Aulo Gelio XI,18,12, Sabino habría admitido como *furtum* el caso de entrega de fundo ajeno.

Pero no fue esta opinión la que prevaleció, porque Gayo (II,51 y D. 41,3,38) considera superada la postura de quienes opinaban (*putaverint*) que sería *furtum* la transmisión de un fundo ajeno. La polémica entre los juristas prueba que se trata de una cuestión no resuelta, probablemente por no haber sido planteada en la etapa más arcaica del derecho romano, en la que la venta tenía lugar por *mancipatio*.

En la *mancipatio*, la responsabilidad por *auctoritas* del transmitente, de un lado, y el *usus* del adquirente, de otro, forman un binomio inseparable. Hay responsabilidad por *auctoritas* mientras dura el *usus* del adquirente, esto es, hasta que éste se hace *dominus ex iure Quiritium* mediante el *usus*. No existe la *usucapio* como modo de adquirir la propiedad independiente, sino que ésta únicamente forma parte del mecanismo de la *mancipatio* en la que el *mancipio dans* responde por *auctoritas* hasta que el adquirente ha usucapido.

Pero a medida que se van generalizando las ventas mediante *traditio*, basta con la entrega de la cosa –*traditio*–, basada en una *iusta causa*. Aquí ya no existe la responsabilidad por *auctoritas*, el transmitente ya no es *auctor*, sino un simple *tradens* que responde por evicción si se trata de una *res Mancipi*, en el caso de que el verdadero dueño venza en litigio

al adquirente, aunque siempre antes de que éste adquiriera por usucapión. Una vez transcurridos los plazos de la usucapión, el adquirente quedará inmune frente a cualquier reclamación.

Por tanto, a medida que se generaliza la *traditio* como forma de transmisión de la propiedad, el *usus* se desliga de la *auctoritas* y se va transformando en un modo de adquirir la propiedad, independiente de la responsabilidad del transmitente.

Este sería el momento en el cual Gayo afirma que ya está superada la opinión de los juristas que consideran que los bienes inmuebles eran susceptibles de *furtum*. Afirmación ésta muy relevante, porque convierte a los bienes inmuebles, precisamente los bienes de más valor, en usucapibles frente al verdadero dueño.

Pero esta afirmación se sitúa en un contexto en el que se han producido dos grandes transformaciones. Por un lado, se fue concretando el concepto de *furtum*, en el ámbito de la *poena privata*, a los bienes muebles. Y por otro, se había producido ya la consolidación de la *usucapio* como modo de adquisición de la propiedad, desligado de la *auctoritas* del transmitente.

La *usucapio* como modo de adquirir la propiedad la describe Gayo en II,43²: son usucapibles las cosas entregadas por quien no era dueño de ellas, ya sean *res Mancipi* o *nec Mancipi*, con tal de que hayan sido recibidas de buena fe, creyendo que el que las entregaba era dueño.

En consecuencia, en la relación triangular que antes hemos expuesto, en el caso de venta de cosa ajena, el verdadero dueño vence siempre en juicio si se trata de una cosa mueble, porque ésta no puede ser usucapida al considerarse que la cosa transmitida por un *non dominus* era, por este solo hecho, una *res furtiva*. En cambio, cuando se trata de inmuebles, una vez transcurrido el plazo de la *usucapio*, el adquirente de cosa inmueble ajena se hace inmune frente a la reclamación del verdadero propietario. Se trata de una medida muy radical, puesto que priva al *dominus* de su derecho, pero que a su vez se contrarresta con la exigencia de que la adquisición por *usucapio* se haya de realizar de buena fe. Solamente el adquirente de buena fe es el que tiene una *possessio* apta para la *usucapio*.

² Gayo II, 43: *Ceterum etiam earum rerum usucapio nobis competit quae non a domino nobis traditae fuerint, siue Mancipi sint eae res siue nec Mancipi, si modo eas bona fide acceperimus, cum crederemus eum qui traderet dominum esse.*

Esto significa que no cabe *usucapio* de quien a sabiendas adquirió de un no dueño, o incluso de quien no se preocupó por saber si le transmitía un verdadero dueño.

Pero la adquisición de un bien inmueble basada en la simple creencia de que quien lo transmitió era dueño no es suficientemente segura para el adquirente, que está expuesto a que durante el plazo de la *usucapio* el verdadero dueño interponga una acción reivindicatoria contra él. De ahí que en la venta de bienes inmuebles fuese necesaria la existencia de algún mecanismo de publicidad mediante el cual el adquirente tuviese la seguridad de que el transmitente es el verdadero dueño. *Usucapio* y publicidad son instituciones complementarias entre sí para la protección del adquirente de buena fe de bienes inmuebles y, en general, de la seguridad del tráfico jurídico de estos bienes.

B. Mecanismos de publicidad en la transmisión de la propiedad:

a. En la mancipatio

La *mancipatio* es la más antigua forma de transmisión del *dominium ex iure Quiritium* en Roma, en la que el transmitente (*mancipio dans*) actúa como *auctor*, es decir, responsable o garante en la transmisión de la cualidad de dueño. El *auctor* asume una función pública ante el *populus* como refuerzo, ayuda o garantía con eficacia legitimadora según el derecho augural, el antiguo derecho divino. Se trata de transmitir una función pública de *auctor*, como portador de una legitimidad derivada de ser miembro del *populus*. Esta función pública que es la *auctoritas* encarna un principio de legitimidad augural y se halla, igualmente, en la *auctoritas patrum*, *auctoritas tutoris*, etc. La *auctoritas* implica, por tanto, una responsabilidad que se asume frente al *populus* según el derecho augural, el antiguo derecho divino. Así queda revestido de publicidad frente al *populus* el acto traslativo de la propiedad.

A ello hay que añadir la formalidad solemne con la que se celebraba la *mancipatio*, que implicaba la concurrencia, en total, de ocho personas, el transmitente, el enajenante, el portador de la balanza y cinco ciudadanos romanos púberes, y además la formulación de palabras solemnes.

En el ritual de la *mancipatio* se pone de manifiesto que se trata de una ceremonia traslativa de la propiedad desarrollada en un único acto. Tanto la expresión de las palabras rituales: *hunc ego hominem ex iure quiritium meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra* (afirmo que este hombre es mío según el *ius Quiritium* y que queda comprado por mí con este bronce y esta balanza, Gayo I,119), como la traslación física de la cosa presenciada por los testigos ciudadanos romanos y púberes, escenifican ritualmente el traspaso de la propiedad de un ciudadano romano a otro.

Pero el problema de esta forma de transmisión del *dominium* es que únicamente garantizaba una publicidad eficaz en una ordenación ciudadana que giraba en torno a una economía agrícola muy primitiva y de reducidas dimensiones territoriales, como era la romana inicialmente, y en la que, gracias al efecto publicitario y formalista de la *mancipatio*, no habrían existido prácticamente las ventas *a non domino*, en las que asumiese la función de *auctor* frente al *populus* quien no era *dominus*.

b. *En la traditio*

Mediante la *tradiatio* se producía en Roma la transmisión del derecho de propiedad de las *res nec mancipi*. Si se trataba, en cambio, de *res mancipi*, la *tradiatio* sólo transmitía la propiedad pretoria, esto es, cuando una *res mancipi* se transmitía sin *mancipatio*, sino con la simple *tradiatio*, el adquirente no se hacía *dominus ex iure Quiritium*, sino solamente una vez transcurridos los plazos necesarios para la usucapión.

Mientras no se cumpliesen esos plazos, al adquirente se le consideraba propietario pretorio, porque el pretor le otorgaba la acción Publiciana en el caso de cualquier perturbación que sufriese en la posesión. Esta acción era efectiva frente a todos menos frente al verdadero dueño. Y si éste vencía en juicio al adquirente de la cosa, a este último solamente le quedaba exigir responsabilidad por evicción al vendedor.

En la *tradiatio* era esencial la entrega de la cosa, que debía basarse en una *iusta causa*. Pero el requisito de la entrega física de la cosa, como es sabido, fue espiritualizándose, ya que se fueron admitiendo formas en las que no se producía una entrega real o física de la cosa, los casos llamados de *tradiatio ficta*. Así se fue considerando válida como *tradiatio*

la entrega de las llaves del almacén donde se encontraban las cosas vendidas (posteriormente denominada *traditio symbolica*), o en el caso de cosas situadas a cierta distancia, el señalarlas, sin necesidad de tocarlas (*traditio longa manu*) y las formas totalmente abstractas de *traditio* que fueron la *traditio brevi manu* y el *constitutum possessorium*.

Pero, en el caso de transmisión de bienes inmuebles, puesto que éstos se podían usucapir *a non domino*, el acto de entrega tenía especial relevancia. La *traditio* determina el momento a partir del cual se entiende realizada la entrega a efectos de considerar al adquirente propietario pretorio y contar el plazo a partir del cual se haría propietario pleno por usucapición.

De ahí que la *traditio* de bienes inmuebles presente ciertas particularidades en relación a la forma y a la publicidad. Así, Constantino y los sucesivos emperadores hasta Justiniano exigieron *ad substantiam* la forma solemne de la venta inmobiliaria. A partir de entonces, la compraventa de inmuebles se debía estipular de forma escrita, y es probable que el *instrumentum venditionis* debiera ser firmado, además de por el vendedor, por los testigos, cuya función describiré después.

Y así la *traditio* como entrega física de la cosa inmueble no se exigía en la época postclásica para la transferencia de la propiedad en la compraventa inmobiliaria. De los documentos de la práctica postclásica se puede deducir que la transferencia de la propiedad tiene lugar por efecto y en el momento mismo de la estipulación por escrito del contrato.

Además, en época postclásica, ya se había producido la evolución histórica de diferentes instituciones conexas entre sí: se extinguió la distinción entre *res Mancipi* y *nec Mancipi*, y entre *dominium* y propiedad pretoria, y, en consecuencia, también cayó en desuso la *Mancipatio* como forma de transmitir la propiedad.

Estos cambios llevaron consigo la necesidad de dotar a la *traditio*, como acto traslativo de la propiedad inmuebles, de una mayor seguridad jurídica para el tercio, ya que, como hemos indicado, en el caso de venta de cosa inmueble ajena el verdadero dueño siempre saldría vencedor en una acción reivindicatoria, salvo que hubiesen transcurrido ya los plazos de la usucapición. Este problema se agravó porque la *usucapio*, en época postclásica, ya se había convertido en un modo de adquirir la propiedad, desligado de la responsabilidad por *auctoritas* que hemos

descrito antes. En consecuencia, se ampliaron los plazos requeridos para adquirir mediante *usucapio*, que serían, para bienes inmuebles, a 10 años entre presentes y 20 entre ausentes. Era, por tanto, más acuciante la necesidad de revestir el acto traslativo de la propiedad de unas garantías de seguridad para que el adquirente no estuviese expuesto durante todo ese largo plazo a perder el bien inmueble adquirido frente a la *reivindicatio* del verdadero propietario.

Así, ya en época clásica tardía, según una constitución, también de Constantino (CTh 3,1,2) del año 337, cuya formulación más amplia aparece en los *Fragmenta Vaticana* (FV) 35, § 4, nadie podría vender o adquirir una *res* si en el momento de la formalización de la venta (*explicitatio sollemnis*) no se presentaba prueba cierta y verdadera (*certa et vera*) de la propiedad ante los vecinos presentes (*vicinis praesentibus*), debiéndose procurar la prueba de la propiedad (*probatio proprietatis*) en el momento de la redacción del escrito de formalización de la venta.

En el párrafo siguiente del mismo texto (FV 35, 5) describe el emperador la utilidad de la publicidad del propio acto de la venta, aduciendo que sin ella nacerían muchos pleitos y se violarían derechos de propiedad. Dispone el emperador que es “mucho mejor” (*cum longe sit melius*) que el *idoneus venditor* sea probado a la luz de la verdad, con testimonio fiel por la voz pública (*fidei testimonio publica vox*), por aclamación del pueblo. Con esta publicidad se lograría que el comprador permaneciera por largo tiempo feliz y seguro (*felix comparator atque securus aevo diuturno persistat*).

En definitiva, Constantino impone mediante esta disposición, además de la solemnidad formal en la transmisión de inmuebles, la prueba por medio de la declaración de los vecinos colindantes de que la propiedad del transmitente es cierta y verdadera. Esta llamada a los vecinos es una forma de dar seguridad a la transmisión del inmueble, ya que son precisamente quienes mejor pueden acreditar que el vendedor es el verdadero dueño.

De este modo el adquirente está seguro de que el vendedor es el propietario del inmueble, es decir, la intervención de los vecinos hace prácticamente imposible la realización de una venta *a non domino* y, en consecuencia, evita o previene la aparición de un adquirente de buena fe que pudiera ser privado de su derecho por el *verus dominus* del inmueble transmitido.

Sin embargo, la intervención de los vecinos en las ventas de inmuebles no consta que haya sido recogida en las fuentes justinianas, porque ya no aparece en el Código de Justiniano. En la última etapa del Derecho romano parece decaer totalmente la llamada a los vecinos en las ventas de inmuebles, que Constantino había considerado fundamental para la evitación de ventas fraudulentas. La intervención de los vecinos, en los casos en que subsistía, quedaba reducida a una mera función testifical, esto es, no sobrepasó el ámbito estrictamente privado del contrato de compraventa.

Pero la intervención de los vecinos en las ventas de inmuebles solamente otorgaba seguridad al adquirente de que la venta la realizaba el verdadero dueño. Esto es, no cumplían estos vecinos una función de dar publicidad a las ventas de inmuebles, en el sentido de asegurar —o al menos propagar— frente a todas las personas (*erga omnes*) que el transmitente era el verdadero dueño.

Una auténtica publicidad de las ventas de inmuebles oponible *erga omnes* sólo se puede garantizar a través de un poder público estatal, organizado administrativamente. Que la publicidad de las transmisiones de inmuebles estaba encaminada en esa dirección lo demuestra una constitución de los años 444 y 445, la Nov. 15,3, en la que el emperador Valentiniano III impone como condición para la firmeza del contrato (*firmitas contractus*) la inscripción pública en los registros de la curia de los contratos de ventas de inmuebles.

Pero en época de este emperador ya se había producido la desmembración del Imperio de Occidente, y durante su reinado (425-455) tuvo lugar la conquista de la provincia de África por los vándalos en el año 439, y también el definitivo abandono de *Britannia* en 446. También se había perdido gran parte de *Hispania* y *Gallia*, en las que se establecieron los bárbaros, y había sido saqueada *Sicilia* y las costas occidentales del Mediterráneo. Una reorganización administrativa del imperio romano era ya imposible.

4. MEDIDAS PARA LA MAYOR EFICACIA EN LA PROTECCIÓN DEL TERCERO EN DERECHO MEDIEVAL ESPAÑOL

Desde el inicio de la Edad Media –con la caída del Imperio Romano de Occidente– hasta nuestros días, sigue suscitándose, como no podía ser de otra manera, el conflicto *entre el titular y el tercero*, cuando alguien ha vendido una cosa de la que no es dueño o cuando ha vendido como libre de cargas una finca gravada. En esos casos se enfrentan dos intereses contrapuestos: a) el del dueño o titular del derecho limitado, que quiere hacer eficaz su derecho frente a todo tercero; y b) el del tercero, que quiere ser mantenido en su adquisición en todo caso, y no soportar cargas o derechos que no conoce.

En toda esta larga época, siguen vigentes las dos reglas que se han señalado al comienzo:

El principio general es que el que es legítimo titular del dominio o de un derecho real limitado lo puede hacer efectivo frente a cualquier tercero, sea de buena o de mala fe –es decir, sepa o no que el derecho no es realmente suyo–. Este principio es reflejado en el brocardo medieval *ubicumque res sit, pro domino suo clamat*.

La excepción es la protección del tercero. Esa protección se le dispensa de dos maneras:

- Dando información a todos los terceros sobre los cambios de propiedad o sobre la constitución de derechos reales limitados.
- Atribuyendo el derecho al tercero.

La atribución del derecho a terceros se produce por dos vías, una lenta y una rápida:

- la lenta es la usucapión, institución que continúa vigente en todo momento desde el Derecho Romano hasta nuestros días. Se acuña el brocardo *res habilis, titulus, fides, possessio, tempus* de manera que la buena fe sigue siendo un requisito esencial, hasta la promulgación, en que se da carta de naturaleza a la usucapión de mala fe, la usucapión extraordinaria, que exige 30 años de posesión ininterrumpida;

- la vía rápida es la adquisición inatacable –y automática– por parte del tercero, que recibe una regulación más completa y matizada cuando se trata del llamado *tercero hipotecario*, que corresponde ya a la etapa de creación del Registro de la Propiedad, y que han consagrado modernamente algunos Derechos nacionales –curiosamente, no por todos los Ordenamientos que cuentan con la institución del Registro–.

A lo largo de la Edad Media y la Edad Moderna, el medio más habitual de protección al tercero es la publicidad, que adopta muy diversas formas. A través de la publicidad se le informa –como se ha dicho– de los cambios de propiedad y de la constitución de Derechos reales, de manera que el tercero no caiga en el error de comprar a un no dueño, o compre como libre un inmueble gravado. La publicidad se convierte así en un principio que parece presidir los Ordenamientos españoles, y en esta línea resulta muy reveladora la regla que contiene el Fuero Viejo de Castilla, según la cual *ninguna ereditat se debe vender nin de noche nin de día a puertas cerradas*.

Antes de empezar con las formas concretas de publicidad quisiera decir algo sobre la tradición en esta larga época de la historia. La distinción romana entre *iusta causa* y *traditio* da lugar a la doctrina del *título y el modo* se acoge por todos los ordenamientos nacionales, pero cuando llega la época de la codificación, se escinde en tres: el camino francés –que elimina el modo–, el alemán –que desglosa el modo en dos elementos: acuerdo real (*Einigung*) e inscripción (*Eintragung*)– y el español –que espiritualiza o desmaterializa el modo, admitiendo una pluralidad de tradiciones simbólicas y fictas–.

¿Qué función tiene el modo en el Derecho español? Desde luego, no lo tiene publicitario: basta con pensar en formas de tradición tan ajenas a la publicidad como la tradición instrumental (la Ley del Notariado 1862 declara que el protocolo es secreto y regula con gran rigor el derecho a obtener copia), la tradición simbólica (entrega de las llaves del lugar o sitio...), la cuasi tradición simbólica (entrega de los títulos de pertenencia), el *constituto posesorio* (el dueño pasa a poseer en concepto distinto) o incluso la tradición consensual (“el sólo acuerdo o conformidad de las partes”). Se podría decir que la tradición o modo cumple hoy dos funciones:

- Una función de publicidad negativa. La utilidad de la tradición reside –más que en la toma de posesión por el adquirente– sobre todo en la *desposesión* del dueño. Se evita así que el que ya no es dueño (porque ha vendido) pueda dar apariencia de serlo, y pueda volver a vender.
- Fijar el momento de la adquisición. Como el contrato puede ser verbal (Ordenamiento de Alcalá de 1348, la ley única del título 16: *de cualquier modo que el hombre quiera obligarse, queda obligado*), no habría seguridad sobre cuándo se ha producido la traslación del dominio. Esta es la razón por la que la teoría de los riesgos atiende al momento de la entrega.

Esas diversas formas de publicidad que se suceden desde la Edad Media hasta nuestros días son las siguientes:

A. Los anuncios y pregones

Los anuncios o pregones son medios de hacer públicas las compraventas que aparecen recogidos en fueros locales de Castilla y Navarra. El modo concreto de hacer el anuncio o pregón varía según los Fueros:

- Anuncio colocado en un lugar público, como los atrios de las iglesias o las sedes de los ayuntamientos.
- Lectura durante el ofertorio de la misa mayor que se celebre los domingos en la iglesia parroquial (Fuero de Vizcaya).
- Pregón a son de campana y durante tres domingos consecutivos.
- En algún ocasión se dice que el pregón ha de hacerse acompañado de trompeta o campana, *cum tuba aut cum campana* (decreto de las Cortes de Alcañiz de 1436).

B. La robración o roboración de las compraventas

La palabra “roboración”, aunque ha caído completamente en desuso, sigue estando en el diccionario, en su última edición. Roborar es *dar fuerza y firmeza a algo*.

La robración es un medio de publicidad que está previsto en los Derechos locales medievales, especialmente en los Fueros de diversas poblaciones de Castilla y León.

La robración era una ratificación pública y solemne de las compraventas.

Vendedor y comprador volvían a reunirse, ahora en un lugar público, y ratificaban la venta efectuada. Decían hacerlo generalmente ante la iglesia, en domingo –o en otra festividad importante, como Navidad, Resurrección o Pentecostés–, antes o después de la misa. En algunos fueros de otro ámbito geográfico –el de Álava–, la robración no se hacía directamente ante el pueblo, sino ante testigos, que no tenían ninguna función concreta –como identificar a las partes–, sino que actuaban como representantes de la comunidad.

C. La insinuación

La palabra insinuación, en su acepción jurídica, ha desaparecido de la última edición del Diccionario (22^a), pero se conservaba aún en la anterior, (21^a, del año 1992). Era la “manifestación o presentación de un documento público ante Juez competente, para que éste interponga en él su autoridad y decreto judicial”.

La insinuación aparece en el Derecho real de la mitad occidental de España –aragonés, valenciano y mallorquín–, como un deber de presentar las escrituras al Juez (dentro del año siguiente a su otorgamiento), a fin de que éste tome razón de las escrituras en un libro o registro judicial.

En el Reino de Mallorca la insinuación produce –ya en la Baja Edad Media, y concretamente en los siglos XIV y XV– dos efectos drásticamente protectores del tercero adquirente:

1. Hecha la inscripción en el registro judicial, el tercero adquiriría de manera inatacable, de manera que no podía admitirse ya ninguna demanda de propiedad.
2. Hecha la toma de razón en el registro judicial, los titulares de derechos reales limitados tenían un plazo de 30 días para alegar y probar sus derechos.

- Si no comparecían y probaban, los derechos limitados se consideraban extinguidos.
- Si comparecían y probaban, conservaban sus derechos, que continuaban gravando la propiedad –propiedad que conservaba el adquirente–.

D. Libro de censos e hipotecas de 1539

A principios del siglo XVI las circunstancias económicas y sociales cambian en España radicalmente: ha terminado la Reconquista, después de casi ocho siglos de guerra –los que median entre el 711 y 1492– y empieza un periodo de prosperidad. El descubrimiento y la conquista de América traen a la Península una extraordinaria riqueza. Empieza a arraigar el negocio de banca y empieza la explotación racional de la agricultura. Todo ello trae consigo una circulación de la propiedad inmobiliaria que hasta entonces era desconocida.

En este contexto surge el Libro de Censos e Hipotecas, instaurado por la Pragmática de Carlos I de 1539, que es el antecedente remoto –pero directo– del actual Registro de la Propiedad.

Como esa evolución económica se produce simultáneamente en toda Europa, la necesidad de ese nuevo medio de publicidad se extiende a todo el continente: Decreto del dogo Andrea Gritti de 1523, Privilegio de Nápoles de 1536, Edicto de Enrique II de Francia de 1553.

El censo, que es un derecho real que hoy prácticamente ha desaparecido, ha sido muy habitual hasta finales del siglo XIX, por una razón muy clara: los particulares no conseguían reunir un capital suficiente bien para devolver un préstamo que habían recibido, bien para adquirir la propiedad de un inmueble.

- Es consignativo el censo (dice el art. 1.606 Cc) cuando el censatario impone sobre un inmueble de su propiedad el gravamen del canon o pensión que se obliga a pagar al censalista por el capital que de éste recibe en dinero.
- Es reservativo el censo (dice el art. 1.607 Cc) cuando una persona cede a otra el pleno dominio de un inmueble , reservándose el

derecho a percibir sobre el mismo inmueble una pensión anual que deba pagar el censatario.

El texto de la Pragmática –muy breve, porque es un solo párrafo–, se puede esquematizar en cuatro afirmaciones:

Utilidad de la publicidad: • “*Se excusarían muchos pleitos, sabiendo los que compran, los censos e hipotecas que tienen las casas y heredades, lo cual encubren y callan los vendedores*”.

Creación del libro: • “*Mandamos que en cada ciudad, villa o lugar donde hubiere cabeza de jurisdicción, haya una persona que tenga un libro, en que se registren todos los contratos*”.

Regla de inoponibilidad: • “*No registrándose [los contratos] dentro de seis días después que fueren hechos, no hagan fe, ni se juzguen conforme a ellos, ni sea obligado a cosa alguna ningún tercer poseedor*”.

Publicidad formal: • “*Que el tal registro no se muestre a ninguna persona, sino que el registrador pueda dar fe si hay algún censo o hipoteca, a pedimento del vendedor*”.

E. La Contaduría de Hipotecas de 1768

En el siglo XVIII, la propiedad inmobiliaria experimenta una segunda liberalización: el viejo orden agrario se descompone, empieza la “lucha por la tierra” entre municipios y señores, entre señores y vasallos, entre propietarios y jornaleros, incluso entre grandes terratenientes anclados en el antiguo régimen y grandes terratenientes reformistas ilustrados. En el caso español se producen, además, dos fenómenos que movilizan la tierra: las *colonizaciones* y los *repartimientos*.

La existencia de tierras absolutamente despobladas y por tanto carentes de cultivo movió a los políticos ilustrados –especialmente a Pablo de Olavide– a adjudicar terrenos a colonos españoles y extranjeros que se agruparan para formar poblaciones: así sucedió especialmente en las comarcas andaluzas próximas a Sierra Morena (La Carolina, La Luisiana, La Fernandina, La Isabela...). Las colonizaciones de mediados del XVIII tienen algún antecedente de principios de siglo, como el pueblo de Nuevo Baztán.

El aumento de la pobreza entre los vecinos de algunas comarcas movió a los políticos ilustrados –generalmente de carácter local, como los Corregidores– a repartir las tierras municipales fértiles entre las que se llamaban “clases menesterosas”, empezando las adjudicaciones por los más pobres y siguiendo por los demás. Los repartimientos se produjeron en mayor número en Extremadura, en Andalucía y en Murcia.

Esta evolución de la propiedad se produce a la vez en toda Europa, y de ahí que el nuevo y más preciso instrumento de propiedad se instaure a la vez en toda Europa: Pragmática española de 1768, Ley hipotecaria prusiana de 1783, Ley francesa de 1795.

La Contaduría estaba destinada exclusivamente a los adquirentes –a los terceros–; la norma básica de la Real Pragmática es la 5ª: “*no cumpliendo con la toma de razón [...] no se entienden gravadas las fincas*”. No hay, sin embargo, ninguna norma de especial protección del propietario una vez realizada la adquisición. Esto explica que las Contadurías se llenaran de censos consignativos y reservativos y de hipotecas, y no contuvieran explícitas declaraciones de dominio.

F. El Registro de la Propiedad, creado por la LH 8 febrero de 1861

En la segunda mitad del siglo XIX se produce una tercera liberalización de la propiedad: en toda Europa desaparecen las vinculaciones, los mayorazgos, los censos irredimibles; con mayor o menor violencia, toda la propiedad europea se desamortiza.

En España, esa liberalización general de la propiedad que tiene lugar en todo el continente en la segunda mitad del siglo XIX, se acentúa por tres impulsos: la desamortización, el Ensanche y la creación del Banco Hipotecario. El primero –cronológicamente– es la *desamortización*, que fue un largo proceso que comenzó en 1797 y culminó en los años inmediatamente posteriores a la revolución de 1868 –aunque fue más espectacular la desamortización eclesiástica y la señorial, la importancia cuantitativa de la desamortización comunal, centrada en el año 1855, fue mayor³–; el segundo es el *Ensanche* de las ciudades, que en algunas de

³ El alcance jurídico de las tres desamortizaciones fue muy distinto. La desamortización eclesiástica fue una incautación: los bienes de la Iglesia se declararon “bienes nacionales” y

ellas, como Barcelona y Madrid (cuyos ensanches fueron aprobados en 1860) sacó al mercado miles de hectáreas de suelo urbano –2.000, en el caso de Madrid–; y el tercero fue la *creación del Banco Hipotecario* (1872), que al facilitar el crédito territorial, permitió a los adquirentes pagar el precio íntegro de la compra y liberarse de la vieja fórmula del censo reservativo, que les obligaba a pagar, indefinidamente, una renta anual.

Es tercera liberalización se produce simultáneamente en toda Europa, y eso hace que sean de la misma época las leyes que crean el registro: Ley hipotecaria española de 1861, Ordenanza Inmobiliaria Alemana de 1897 (*Grundbuchordnung*), Ley francesa de 1855.

El Registro, como puso de relieve Victor Ehrenberg en un célebre trabajo publicado en 1903 en los *Ihering Jahrbücher*, y titulado *Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit, mit besonderer Rücksicht auf das Handelsregister*, es un instrumento de equilibrio entre los intereses del titular y del tercero. Porque, en efecto, una cosa es la seguridad del derecho y otra la seguridad del tráfico, que están en contraposición, contraposición que es la misma que existe entre los intereses del titular y los del tercero.

La gran novedad que introduce la LH frente a los medios de publicidad anteriores consiste en que el Registro se presume exacto (art. 38) e íntegro (arts. 32 y 34).

Los terceros pueden confiar: en *lo que el Registro dice* y en *lo que el Registro no dice*. Lo que no dice puede ser: causas de resolución o nulidad; derechos no inscritos.

El otro gran modelo de Registro que hay en Europa es el Francés (y buena parte de Hispanoamérica), que es íntegro pero no es exacto.

La publicidad es hoy, en nuestros días, cognoscibilidad. No se puede ir más allá, y tratar de que la gente tenga un conocimiento efectivo, como pretendía la *mancipatio* en el Derecho Romano o los pregones en la Edad Media. Se han hecho sin embargo, en el siglo XX, intentos de

se sacaron a subasta; los bienes de los Municipios se sacaron a subasta, simplemente; y los bienes de la nobleza, ni eso: simplemente se declararon enajenables; de aquí que los nobles vieran la desamortización sin inquietud –el único efecto que les produjo fue revalorizar sus bienes–.

conocimiento efectivo, como el Boletín Oficial del Registro Mercantil, o la *Tinglingliste* del Derecho danés.

Hoy no se puede ir más allá del acceso informático, desde cualquier ordenador personal, a la información de los inmuebles.

LA INAPLICABILIDAD DE LAS LEYES: SUPUESTOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

PILAR CASCALES ANGOSTO
Académico Correspondiente R.A.J y L

Resumen: En este trabajo trataremos de ver por qué en la actualidad se presenta cada vez con más frecuencia el fenómeno de leyes que nacen ya inaplicables dentro del ordenamiento jurídico, bien por defectos tanto formales como materiales, bien por otras razones y que está dañando grandemente a la seguridad jurídica.

Examinaremos todo el proceso de la elaboración normativa, el estudio de su eficacia, eficiencia y efectividad, la implementación en la sociedad, el procedimiento legislativo, para tratar de dilucidar cual es el origen de la problemática que como resultado causa su inaplicabilidad.

Palabras clave: La Ley. Elaboración de las leyes: Fase previa. Procedimiento legislativo. La inaplicabilidad de las leyes. Supuestos de inconstitucionalidad. Responsabilidad Patrimonial del Estado-Legislador

Abstract: In this work we will try to see why at the present the phenomenon of laws appears every time with more frequency, that are borned either already inapplicable within the legal ordering, due to defects as much of form as material, or for other reasons and that it's damaging greatly to the legal security.

We will examine all the process of the normative elaboration, the study of its effectiveness, and efficiency, the implementation in the society, the legislative procedure, to try to explain what is the origin of the problematic one that like as result causes its inapplicability.

Keywords: The Law. Elaboration of the Laws: Previous Phase. Legislative Procedure. The inapplicability of the Laws. Supposed of Unconstitutionality. Patrimonial responsibility of the Legislative State.

I. LA LEY

Definición: La clásica definición de ley “lex” se debe a Tomás de Aquino en su *Summa Theologica* al concebirla como “*quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet promulgata*” “*La ordenación de la razón dirigida al bien común dictada por el que tiene a su cargo el cuidado de la comunidad y solemnemente promulgada*”.

Características: Generalidad, obligatoriedad, coercitividad, permanencia, abstracta e impersonal.

Una norma es eficaz cuando crea una relación entre un acto humano y la norma, y ésta puede aplicarse.

Desde el punto de vista sociológico, las normas son eficaces y aplicables si son observadas, conocidas y cumplidas.

Desde el punto de vista jurídico, la aplicabilidad de la norma viene dada por su validez, legitimidad y eficacia.

Una norma jurídica es aplicable, cuando regula un caso dado y que dicha norma pertenezca al “Ordenamiento Jurídico” (es condición necesaria y suficiente). Lo lógico y racional es que toda norma emanada del legislativo fuera aplicable dado los análisis, estudios y controles por los que tiene que pasar a lo largo del proceso de la elaboración de las Leyes.

Para poder dar una opinión sobre la problemática de la inconstitucionalidad de las leyes o que siendo constitucionales son inaplicables, vamos a examinar someramente el recorrido que se realiza en la elaboración de una LEY.

La elaboración de las Leyes

Podemos distinguir dos fases:

A) La fase previa en la que la idea de la norma **nace, se configura y se hace**, y

B) El procedimiento legislativo propiamente dicho en la que la norma **se comunica, se debate, se presiona, se consensúa, y se aprueba o se rechaza la ley**.

A) Fase Previa

Es la más desconocida, es el procedimiento interno de la elaboración de la norma o Metodica legislativa, perteneciente a la Ciencia de la Legislación y que tiene como fin principal el analizar la forma y el contenido de la Norma, la estudia desde diferentes aspectos y de distintas ramas de las ciencias: económicas, políticas, sociológicas, administrativas, lingüísticas, etc. El objetivo es conseguir una legislación clara, eficaz y sobre todo que pueda aplicarse.

Esta fase se encuentra reglamentada por la Resolución de 28 de julio de 2005 por la que se aprueban las **Directrices de técnica normativa**, quedando derogado el anterior Acuerdo del Consejo de Ministros, de 18 de octubre de 1991.

La elaboración de la ley comienza desde el momento en que surge la necesidad social de la creación de una norma o bien la modificación o ampliación de otra ya existente por nuevas situaciones o hechos a regular, iniciándose con "la toma de decisión".

Hay que tener presente:

El objetivo a regular, ha de ser necesario, factible, viable y aplicable.

Estudio de un análisis sobre la **factibilidad** de la norma y **aplicabilidad** de la misma. Siendo la norma factible y aplicable hemos de tener en cuenta tres factores de gran importancia para conseguir los fines previstos, son la eficacia, eficiencia y efectividad¹.

La eficacia consiste en la capacidad de lograr el resultado buscado. No se limita el gasto que se pueda generar para conseguir el fin deseado, relaciona los objetivos propuestos con los resultados en condiciones ideales sin limitación de los recursos necesarios en su obtención.

¹ BOUZA SUÁREZ, Alejandro. *Reflexiones acerca del uso de los conceptos de eficiencia, eficacia y efectividad en el sector salud*. Revista cubana de Salud Pública, 2000, pp. 50-56.

Ratio de Eficacia = objetivos / resultados a condiciones ideales

Es decir, la consecución de forma organizada y ordenada encaminada al cumplimiento de los objetivos previstos.

La eficiencia es la capacidad de disponer de unos recursos (coste de factores humanos, materiales y tiempo) para lograr un fin u objetivo determinado. Es decir, la asignación óptima de los medios empleados a la consecución del objetivo previsto. Relaciona los recursos o actividades utilizadas con los resultados obtenidos en condiciones reales.

Ratio de Eficiencia = recursos / resultados a condiciones reales

Persigue que se cumplan los objetivos o fines, al menor coste y tiempo posible, o bien, fijados los límites de los recursos disponibles, obtener el máximo cumplimiento de los objetivos.

La efectividad es el logro de los resultados deseados y la realización de sus funciones, puede cuantificarse el grado de consecución de los resultados. Para medirla se contrasta el objetivo establecido o previsto con el grado de cumplimiento. Relaciona los objetivos con los resultados obtenidos en condiciones reales. Interrelaciona eficacia con eficiencia.

Ratio de Efectividad = Objetivos / resultados a condiciones reales

Tiende a que el cumplimiento de los objetivos planteados alcance el 100% integrando eficacia y eficiencia, consiguiendo de este modo el equilibrio entre la capacidad de lograr el objetivo previsto y la capacidad de disponer los recursos necesarios al menor coste posible.

Posibilidades que pueden darse².

Eficacia baja – Eficiencia alta:

Administra bien los recursos pero no llega a los objetivos

Resultado: muy eficiente – poco eficaz

Eficacia baja – Eficiencia baja:

No administra bien los recursos ni llega a los objetivos

Resultado: poco eficiente – poco eficaz

Eficacia alta – Eficiencia alta:

Administra bien los recursos y llega a los objetivos

Resultado: muy eficiente – muy eficaz

² REYNALDO AYUSO, Alberto. *Eficacia y Eficiencia*. Buenos Aires. 1998.

Eficacia alta – Eficiencia baja:

Alcanza los objetivos sin medir los recursos

Resultado: poco eficiente – muy eficaz

La diferencia entre los tres términos la vemos claramente por medio de un ejemplo práctico. Al final de los años 90 se llegó a la conclusión de que había que dotar a los colegios públicos de aulas de informática, era necesario que los alumnos salieran conociendo el campo de esta ciencia y saber como utilizarla. Se hizo un cálculo del coste que podría representar la dotación de una serie de ordenadores por colegio. Si se aplicaba la vía de la EFICACIA, ésta consistía en la adquisición de los ordenadores de altas prestaciones cuyo precio era muy elevado. Si se optaba por la vía de la EFICIENCIA se llegaba a la conclusión que no eran necesarios los ordenadores de alta gama y que con los de prestaciones más bajas era suficiente para la enseñanza de alumnos de 3 a 16 años con lo cual el coste era notablemente bastante más reducido y la EFECTIVIDAD resultaba ser tan óptima con los ordenadores adquiridos por la vía de la EFICACIA como los obtenidos por la vía de la EFICIENCIA. Es clara y evidente la vía de elección. De la misma forma pueden trasladarse estos conceptos al estudio de las normas jurídicas.

Es de gran importancia y no se puede omitir, por tanto, el estudio del cálculo del **coste de la puesta en práctica o implementación** de la norma así como los **instrumentos** con los que se cuenta para su puesta en práctica y el **coste de la publicidad** necesaria y suficiente para darse a conocer.

Además, es necesario un **estudio sociológico** sobre los efectos que puede producir en la sociedad al ser aprobada la norma y los perjuicios injustos que pudiera producir la ley.

Y por último, el **enunciado lingüístico** de la norma, es decir, la redacción de la misma, ésta ha de ser clara, concisa, inteligible y sin ambigüedades, dando lugar así a un verdadero acto de comunicación.

Completado el Anteproyecto de Ley y adjuntando una Memoria que recoja los términos de su realización, se presenta al Consejo de Ministros que lo pone en conocimiento de todos los Departamentos ministeriales, discusión y aprobación.

Aprobado por el Consejo de Ministros y transformado ya en Proyecto de Ley se remite al Congreso de Diputados junto con la Memoria y una Exposición de Motivos.

Admitido a trámite por la Mesa de la Cámara y ordenando su publicación, se da comienzo al Procedimiento Legislativo.

B) Procedimiento legislativo.

Se encuentra regulado en:

- Constitución de 1978, Ley básica fundamental y Norma suprema, art. 81 a 92,
- Reglamento del Congreso de los Diputados de 10-02-82, art.108 a 150,
- Reglamento del Senado de 3-05-94, art.104 a 151, comienza con la INICIATIVA LEGISLATIVA (art. 87 CE), como:
- Proyecto de Ley (iniciativa gubernamental).(art. 88 CE – 109 RC)
- Proyecto Legislativo especial (Ley Orgánica) (81 CE – 130 RC)
- Proyecto de Ley de Presupuestos. (preferencia en tramitación) (133 RC)
- Proposición de Ley (iniciativa parlamentaria) (art. 89 CE - 124 RC)
- Congreso de Diputados: 15 Diputados o Grupo parlamentario.
- Senado: 25 Senadores o Grupo parlamentario.
- Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. (pueden también solicitar al Gobierno la adopción de Proyecto de Ley)
- Iniciativa Popular (500.000 firmas)
- Disposiciones del Gobierno con fuerza de Ley (Real Decreto Ley) (86 CE – 151 RC)
- Delegación Legislativa (Real Decreto-Legislativo) (82 CE)

Estas diferentes normas, antes de ser aprobadas definitivamente, en su tramitación son examinadas por la Mesa del Congreso, fases de presentación de enmiendas, debates en Comisión y en Pleno, dictámenes, deli-

beración en Comisión y en el Pleno, votaciones. Una vez aprobadas en el Congreso de Diputados se da traslado al Senado donde su tramitación es también bastante exhaustiva y puede ser vetada. Vuelve al Congreso y tras ser aprobada, quedan los últimos trámites, son los tres requisitos externos (91 CE):

La Sanción Real, como Jefe de Estado, refrendada por el presidente de Gobierno,

La promulgación (orden de publicación) y

Publicación (inserción en el BOE).

Tan exhaustiva es la tramitación que, en el transcurso del proceso legislativo en ambas Cámaras llegan a producirse 10 publicaciones sobre la misma norma

Todo este proceso legislativo tanto la primera como la segunda fase, se realiza o debiera realizarse, controlarse y dirigirse por personal altamente cualificado para evitar errores y vicios.³

En toda la tramitación, cuenta con Altos Órganos consultivos como son:

- El Consejo de Estado, supremo órgano consultivo del Estado (art. 107 CE), está regulado por la LO 3/1980 de 22 de abril, modificada por la LO 3/2004 de 28 de diciembre y su Reglamento aprobado por el RD 1674/1984, de 18 de julio.
- El Consejo Económico y Social, previsto en el artículo 131.2 de la CE, en materia socioeconómica y laboral. Se rige por la L 21/1991, de 17 de junio, y su Reglamento aprobado en 25 de febrero de 1993.
- Órganos Consultivos en las Comunidades Autónomas.
- Órganos Consultivos Sectoriales, etc.

II. LA INAPLICABILIDAD DE LAS LEYES: SUS CAUSAS

En la actualidad, como hemos indicado anteriormente, cada vez se presenta con más frecuencia, la gran problemática de la promulgación

³ Ver Anexo I.

de leyes que resultan ser inaplicables. Las causas pueden ser diversas, las principales las hemos agrupado de la siguiente forma:

A - Por defectos formales.

B - Por defectos materiales:

- 1.- Por tiempo-validez (vacatio legis).
- 2.- Por falta de cobertura económica para su puesta en práctica.
- 3.- Por incompatibilidad horizontal (colisión entre leyes de igual rango).
- 4.- Por incompatibilidad vertical (colisión con leyes de diferente rango).
- 5.- Por inconstitucionalidad.

A.- Los **defectos formales** son aquellos en que los requisitos para la elaboración de la norma no están conformes al procedimiento establecido. Los defectos formales pueden ser subsanados, ahora bien, pueden ser invalidadas las normas cuando el vicio afecta al proceso de integración de la voluntad de la Cámara al constituir una violación a los principios democráticos.

B.- Los **defectos materiales** se refieren al contenido aportado en la norma, que serán inaplicables entre otros casos, por incompatibilidad, inconstitucionalidad, etc.

1.- La inaplicabilidad por **tiempo-validez**, incluida en este grupo aunque su inaplicabilidad no se debe a defecto material porque se produce en las leyes promulgadas pero que se encuentran en el período de vacatio legis, estas leyes pertenecen al “ordenamiento jurídico” pero su vigencia y aplicabilidad vendrá dada cuando alcance la fecha prescrita en la norma. En el caso de que fuera “ley penal” y resultare más benigna que la que se encuentra vigente en ese período, sería aplicable por el principio de retroactividad de norma más favorable, a menos que en su articulado se impidiera la aplicación de dicho principio.

2.- **La falta de la estimación económica y cobertura insuficiente para su puesta en práctica o implementación.** Es un caso que causa un grave daño a la seguridad jurídica y credibilidad en nuestro ordenamiento jurídico, son leyes que se promulgan atropelladamente, por presiones o por oportunismo en tiempo de elecciones sin tener cobertura económica ni financiera para ponerlas en práctica, ni dotadas de la publicidad oportuna y necesaria para su conocimiento y difusión. Por tanto, resultarán

inaplicables tanto en cuanto no se consiga una financiación suficiente y acorde con los resultados que se quieren obtener.

3.- **La incompatibilidad horizontal** (colisión con otras leyes de igual rango) se nos presenta cuando una norma que puede ser aplicable en un caso dado, surge su inaplicabilidad al ser utilizada en otro caso por entrar en conflicto con una norma de igual rango pero de contenido especial, la especialidad prima sobre la generalidad de forma que en el campo donde entran en colisión ambas normas resultará inaplicable la norma general a favor de la norma especial por el principio de “*lex specialis derogat legi generali*”.

Lo mismo ocurre cuando entran en conflicto ciertos artículos de dos leyes de igual rango, en este caso se aplica el principio de “*lex posterior derogat legi priori*” quedando inaplicada la ley anterior en el tiempo.

4.- **La incompatibilidad vertical** (entre leyes de diferente rango) Las normas son legítimas cuando son elaboradas, formal y materialmente acordes con las normas y principios constitucionales. La legitimidad de la norma proviene de una situación jerárquica, la ley superior legitima y da validez a una ley de rango inferior, es decir la legitima por un principio de compatibilidad vertical. En el caso que la ley inferior no estuviera de acuerdo con una norma de rango superior, por el principio de “*lex superior derogat legi inferiori*” produciría inaplicación de la norma por **incompatibilidad vertical**.

5.- Si el conflicto es entre los principios constitucionales y las normas, estas últimas serán inaplicables por **inconstitucionalidad**.

III. LAS LEYES INCONSTITUCIONALES

La Constitución, en el “ordenamiento Jurídico” se sitúa como vértice de la pirámide de la jerarquía de las normas, es la “norma suprema” y primera fuente formal del Derecho, confiere legitimidad y validez a todo el “ordenamiento jurídico”. Por lo tanto, aquellas normas jurídicas que desvíen su contenido de los principios constitucionales, serán **inconstitucionales** y declaradas nulas y por tanto, inaplicables e ineficaces desde el punto de vista jurídico.

Hemos de tener en cuenta varios hechos de gran importancia ocurridos en nuestra nación y que hicieron variar a nuestro ordenamiento jurídico:

1º.- El primer hecho se produce con la aprobación de la Constitución española de 1978, norma suprema a la que tiene que estar sometido todo el ordenamiento jurídico. El gran problema surge con las normas que componían, en aquella fecha, nuestro ordenamiento jurídico, fueron éstas elaboradas y promulgadas bajo una situación preconstitucional, por lo que todo el sistema jurídico hubo que estudiarlo, enjuiciarlo y adaptarlo a las normas constitucionales, ya que, por el principio de jerarquía, todos los artículos o leyes contrarios a los preceptos constitucionales devienen como inconstitucionales declarándose nulos.

2º.- De acuerdo con las normas constitucionales, varía la configuración del Estado, de un Estado centralizado se pasa al Estado de 17 Autonomías y 2 Ciudades Autónomas, con sus Estatutos y sus competencias descentralizadas y todas reguladas por leyes. Se promulgaron numerosas leyes, muchas de ellas con gran urgencia en su elaboración y aprobación.

3º.- El 12 de junio de 1985 se firma la adhesión de España a la Comunidad Económica Europea, (hoy UE) entrando en vigor el 1 de enero de 1986, nuevamente hubo de adaptar nuestro vapuleado “ordenamiento jurídico” esta vez a las directrices comunitarias.

Estos tres hechos hicieron que, en muy corto espacio de tiempo, se tratara de actualizar todo el sistema jurídico en que se asentaba nuestra sociedad teniendo que crear nuevas normas y adaptar y acomodar las existentes a las nuevas situaciones que se fueron presentando. Fueron años de enorme actividad legislativa. La inercia de dicha hiperactividad legislativa siguió y seguimos con este fenómeno de proliferación de leyes. Un ejemplo claro de la realidad del problema que exponemos lo tenemos en que desde la legislatura constituyente hasta el 31 de diciembre de 2008 se han promulgado:

- 275 Leyes Orgánicas.
- 1.302 Leyes ordinarias.
- 403 Real Decreto Ley.
- 52 Real Decreto Legislativo.

con un total de 2.032 normas con rango de ley, y además las normas emanadas de la potestad reglamentaria de las administraciones públicas⁴.

Esta proliferación normativa continúa, la cantidad de normas que se promulgan, la urgencia en la elaboración y las materias sobre las que se legisla puede ser la razón para el descontrol que se está produciendo en nuestro ordenamiento jurídico. Las prisas en la elaboración de leyes no suelen generar resultados positivos. Se crean leyes contradictorias con otras ya existentes, normas que entran en colisión con normativa de competencia Autonómica o al contrario, normas que se aprueban sin cobertura financiera para ser puestas en práctica, como es la Ley de Violencia de Género, o la Ley de Dependencia, leyes que se aprueban o se intentan aprobar sabiendo que son presumiblemente inconstitucionales, por presiones o promesas electorales, como ocurre con la polémica y discutida “ley del aborto” que presuntamente infringe artículos de la Constitución Española y principios de Derecho Natural, el Estatuto catalán, también contrario a los principios constitucionales, etc.

Las normas se crean y se aprueban pero su vigencia es efímera. En poco tiempo ha de ser corregida y reformada. Como ejemplos tenemos:

- el **Reglamento del Congreso de Diputados** de 24 de febrero de 1982 tiene 7 modificaciones (1993, 1994, 1996, 2000, 2001, 2004 y 2008);
- el **Reglamento del Senado**, Texto Refundido de 3 de mayo de 1994 (que derogó el Reglamento de 26 de mayo de 1982 con dos modificaciones: 1992 y 1993) tiene además en la actualidad 11 reformas (1995, 3 en el 2000, 2001, 2 en el 2004, 2005, 2006, 2007 y 2008),
- **la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional**, LO 2/1979, de 3 de octubre, tiene 6 reformas, por las LO de 1984, 1985, 1988, 1999, 2000 y 2007, etc. etc.

No hay que olvidar que el art. 6.1 del Código civil dice:

“la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento”

⁴ Ver Anexo II.

y como decía Eduardo García Enterría, “*suenan casi como un sarcasmo, pues no hay persona alguna, incluyendo a los juristas más cualificados que pueda pretender hoy conocer una minúscula fracción de esta marea inundatoria e incesante de Leyes y Reglamentos, entre cuyas complejas mallas hemos, no obstante, de vivir*”⁵.

IV. PROCEDIMIENTOS PARA DECLARAR UNA NORMA INCONSTITUCIONAL

Los procedimientos para declarar una norma inconstitucional podrán iniciarse como:

- Recurso de inconstitucionalidad (art. 31 a 34 a.i. LO 2/79 de 3-10, del TC) y
- Cuestión de inconstitucionalidad. (art. 35 a 37 a.i. LO del TC)

En su artículo 27 de la LO del TC sobre los procedimientos de inconstitucionalidad dispone que mediante estos procedimientos, el Tribunal Constitucional garantiza la primacía de la Constitución y enjuicia la conformidad o disconformidad con ella de las Leyes, disposiciones o actos impugnados.

Asimismo tenemos dos instituciones más para la declaración de inconstitucionalidad de una norma con fuerza de ley:

- Las Autocuestiones de inconstitucionalidad (art. 55.2 y 75 quince.6 de la LO de TC)

Antes de pasar a detallar cada mecanismo de control de constitucionalidad de las normas con fuerza de ley es interesante conocer la cuantificación de asuntos ingresados en el Alto Tribunal.

Según datos estadísticos aportados por el Tribunal Constitucional sobre el número de asuntos ingresados desde su constitución hasta el 31-12-2008 tenemos: ⁶

- recursos de inconstitucionalidad → 827 (Recurso directo).

⁵ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio. *Sobre la Proliferación Legislativa*. Artículo en ABC de 17-11-2003 v f.

⁶ Ver Anexo III.

- cuestiones de inconstitucionalidad. → 2.115 (Recurso indirecto).
- recursos de amparo → 131.024 (autocuestión de inconst).

a) Recurso de inconstitucionalidad.-

La Constitución prevé el recurso de inconstitucionalidad de carácter directo y abstracto (art. 161.1.a) y se encuentra regulado en la LO 2/1979, de 3 octubre del TC en sus art.31 a 34.

El art. 31 dice:

“El recurso de inconstitucionalidad contra las leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley podrá promoverse a partir de su publicación”.

quedando suprimido el “recurso previo de inconstitucionalidad” por la modificación introducida por LO 4/1985, de 7 de junio. Enjuicia la conformidad de las normas con la Constitución. Controla los Estatutos de autonomía, las Leyes, los Reales Decretos, Tratados Internacionales, los Reglamentos de las Cámaras.

Están legitimados para la interposición: el Presidente del Gobierno, el defensor del pueblo, 50 diputados, o 50 senadores. Cuando se trate de actos de las Comunidades Autónomas podrá interponer el recurso el órgano ejecutivo de la Comunidad Autónoma o la Asamblea.

La admisión de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad no suspenderá la vigencia ni la aplicación de la Ley. Si se desestimase el recurso por defectos de forma podrá presentarse de nuevo.

En su art. 34 dispone:

“Uno. Admitida a tramite la demanda, el Tribunal Constitucional dará traslado de la misma al Congreso de los Diputados y al Senado por conducto de sus presidentes, al Gobierno por conducto del Ministerio de Justicia y, en caso de que el objeto del recurso fuera una Ley o disposición con fuerza de Ley dictada por una Comunidad Autónoma, a los órganos legislativo y ejecutivo de la misma a fin de que puedan personarse en el procedimiento y formular las alegaciones que estimaren oportunas.

Dos. La personación y la formulación de alegaciones deberán hacerse en el plazo de quince días, transcurrido el cual el Tribunal dictará sentencia en el de diez, salvo que, mediante resolución motivada, el propio Tribunal estime necesario un plazo más amplio que, en ningún caso, podrá exceder de treinta días”.

b) Cuestión de inconstitucionalidad.-

Es otro procedimiento de inconstitucionalidad que dispone el Tribunal Constitucional. Es de carácter indirecto.

El art. 163 de la Constitución se pronuncia y en idénticos términos se expresa la LO del TC en su art. 35.1 que dice:

“Cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley”.

La Cuestión de Inconstitucionalidad se sustanciará de acuerdo con lo prescrito en los art. 35 a 38 de la LO del TC.

El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, y deberá concretar la Ley o norma con fuerza de Ley cuya constitucionalidad se cuestiona, y especificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión. El órgano judicial oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de 10 días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, seguidamente y sin más trámite, el juez resolverá en el plazo de tres días. Dicho auto no será susceptible de recurso de ninguna clase. No obstante, la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser intentada de nuevo en las sucesivas instancias en tanto no se llegue a sentencia firme.

El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad originará la **suspensión provisional de las actuaciones en el proceso judicial** hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión.

Producida ésta, el proceso judicial permanecerá suspendido hasta que el Tribunal Constitucional resuelva definitivamente sobre la cuestión.

El órgano judicial elevará al Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad junto con testimonio de los autos principales y de las alegaciones previstas en el artículo anterior, si las hubiere.

Recibidas en el Tribunal Constitucional las actuaciones, el procedimiento se substanciará por los trámites: Publicada en el *Boletín Oficial del Estado* la admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad, quienes sean parte en el procedimiento judicial podrán personarse ante el Tribunal Constitucional dentro de los 15 días siguientes a su publicación, para formular alegaciones, en el plazo de otros 15 días. No obstante, podrá el Tribunal rechazar, en trámite de admisión, mediante auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, la cuestión de inconstitucionalidad cuando faltaren las condiciones procesales o fuere notoriamente infundada la cuestión suscitada. Esta decisión será motivada.

El Tribunal Constitucional dará traslado de la cuestión al Congreso de los Diputados y al Senado por conducto de sus Presidentes, al Fiscal General del Estado, al Gobierno por conducto del Ministerio de Justicia, y, en caso de afectar a una Ley o a otra disposición normativa con fuerza de Ley dictadas por una Comunidad Autónoma, a los órganos legislativo y ejecutivo de la misma, todos los cuales podrán personarse y formular alegaciones sobre la cuestión planteada en el plazo común improrrogable de quince días.

Concluido los trámites, el Tribunal dictará sentencia en el plazo de quince días, salvo que estime necesario, mediante resolución motivada, un plazo más amplio, que no podrá exceder de treinta días.

La aplicación de la Cuestión de Inconstitucionalidad es el procedimiento más utilizado debido al problema de las leyes preconstitucionales al proclamarse la Constitución española en 1978.

c) Autocuestiones de inconstitucionalidad o Cuestiones internas de inconstitucionalidad.

Son dos instituciones por las que se permite al propio Tribunal Constitucional plantear la inconstitucionalidad de una ley de acuerdo con lo prescrito en los artículos:

- 55.2 del Título III. Del Recurso de Amparo, Capítulo III, De la Resolución de los recursos de amparo constitucional y sus efectos, y
- 75 quince.6 del Título IV. De los conflictos Constitucionales, Capítulo IV. De los conflictos en defensa de la Autonomía Local.

En el primer caso tenemos que para la interposición de un recurso de amparo es necesario cumplir unos requisitos que claramente se expresan en el artículo 42 de la LOTC en el que dice:

“Las decisiones o actos sin valor de Ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, o de sus órganos, que violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, podrán ser recurridos dentro del plazo de tres meses desde que, con arreglo a las normas internas de las Cámaras y Asambleas, sean firmes”.

En dicho artículo se escribe taxativamente *Las decisiones o actos sin valor de Ley*, pero la LOTC prevé plantear la inconstitucionalidad en el caso de un recurso de amparo interpuesto por violación de derechos fundamentales y libertades públicas si el origen de la violación es motivado por la aplicación de una norma con fuerza de ley al amparo del artículo 55.2 de la LOTC que establece:

Dos. En el supuesto de que el recurso de amparo debiera ser estimado porque, a juicio de la Sala o, en su caso, la Sección, la Ley aplicada lesione derechos fundamentales o libertades públicas, se elevará la cuestión al Pleno con suspensión del plazo para dictar sentencia, de conformidad con lo prevenido en los artículos 35 y siguientes.

Este artículo fue modificado por la LO 6/2007, de 24 de mayo, y en su Exposición de motivos III, párrafo 4º dice:

“Otra novedad significativa se encuentra en la introducción de una nueva regulación de la cuestión interna de constitucionalidad para los casos en los que la estimación del amparo traiga causa de la aplicación de una ley lesiva de derechos o libertades públicas. En tales supuestos la nueva regulación ordena elevar la cuestión al Pleno con suspensión del plazo para dictar sentencia de amparo, de manera que la cuestión de inconstitucionalidad se resolverá

por el Pleno en ulterior sentencia de conformidad con lo previsto en los artículos 35 y siguientes de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre”.

La incidencia de la autocuestión de inconstitucionalidad es mínima pues dado el número de recursos de amparo presentados **131.024**, desde 1980 hasta el 31 de diciembre de 2008, y las autocuestiones promovidas, **17**, resulta ser de un 1,30 procesos por cada 10.000 recursos de amparo

El 2º caso de autocuestión está regulada en el artículo 75.quinque.6 del Título IV. De los conflictos Constitucionales, Capítulo IV. De los conflictos en defensa de la Autonomía Local tenemos:

75 quinque.6.

La declaración, en su caso, de inconstitucionalidad de la ley que haya dado lugar al conflicto requerirá nueva sentencia si el Pleno decide plantearse la cuestión tras la resolución del conflicto declarando que ha habido vulneración de la autonomía local. La cuestión se sustanciará por el procedimiento establecido en los artículos 37 y concordantes y tendrá los efectos ordinarios previstos en los artículos 38 y siguientes.

En la actualidad no podemos calcular ningún porcentaje porque aún no ha habido, en esta clase de autocuestiones, alguna resolución mediante sentencia por vulneración de la autonomía local.

La Sentencia en Procedimientos de inconstitucionalidad

(art 38 a 40 LO del TC).

Las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los poderes públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el *BOE*.

Las sentencias desestimatorias impedirán cualquier planteamiento ulterior de la cuestión por cualquiera de las dos vías, fundado en la misma infracción de idéntico precepto constitucional.

Si se tratare de sentencias recaídas en cuestiones de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional lo comunicará inmediatamente al órgano judicial competente para la decisión del proceso. Dicho órgano notificará la sentencia constitucional a las partes. El Juez o Tribunal quedará vin-

culado desde que tuviere conocimiento de la sentencia constitucional y las partes desde el momento en que sean notificadas.

Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, a los que deba extenderse por conexión o consecuencia.

El Tribunal Constitucional podrá fundar la declaración de inconstitucionalidad en la infracción de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en el curso del proceso.

Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad.

Leyes enjuiciadas por el Tribunal Constitucional.

Según datos facilitados por el Tribunal Constitucional, en su “índice 1” recoge las Leyes enjuiciadas por el alto Tribunal en el **período 1980-2006**, de ellas está sin depurar el período 1980-1990, en breve estará completado y publicado dicho índice.

Haciendo un resumen del mismo, la cuantificación de los datos es la siguiente:

A) Normas con rango de ley del Estado	271
B) Normas con rango de ley de las CC.AA.	255
1 – Andalucía	16
2 – Aragón	11
3 – Asturias	9
4 – Baleares	15
5 – Canarias	17
6 – Cantabria	4
7 – Castilla La Mancha	11
8 – Castilla León	8
9 – Cataluña	56

10 – Extremadura	14
11 – Galicia	12
12 – La Rioja	2
13 – Madrid	12
14 – Murcia	5
15 – Navarra	17
16 – País Vasco	35
17 – Valencia	11

Las leyes aparecen ordenadas por orden cronológico, cada ley puede tener numerosos artículos enjuiciados con sus correspondientes sentencias, en las sentencias consta el número/año y si “cuestiona”, “anula”, “declara inconstitucional”, “interpreta”, etc. siendo un dato curioso el del enjuiciamiento del Código de la Siete Partidas de 1265 o la Novísima Recopilación de 2 de junio de 1805, etc.

V. ¿HAY RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL LEGISLADOR POR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA LEY?

Sin extendernos en el discutido tema de la responsabilidad patrimonial de Estado-Legislador, no podemos obviar su problemática por vacío legal y que se va solucionando en vía jurisprudencial de la Sala Tercera Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos frente a los ciudadanos está regulada en la Constitución Española y a la misma están sometidos el poder ejecutivo, el judicial y por tanto también el legislativo.

El artículo 9 de la CE dice:

1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.
2. ...
3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad

de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

En este artículo 9 se recoge el principio de seguridad jurídica y que según el Profesor F. Rubio Llorente “La seguridad jurídica es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad... la seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover en el orden jurídico la justicia y la igualdad en libertad”⁷.

Pero a este principio de seguridad jurídica debiera de haber ido unido el principio de confianza legítima con lo que se habría reconocido la responsabilidad del legislador.

La responsabilidad de la Administración del Estado, limitada a los servicios públicos, viene recogida nuevamente en el artículo 106.2 CE:

106.2. Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

La responsabilidad de la Administración de Justicia es tratada también en el artículo 121 del mismo texto:

121. Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley.

Ahora bien, de la responsabilidad del Estado legislador, es decir, la ocasionada por actuaciones en aplicación de las Leyes, únicamente se

⁷ GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado-Legislador en el Derecho español*. pág 37. Ed. Civitas. 2007.

encuentra en el texto constitucional lo expresado en el artículo 9.3 siendo necesario un desarrollo legislativo para su regulación.

Más aún, en materia indemnizatoria derivada de la responsabilidad de la Administración pública, su regulación se contiene en el Título X, Capítulo I. Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública, en los artículos 139 a 144 de la LRJAP y PAC de 1992. Los derivados de la responsabilidad de la Administración de Justicia se encuentran recogidos en el artículo 139.4 en el que traslada su regulación a la LOPJ en el Título V. De la Responsabilidad Patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia, artículos 292 a 297. Con referencia a la responsabilidad del Legislador, lo razonable sería que lo viese el Tribunal Constitucional, pero si vamos al artículo 161 del texto constitucional observamos que entre las competencias de dicho Tribunal está la del control de constitucionalidad de las normas con fuerza de Ley, sus sentencias son declarativas de nulidad y no condenatorias, no cabe la declaración de la responsabilidad del Legislador ni acción de condena, por lo que se opta por la aplicación de la vía contencioso-administrativa careciendo de toda lógica ya que en el artículo 106 de la CE, mencionado anteriormente, pero en su punto 1, y referido a las Administraciones Públicas dice:

106.1. Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.

Lo que establece el texto constitucional es que la competencia de los Tribunales Contencioso-Administrativo es la relativa al control del desarrollo de las normas emanadas en el ejercicio de su potestad reglamentaria pero no de la legislativa.

En la actualidad, la competencia del conocimiento de los problemas presentados por los particulares en demanda de petición de indemnizaciones como resarcimiento de lesión o daño en cualquiera de sus bienes y derechos ocasionados por la aplicación de actos legislativos, procede en vía Contencioso-Administrativa, así tenemos que en la L 30/1992 de RJAP y PAC en su artículo 139 define los Principios de la responsabilidad patrimonial de la siguiente forma:

Artículo 139. Principios de la responsabilidad.

1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

3. Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos.

4. La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El primer punto se refiere a la responsabilidad de las Administraciones Públicas en cuanto a los servicios públicos. El segundo punto son requisitos. El tercer punto está referido a la responsabilidad del Legislador, consagrando a las Administraciones Públicas la responsabilidad de indemnizar a los particulares por la aplicación de actos legislativos no expropiatorios y que los perjudicados no tengan el deber jurídico de soportar. El cuarto punto hace referencia a la responsabilidad de la Administración de Justicia, que estará regulada por la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Sin entrar en el fondo sobre la polémica de si esta solución es la idónea o no, en este artículo 139 vemos que se dictamina la vía contencioso-administrativa para la imputación de la Responsabilidad del Estado-Legislador siempre que se cumplan los requisitos siguientes: que el daño o la lesión no sean provocados en casos de fuerza mayor; que el daño alegado sea efectivo, que sea evaluable económicamente e individualizado; que no tenga el deber jurídico de soportarlo; y que la pretensión se interponga dentro del año en que se produjo el hecho que motive la indemnización.

Ahora se nos presenta otra gran pregunta ¿Quién debe hacer frente a las indemnizaciones, el Estado como Estado-Legislador por haber dictado la Ley inconstitucional o quien se enriqueció indebidamente con su aplicación? Lo podemos ver en el siguiente caso:

El 30 de junio de 1990 se publica en el BOE la Ley 5/1990, de 29 de junio, sobre Medidas en materia presupuestaria, financiera y tributaria por la que, entre otras cosas, en el artículo 38.2.2 se creaba un gravamen complementario sobre la tasa fiscal que gravaba los juegos de suerte, envite o azar, de aplicación a las máquinas recreativas de tipo B, por importe por máquina de 233.250 pesetas, que debía satisfacerse los veinte primeros días del mes de octubre de 1990.

El Tribunal Constitucional dicta sentencia el 31 de octubre de 1996 por la que se declara inconstitucional y nulo el artículo 38.2.2 de dicha Ley⁸.

Uno de los perjudicados por dicho artículo interpone recurso contencioso administrativo contra el acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros en su reunión del día 12 de diciembre de 1997, en el que se resuelve la reclamación formulada por el recurrente de indemnización por responsabilidad del Estado legislador, en el sentido de desestimar la solicitud de indemnización.

Visto por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Sección Sexta, el recurso contencioso-administrativo interpuesto, dicta Sentencia de 29 de febrero de 2000⁹ en la que en el Fundamento de Derecho cuarto dice:

CUARTO.- La Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común ha venido a consagrar expresamente la responsabilidad de la Administración por actos legislativos estableciendo el artículo 139.3 que «Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que estos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dicho actos». Responde sin duda esta normación a la consideración de la responsabilidad del Estado legislador como un supuesto excepcional vinculado al respeto a la soberanía inherente al poder legislativo.

⁸ Seis años después.

⁹ Casi diez años después.

Se ha mantenido que si la ley no declara nada sobre dicha responsabilidad, los tribunales pueden indagar la voluntad tácita del legislador (*ratio legis*) para poder así definir si procede declarar la obligación de indemnizar. No debemos solucionar aquí esta cuestión, que reconduce a la teoría de la interpretación tácita la ausencia de previsión expresa legal del deber de indemnizar. No es necesario que lo hagamos, no sólo porque la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común es posterior a los hechos que motivan la reclamación objeto de este proceso, sino también porque, por definición, la ley declarada inconstitucional encierra en sí misma, como consecuencia de la vinculación más fuerte de la Constitución, el mandato de reparar los daños y perjuicios concretos y singulares que su aplicación pueda haber originado, el cual no podía ser establecido a priori en su texto. Existe, en efecto, una notable tendencia en la doctrina y en el derecho comparado a admitir que, declarada inconstitucional una ley, puede generar un pronunciamiento de reconocimiento de responsabilidad patrimonial cuando aquélla ocasione privación o lesión de bienes, derechos o intereses jurídicos protegibles.

Este mismo principio ha sido defendido desde tiempo relativamente temprano por nuestra jurisprudencia, separando el supuesto general de responsabilidad del Estado legislador por imposición de un sacrificio singular de aquél en que el título de imputación nace de la declaración de inconstitucionalidad de la ley. La sentencia de esta Sala de 11 de octubre de 1991, además de remitir la responsabilidad por acto legislativo a los requisitos establecidos con carácter general para la responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (que la lesión no obedezca a casos de fuerza mayor; que el daño alegado sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado; que no exista el deber de soportarlo; y que la pretensión se deduzca dentro del año en que se produjo el hecho que motive la indemnización) y de afirmar que «en el campo del Derecho tributario, es obvio que la responsabilidad del Estado-legislador no puede fundarse en el principio de la indemnización expropiatoria», añade que «el primer hito señalado por el Tribunal Constitucional para la responsabilidad del Estado-legislador ha de buscarse en los efectos expropiatorios de la norma legal. Pero con ello queda no agotado el tema.

Ciertamente, el Poder Legislativo no está exento de sometimiento a la Constitución y sus actos -leyes- quedan bajo el imperio de tal

Norma Suprema. En los casos donde la Ley vulnere la Constitución, evidentemente el Poder Legislativo habrá conculcado su obligación de sometimiento, y la antijuridicidad que ello supone traerá consigo la obligación de indemnizar. Por tanto, la responsabilidad del Estado-legislador puede tener, asimismo, su segundo origen en la inconstitucionalidad de la Ley.» La determinación del título de imputación para justificar la responsabilidad del Estado legislador por inmisiones legislativas en la esfera patrimonial (que ha vacilado entre las explicaciones que lo fundan en la expropiación, en el ilícito legislativo y en la teoría del sacrificio, respectivamente) ofrece así una especial claridad en el supuesto de ley declarada inconstitucional.

El Fallo del recurso es estimatorio en cuanto a las pretensiones indemnizatorias en resarcimiento de daños, y es imputado el Estado-Legislador teniendo en cuenta para dicha imputación el de la autoría de la Ley declarada inconstitucional, correspondiéndole devolver las cantidades ingresadas indebidamente por los particulares, incrementadas en los intereses de demora. Los recursos presentados en reclamación de indemnización por los perjudicados, fueron numerosos, tanto, que hubo que habilitar un crédito extraordinario por 3.000.000 € para poder devolver las cantidades reclamadas.

El resultado del fallo de la sentencia es todavía más polémico. Está claro y manifiesto que es de justicia el reintegrar a los perjudicados las cantidades ingresadas indebidamente, más los intereses de demora, pero quienes se enriquecieron ilícitamente fueron las Comunidades Autónomas por tener la competencia de dichos tributos transferidos y haberlos ingresado indebidamente en sus arcas, y quien hubo de devolver las cantidades reclamadas fue la Administración actora, es decir, el Estado, imputado como Estado-Legislador produciendo un gran quebranto a las arcas públicas del Estado y dando por legal los beneficios obtenidos indebidamente por las Comunidades Autónomas como Administración gestora.

Siguiendo al Profesor García de Enterría, este caso reseñado, por la cuantía de las indemnizaciones no repercutió excesivamente en las arcas del Tesoro, pero si en vez de un recargo transitorio recayera la declaración de inconstitucionalidad en uno de los grandes tributos ¿habría fondos suficientes en las arcas del Estado para hacer frente a los pagos de las indemnizaciones?¹⁰

¹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador en el Derecho Español*, pág 258. 2007

Imaginando hipótesis, ¿Qué ocurriría si la subida de dos puntos del IVA anunciada por el gobierno se declarara inconstitucional después de seis años, y de diez para dictar la sentencia el Tribunal Contencioso-Administrativo? ¿Cuál sería la cuantía de los tributos ingresados indebidamente? ¿de donde saldrían los fondos para el pago de dichas cantidades reclamadas con todo el derecho por los particulares perjudicados, incrementadas con los intereses de demora? ¿y el porcentaje transferido e ingresado ilícitamente por las Comunidades Autónomas, también quedaría legalizado en sus arcas a costa de las arcas del Estado?¹¹.

En este estado de cosas, casos y situaciones ¿no sería conveniente recuperar la institución del “Recurso Previo de Inconstitucionalidad” suprimido por LO 4/1985, de 2 de junio?

VI. CONCLUSIÓN

Hemos seguido someramente, las fases que recorre, desde que nace una idea, una necesidad, una nueva situación o un problema a regular, hasta que se convierte en “Ley”. De los controles, debates, asesoramientos con los que cuenta, etc. y llegamos a la siguiente conclusión:

No es solución que al amparo y apoyado en promesas electorales o intereses y presiones de partido se introduzca en nuestro ordenamiento jurídico una avalancha de leyes ineficaces e inaplicables. El orden jurídico desaparece en cuanto tal si es convertido en instrumento de la arbitrariedad ideológica.

No es solución que por incompetencia o por elaborar atropelladamente gran cantidad de leyes, nada más promulgarse, haya que iniciar un procedimiento de Recurso o Cuestión de Inconstitucionalidad para anular normas y preceptos inconstitucionales produciendo un grave daño a la seguridad jurídica, al principio de confianza legítima y a la estabilidad económica nacional.

Esperemos, que no pasado mucho tiempo, por bien del Estado de Derecho, de la seguridad jurídica y de todos los que desarrollamos nuestra vida en este país, se pueda frenar este fenómeno de “proliferación legislativa descontrolada”, que nuestro ordenamiento jurídico deje el desorden y

¹¹ Por L 21/2001 de 27 de diciembre se cede a las CC AA el 35% del IVA, art.17.f y art. 27.

el caos en que lo han convertido y que al promulgarse una LEY en cuyo encabezamiento leamos al Rey, como Jefe de Estado, sancionarla con esta formula grandilocuente:

A todos los que la presente vieren y entendieren, sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley:

Para terminar diciéndonos:

Por tanto, mando a todos los españoles, particulares y autoridades que guarden y hagan guardar esta Ley.

podamos tener la certeza de encontrarnos ante una norma que se pueda cumplir y hacerla cumplir, guardar y hacerla guardar, y que al conjunto de normas así aprobadas junto a una serie de principios y directrices, que son por los que se rigen y regulan las relaciones humanas en nuestra sociedad, conformen nuestro “ordenamiento jurídico”, un ordenamiento que además de propugnar la libertad, la justicia y la igualdad, sea también un auténtico “ordenamiento jurídico” estable, ordenado, claro, seguro, eficiente y eficaz

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- AFONSO DA SILVA, José. Profesor titular de Derecho Constitucional. México. *Aplicabilidad de las Normas Constitucionales*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Revista de Derecho Privado.
- ALONSO GARCÍA, M^a Consuelo. *Reciente jurisprudencia sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador frente a daños derivados de Leyes inconstitucionales*. Revista de Administración Pública. 2002.
- AHUMADA RUIZ, M^a Ángeles, *Responsabilidad Patrimonial del Estado por las Leyes inconstitucionales*. Revista española de Derecho Constitucional. Estudios Críticos. 2001.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, Catedrático de Filosofía del Derecho de Alicante: *Contribución para una teoría de la legislación*. San Sebastián 1989, Revista DOXA, Cuadernos de Filosofía, pp 385-402.

- BLASCO SOTO, Carmen. Profesora Titular de Derecho Procesal. Universidad de Valladolid. *Recurso de amparo contra las Leyes de España*. Revista del Derecho, volumen XII. Agosto 2001, pp 157-177.
- BORRAJO INIESTA, Ignacio. Catedrático de Derecho Administrativo y Letrado del Tribunal. Constitucional. *Amparo frente a Leyes*. Revista de Administración Pública, nº 98 – 1982, pp.167-220.
- BOUZA SUÁREZ, Alejandro, Profesor auxiliar. *Reflexiones acerca del uso de los conceptos de eficiencia, eficacia y efectividad en el sector salud*. Revista cubana de Salud Pública, 2000, pp.50-56.
- CANO TELLO, Celestino A..Profesor titular de Derecho Civil. *Esquemas civiles. Manual de Derecho Civil en las Tablas sinópticas*. Ed. Tirant lo blanch. Valencia 1998.
- Datos informatizados del Congreso de los Diputados: www.congreso.es
- Datos informatizados del Tribunal Constitucional: www.tribunalconstitucional.es.
- Datos facilitados en el Tribunal Constitucional, Servicio de Doctrina Constitucional e Informática.
- CASTÁN TOBEÑAS, José, Catedrático de Derecho Civil. Ex Presidente del TS. *Derecho Civil, Común y Foral*. Ed. Reus, S.A. Madrid.
- GALIANA SAURA, Ángeles, Profesora de Filosofía del Derecho, Universidad Rovira i Virgili: *La Ley: Entre la razón y la experimentación*. Ed. Tirant lo blanch. Valencia 2008.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado-Legislador en el Derecho español*. Ed. Civitas, (segunda edición 2007).
- GARCÍA-ESCUADERO MAIQUEZ, Piedad, Letrado de las Cortes Generales, Prof. titular de Derecho Constitucional: *El Procedimiento legislativo en las Cortes Generales: Regulación, Fases y Tipos*. UNED. Teoría y Realidad Constitucional nº 16 – 2005, pp 211-239
- LÓPEZ HERNÁNDEZ, José, Profesor Titular de Filosofía del Derecho, Universidad de Murcia. *Las Normas Jurídicas como actos elocutivos: Concepto y Clases*. Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho, nº 11. 2005.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio, Magistrado del Tribunal Constitucional, Académico de número de la RA de JyL, Catedrático de Derecho Mercantil de la UAM. *Sobre la Proliferación Legislativa*. Artículo en ABC de 17 de noviembre de 2003

NAVARRO LÓPEZ, Pablo Eugenio y MORESO MATEOS, José Juan. *Aplicabilidad y Eficacia de las Normas Jurídicas*. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. nº 5. 1996, pp 119-139.

PÉREZ TREMPES, Pablo, Magistrado del Tribunal Constitucional: *La Cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*. Estudios Constitucionales, año 2005/volumen 3, nº 001, pp. 127-148. Santiago. Chile.

REYNALDO AYUSO, Alberto, Doctor, Docente y Consultor, Contador Público Nacional. *Eficacia y Eficiencia*. Buenos Aires. 1998.

RUBIO LLORENTE, Francisco, Presidente del Consejo de Estado: *El procedimiento legislativo en España. El lugar de la Ley entre las fuentes del Derecho*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 6 – nº 16, 1986.

SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel y HOYO SIERRA, Isabel Araceli: *Raíces de lo ilícito y Razones de licitud. Definición de “LEX”*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Ed. Dykinson. S.L. pp 141 y ss.

SUÁREZ SUÁREZ, Andrés-Santiago. Catedrático de Economía Financiera de la UCM. Consejero del Tribunal de Cuentas.

* *El Control o Fiscalización del Sector Público. Auditorías de Eficiencia*.

* *La Empresa Pública y su Control. III. El Control de economía, eficiencia y eficacia en la Constitución y en la LO del Tribunal de Cuentas*. Servicio de Publicaciones del Tribunal de Cuentas

Anexo I – Resumen del Procedimiento legislativo común u ordinario en la elaboración de una Ley a partir de un Proyecto de Ley¹²

CONGRESO:

Proyecto de Ley

Admisión a trámite de la iniciativa legislativa por la Mesa de la Cámara (1ª publicación)

Apertura de plazo de presentación de enmiendas

¹² GARCÍA-ESCUADERO MAIQUEZ, Piedad, Letrado de las Cortes Generales, Profesora titular de Derecho Constitucional: *El Procedimiento legislativo en las Cortes Generales: Regulación, Fases y Tipos*. UNED. Teoría y Realidad Constitucional nº 16 – 2005, pp 211-239

Debate en el Pleno.

Fase de Comisión:

- Informe de la Ponencia sobre las enmiendas (2ª publicación)
- Debate en la Comisión sobre el informe de la Ponencia (3ª publicación)

Deliberación en el Pleno con votación de votos particulares y el dictamen de la Comisión

(4ª publicación)

Se da traslado al Senado

SENADO:

Admisión a trámite (5ª publicación)

Apertura de plazo de presentación de enmiendas

Fase en Comisión:

- Informe Ponencia (6ª publicación)
- Debate en Comisión. Dictamen. (7ª publicación)

Deliberación en Pleno:

- Sin enmiendas
- con enmiendas (8ª publicación)
- Veto (9ª publicación)

Se da traslado nuevamente al Congreso de Diputados

CONGRESO:

- sin enmiendas →
- Debate final en el Pleno del Congreso: (10ª publicación)
- con enmiendas {
 - aprobación de las enmiendas →
 - rechazo de las enmiendas →
- veto {
 - pleno rechazo al veto, por mayoría absoluta →
 - 2º votación tras 2 meses, por mayoría simple →
 - proyecto de ley rechazado

→ Sanción → Promulgación → Publicación en el BOE

CONGRESO DE DIPUTADOS

Anexo II

Legislatura	Constituyente	CONGRESO DE DIPUTADOS												TOTALES
		I	II	III	IV	V	VI	VII	VIII	IX	X	TOTALES		
período	1877-1879	1979-1982	1982-1986	1986-1989	1989-1993	1993-1996	1996-2000	2000-2004	2004-2008	2008-				
fecha	04/07/1977	28/03/1979	26/11/1982	15/07/1986	21/11/1989	03/07/1993	12/04/1996	12/04/2000	12/04/2004	07/04/2008				07/04/2008 a 31/12/2008
FUNCIÓN LEGISLATIVA														
Iniciativa legislativa popular	0	0	3	2	7	6	11	13	13					60
Proyecto de ley	173	347	209	125	137	130	192	175	152	23				1.663
Proposición de ley de Grupos Parlamentarios del Congreso	68	193	108	139	165	140	300	322	235	156				1.826
Proposición de ley de Diputados	6	15	1	1	0	0	0	0	0	0				23
Proposición de ley del Senado	5	7	1	2	0	4	7	5	26	1				58
Proposición de ley de Comunidades Autónomas	0	1	18	18	15	18	21	42	34	24				191
Propuesta de reforma de Estatuto de Autonomía	0	0	0	0	20	16	11	0	9	1				57
Real Decreto-Ley	63	73	40	20	30	40	85	42	52	11				456
Real Decreto legislativo en desarrollo de Ley de Bases	0	1	15	151	4	1	0	0	0	0				172
Real Decreto legislativo que aprueba texto refundido	0	1	2	3	2	4	2	12	6	1				33
TOTAL	315	638	397	461	380	389	629	611	527	222				4.539
NORMAS CON FUERZA DE LEY APROBADAS														
Ley Orgánica	0	38	41	18	24	38	40	41	33	2				275
Leyes	111	231	169	103	111	109	180	150	134	4				1.302
Real Decreto Ley	63	71	24	20	31	26	65	42	52	9				403
Real Decreto Legislativo	1	1	17	2	5	6	1	12	6	1				52
TOTAL APROBADOS	175	341	251	143	171	179	286	245	225	16				2.032

datos informatizados del Congreso de Diputados: www.congreso.es

INEFICACIA JURÍDICA Y ESTADO DE DERECHO. LA FALTA DE CRITERIO JUDICIAL ANTE LA CORRUPCIÓN ECONÓMICO-POLÍTICA

FRANCISCO JAVIER GONZÁLEZ MARTÍN
Filosofía del Derecho e Historia Contemporánea

Resumen. Hace casi tres décadas, algunos periodistas e historiadores se quejaban de la corrupción económica y política en España. Hoy ya resulta una prueba de ineficacia jurídica, poniendo en ridículo el Estado de Derecho. Las razones son también las consecuencias imperantes, porque el mal esta en el predominio de los partidos políticos, que han convertido a la democracia en un gran negocio fraudulento.

Palabras clave: Corrupción, desfalco, estafa, estafador, democracia liberal, advenedizo, Estado de Derecho, delitos políticos, delitos económicos, urbanismo, comisiones ilegales, partidos políticos, libertad económica.

Resumen. Almost three decades ago, some people (historians and journalists) complained about the economic and politic corruption in Spain. Today neither, lawyers, judges nor law itself can control the corruption, making a fool of the Rule of law. The reasons are the ruling consequences too, because the evil is in the empire of the political party, that has made democracy become in a big fraudulent business.

Keywords: Corruption, embezzlement, swindle, swindler, newcomer, liberal democracy, Rule of law, political transgression of a law, economical fault, urbanism, unlawful, political party, economical freedom.

I. INTRODUCCIÓN

Hace ya algunos meses el profesor Ángel Sánchez de la Torre me sugirió pensar en las posibles soluciones político-jurídicas a los problemas aportados en el libro de Ignacio Hernando de Larramendi, *Panorama para una Reforma del Estado* (1996). Un año antes, el mismo Ignacio había publicado también en la editorial ACTAS de Madrid, *La crisis de la sociedad. Reflexiones para el siglo XXI*, al que yo mismo hice una reseña, publicada en el Boletín del Real e Ilustre Colegio de Doctores y Licenciados en Geografía e Historia de Madrid. Fue aquella una época de recopilación de datos sobre hechos delictivos, protagonizados por altos representantes de la política de nuestro país, en la que surgieron decenas de publicaciones con un fin divulgativo. Parte de la prensa se hizo eco de la denuncia sobre el malestar originado por una parte de la clase política, cuya ocupación preferida era la de robar a gran escala. Todas las formas de apropiación indebida se pusieron en acción, alcanzado un sonoro relieve: la estafa, el desfallo, la malversación de fondos públicos, la corrupción urbanística, el blanqueo de dinero, la percepción de comisiones ilegales, la financiación ilegal de los partidos políticos. Toda una suerte de delitos político-económicos llegó a incluir un fenómeno nuevo, que en la actualidad ha dejado de ser un monopolio exclusivo del partido socialista, se trata de la “cultura del pelotazo”. Es este, un principio que respalda la fórmula del enriquecimiento rápido y sin riesgos fiscales o jurídicos. En un país donde no existen leyes fiables o una legitimidad empresarial que asegure el progreso dentro de la ley, sino que todo se remite a la astucia, a la libertad de empresa sin límite dentro de un concepto de libertad que carece de control efectiva judicial. Tal modelo de cultura, si se le puede llamar así, con plena legitimidad, del modo que todo el mundo pueda identificar, es en verdad un término desafortunado que lleva consigo la apología de un modelo de delito concreto, el asimilado a la corrupción económico-política.

Entre 1989-1996, su asentamiento social fue concebido como algo normal en una sociedad “violada”, según el título del libro homónimo, publicado por Ricardo de la Cierva en 1989, o que más bien se ha dejado violar¹. Se le llama “cultura”, sin temor a desvirtuar tan noble concepto,

¹ DE LA CIERVA, Ricardo; *Historias de la Corrupción*. Ed Planeta. Barcelona, 1990, p. 10.

por ser una forma de vida y desde luego una “manera de ser” (de entender y actuar en consecuencia). Pues no se trata de actos delictivos particulares o aislados o de casos puntuales, sino vinculados, relacionados entre sí o concatenados, originando una gran divulgación, e incluso, para algunos digna de encomio. Se trata de hechos cuya incidencia sobre el colectivo es esencial y de modo muy especial, acerca de todo aquel que identifica poder, gestión e información. Si bien la corrupción no es un fenómeno propio de una sociedad moderna, sí es el resultado de la evolución de una mentalidad, derivada de una sociedad sobrevenida de pobre a rica en más o menos poco tiempo; en contraste con la de países provistos de regímenes, denominados como “bananeros”. Se suele recurrir a este apelativo despectivo, “república bananera”, para aludir a sociedades que combinan modos de vida tercermundistas con una mala administración, y sobre todo, donde la legalidad o la administración de justicia ofrecen una demostrable inseguridad y una proclive facilidad a la prosperidad económica de sectores privilegiados, en una extraña mezcla entre libertad, sociedad paradisíaca (o paraíso fiscal) y poder autoritario local. No obstante, no asociamos, en este caso, sociedad tercermundista a pobreza material en general, sino a esa mezcla de permisividad económica y autoritarismo. Hoy se habla de países en vías de desarrollo.

Pero aquí nos enfrentamos a que, sin que deba haber aparentemente distinción entre pobres y ricos frente a los hechos de corrupción económico-política; sí existan consideraciones discriminatorias, relativas al ejercicio de las potestades, competencias y ámbito de actuación de los poderes públicos. Se estima que, en los países desarrollados económicamente, donde el Estado de Derecho está más asentado o la sociedad es más avanzada, existen –en proporción– menos hechos constatados de esta índole. ¿Es una cuestión de biología, de naturaleza humana o de medio social, de entorno para mayor triunfo de un modelo cultural, determinante de una correcta convivencia y un orden dirigidos a una superior calidad de vida? Lo expuesto arraiga en la parte axiológica de nuestra Constitución, donde se menciona la “Digna calidad de vida”, o “sociedad democrática avanzada”. Son términos que figuran en el preámbulo, con una consideración de igualdad jurídica, según el artículo 14 del documento. Quizá en el caso español, la liberalización económica, más o menos pronta, conllevaba ese segundo *boom* desarrollista, después de la transición política y la crisis del petróleo, y que no hizo posible digerir

o asimilar la riqueza en un país considerado secularmente como más o menos pobre, según llegó a testimoniar el filósofo Julián Marías en los cursos de verano de Santander de 1999. Ricardo de la Cierva expone en su libro *Historia de la corrupción*, que España “no estaba preparada para la democracia, o el ejercicio de una libertad responsable, pues carecía de cultura política”². Se aludía a la “faltaba madurez”. Creerlo era algo común entonces y ahora. Si ¿pero hoy, podemos decir lo mismo veinte años después del inicio de los primeros casos de corrupción? ¿Falta a los españoles cultura política o democrática? ¿insistiremos en la debilidad de la naturaleza humana ante la posibilidad de delinquir, o pensaremos quizá en las deficiencias del Estado, abandonado el Estado social-protector? Estimo que es importante la pregunta, para analizar si las leyes o las resoluciones judiciales deben adecuarse solamente al hecho en sí, a las circunstancias sociológicas circundantes, o al deseo de que no se incurra en la repetición de hechos delictivos semejantes. ¿Qué hace falta para qué, el tercer poder sea concebido el más importante dentro de un Estado de Derecho, según expuso el barón de Montesquieu hace doscientos cincuenta años? Al parecer la riqueza, el concepto de progreso desde el llamado desarrollismo llegaron de repente, y fueron mal digeridos en la España austera posfranquista.

También podemos pensar, en consecuencia, que los cauces de la democracia liberal y del Estado de libertades abren el acceso de los que nunca gozaron de las bondades del poder y ahora lo escalan con mayor facilidad. ¿Son los recién llegados los responsables, lo son los partidos políticos y los sindicatos? Más bien, se trata del acceso por advenedizos a las instancias del poder. Éste, sin embargo, es un problema que asociaba el escritor Pío Baroja, al sostener en una novela de análisis social, *Mala hierba*, que “donde hay libertad hay corrupción”³, refiriéndose al modelo de democracia liberal a principios del siglo XX. Sin embargo, cuando se produjo a fines del pasado siglo la caída del llamado socialismo real, inmediatamente se criticó la naturaleza mafiosa y corrupta de las estructuras de poder económico del sistema caído. El tipo social del estafador, del funcionario o del político corrupto no está adscrito a una ideología concreta, al igual que el delincuente o el criminal tampoco ostenta nin-

² Véase DE LA CIERVA, Ricardo. España *La sociedad violada*. Ed Planeta. Barcelona, 1992, p. 12.

³ Ed Caro Raggio, Madrid. 1906, p. 76.

gún calificativo ideológico. Esta es la consideración esencial para juzgar con rectitud no solo ética sino científica. Se debe juzgar la persona, el individuo, no lo que representa su tendencia o su bando político, ni siquiera otras condiciones subjetivas. Es preciso superar los tópicos a los que han estado acostumbrados ciertos sectores a creer. Aunque parezca que los llamados partidos “de derechas”, por tener una cultura secular superior, en este aspecto y una mayor costumbre o permanencia del uso del poder; no es verdad que se mantenga al margen de participar de la morralla oportunista. El advenedizo, el arribista, el llamado “trepa” es el prototipo sociológico del individuo que quiere medrar en política a cualquier precio, no importa el partido. Por desgracia todos conocemos muchos; pero ¿son todos ellos delincuentes en potencia? Esta claro que no lo son de forma efectiva, hasta que no se descubran en “acto”. ¿Habría que restringir el acceso de los ciudadanos a los partidos políticos y a los cargos públicos? Es notorio como en las elecciones municipales del año 1995, un candidato del PP en Valencia expresó ese sincero pero desafortunado “ahora a forrarnos” nada mas ser elegidos en las urnas. Pero tampoco es la mera falta de cultura. En el PP el 85% de los candidatos a listas son licenciados, mientras que los socialistas no llegan a 65%. Muchos dirigentes, ministros actualmente, carecen de estudios superiores. ¿Es esto una señal de sospecha? ¿Cabría tener en cuenta la extracción social o las circunstancias sociológicas del autor de delitos económicos y de su entorno como si nivel cultural y ambición fueran detonantes de este tipo de responsabilidades entre si? La democracia inició este camino, del que descartamos los equipos de Suárez. ¿No se expone también, por el contrario, que el surgir de entornos deprimidos otorga mayor ambición y una menor capacitación por el menor numero de oportunidades de acceso a la cultura? Esto es relativo, y no constituye un índice de delincuencia. No por ser más pobre se es más culpable o sospechoso de cometer delitos económicos, especialmente, cuando el acceso al poder, por pequeño que sea, supone el acceso a niveles de dinero superiores. El dinero fácil se sitúa siempre al margen de la ley. Por eso contemplar el supuesto mérito de quien se enriquece no es una mera cuestión de envidia o de admiración, simplemente porque no hay mérito alguno en ello. Por el contrario regular un orden, llevar un mejor control sí es meritorio, en aras de una eficacia que alcance a la mayoría de los ciudadanos. La mayor competencia por acceso a medios de información o de gestión en una democracia liberal hace coincidir a ambos elementos. El derecho ha de

ser aplicable por igual a aquellos que están acostumbrados a ese ámbito de mando y a los nuevos, tanto da en la derecha como en la izquierda. Desde ese punto de vista ambos individuos son culpables, al margen de su entorno original, pero no solo los advenedizos. El final de la última legislatura felipista 1992-1996 sobrevino, colmada de hechos delictivos, que han emparentado corrupción económica y política. Pero hoy ocurre exactamente lo mismo.

II. CORRUPCIÓN Y EFICACIA JURÍDICA

Como es ya clásico, al recurrir al *Diccionario de la Real Academia española de la Lengua*, observamos que el vocablo “Corrupción” abarca varios aspectos relativos a la acción de corromper, “*vicio o abuso introducido en las cosas no materiales*”. Se extiende a corrupción de costumbres, de voces... En definitiva corromper incluye:

“Alterar o trastocar la forma de alguna cosa. Echar a perder, depravar, dañar, podrir, sobornar o cohechar al juez, o a cualquier persona, con dádivas o de otra manera... Desde el punto de vista figurado por similitud es pervertir o seducir a una mujer.

Estragar, viciar, pervertir, corromper las costumbres, el habla, la literatura, incomodar, fastidiar, irritar, .. Oler mal”.

En la peruana *Revista Probidad* (Edición Dieciséis, número de octubre-noviembre de 2001) el sociólogo Mario Olivera Prado define el término de forma operativa como una:

“Acción social ilícita o ilegítima encubierta y deliberada con arreglo a intereses particulares, realizada vía cualquier cuota de poder en espacios institucionales públicos (estatales o sociales) afectando deberes de función, intereses colectivos y/o la moral social”⁴.

⁴ OLIVEIRA PRADO, Mario (2001), *Hacia una sociología de la corrupción*. Revista Probidad. Universidad de Lima. Iniciativa nacional Anticorrupción, p. 14.

El autor explica que para fines operativos los espacios institucionales comprenden normas, organizaciones y roles reconocidos por la sociedad. Los principales espacios institucionales en la sociedad son el Parlamentario, el Judicial, el Educativo, el Electoral, el Cultural, el Militar, el Policial, el Financiero, el Tributario (...)⁵, de Telecomunicaciones, el Ecológico-Social, el de Servicios, el Asociativo, el Municipal... Referido al poder, la corrupción se muestra como “*el uso y abuso del poder público en provecho propio*”. Para el profesor Olivera Prado, emparentado con el tema figura el llamado “poder infiscalizado” definido como la:

“Capacidad de alguien de imponer su voluntad a un grupo o a una comunidad sin controles y obligación de responder por su actos. En los llamados “Espacios institucionales” pueden llegar a tener un poder infiscalizado quienes detentan los poderes normativo y administrativo...”⁶

El poder infiscalizado al que se refiere el autor implica:

1. La ausencia de mecanismos de participación de la población o de las colectividades en el control y fiscalización de la gestión del poder.
2. La inacción y/o complicidad de las entidades y órganos fiscalizadores y de control.
3. La ausencia de rendiciones de cuentas periódicas y públicas, por parte de funcionarios y directivos.

Esta relación constituye lo que se denomina “Cultura de la viveza” o para nosotros del “pelotazo” o

“Sistema de valores y creencias vinculadas a procesos de movilidad social sin sanción moral donde se valore a quien “inteligentemente” sabe aprovecharse de los “tontos” que creen en las

⁵ N de A. También comprende el Aduanero, el artículo intenta tener una proyección no solo americana sino universal.

⁶ Ibidem, pp. 22-25.

reglas de juego social y las respetan. Hay el convencimiento, la creencia, que en la vida no triunfa el honrado, sino el vivo⁷.

El respeto a las reglas sociales, o más aun el de las normas jurídicas, adaptadas a las anteriores, no implica necesariamente, el convencimiento de la existencia de un juego político previo; porque es éste el que mantiene el delicado tejido de una armonía muy convencional. El juego a veces consiste en callar, en pactar los delitos por descubrir para no ser descubierto uno mismo. Tampoco resulta mucho más inteligente el que con ardides sabe zafarse de la autoridad de la ley, sino más astuto. Es este un enfrentamiento entre astucia e inteligencia. Desde luego la capacidad de maniobra demostrada, tanto por el delincuente o a través del representante de la justicia, siempre tendrá una dosis de astucia superior al de la preparación académica o incluso experiencia “científica”. Es más, el verdadero poder que sepa hacer frente y ganar al otro será una indiscutible coordinación de ambas potencias. En la *Enciclopedia de las Instituciones Políticas* también encontramos algunas figuras como: la “*Institucionalidad instrumentalizable*” utilitariamente... entendido como “conjunto de estructuras normativas utilizables según intereses particulares crematísticos o de poder”. También esta comprendido en esta temática el denominado “neo-maquiavelismo político” o nueva concepción de lo que se ha venido llamando maquiavelismo político; donde ya no solo el fin (normalmente lícito) justifica los medios (aunque sean ilícitos). Resulta, pues que un FIN ILÍCITO y/o ilegítimo es justificado y disfrazado con MEDIOS LEGALES y aparentemente institucionales. Dentro de los grados de corrupción, recogido en la misma *Enciclopedia* encontramos tres tipos o más bien fases:

1. El Individual-Esporádico. Que comprende actos delictivos furtivos, esporádicos y oportunistas que circunstancialmente ocurren en un contexto político y administrativo.
2. Sistemático-institucional. Actividad regular y generalizada en la que se hace caso omiso de los procedimientos y responsabilidades formales y donde los protagonistas, si no participan directamente en el soborno, deben estar en connivencia con el comportamiento

⁷ Ibidem, p. 25.

de sus colegas. Se da a nivel de ámbitos institucionales y en las organizaciones.

3. El sistemático o donde la corrupción sistemática se asocia normalmente con el funcionamiento global de los sistemas políticos de los distintos países.

Si bien interesa la finalidad del derecho en la aplicación de la ley positiva, también resulta importante tener en cuenta el ámbito ideológico, la mentalidad, lo que se ha llegado a denominar la “idiosincrasia”. La procedencia de la norma no puede ser otra ni tampoco la interpretación doctrinal de cara a la resolución, aunque no por ello la mera adecuación a las circunstancias determinen un apego a lo existente, prescindiendo de una resolución justa, que implique no la justificación sino la superación del delito y de los elementos circundantes. Un juez por medio de sus resoluciones *ad ferenda* debe evitar la sucesión de hechos delictivos, no una mera solución de tránsito.

Aparte de las supuestas razones sobre la temporalidad y no profesionalidad de los cargos públicos, en general, de la adscripción de la corrupción a la idea de poder otra forma de corrupción, muy habitual sin solución de continuidad es la urbanística. Las causas de esta modalidad corrupta de adquisición de dinero son muy diversas. En la llamada *Wikipedia. Enciclopedia libre* tenemos una explicación:

“Los análisis han señalado que el problema que subyace en la corrupción urbanística en España es la financiación de los ayuntamientos. El proceso de descentralización en España que trajo consigo el Estado de las Autonomías, ha llevado a que los ayuntamientos se hayan visto obligados a prestar a los ciudadanos servicios que antes ofrecía el gobierno central. Esta descentralización buscaba una mayor eficacia en la prestación de dichos servicios, a través de la cercanía entre la administración y los ciudadanos.

Sin embargo ha planteado desafíos en cuanto a la financiación que, según el criterio de diversos colectivos, no han sido bien respondidos. Como los ayuntamientos tienen una gran cantidad de gastos, en lugar de recaudar impuestos directos han ideado una forma imaginativa de recaudar impuestos indirectos, y es con la

potestad de decidir qué suelo es urbanizable y cuál no. La financiación a partir de la recalificación de suelo implica aumentar la presión fiscal de manera heterogénea, haciendo cargar con el mayor peso de la financiación municipal a familias con hipotecas a 30 o 40 años. La diferencia de precio entre un tipo de suelo y otro puede ser de hasta 20 veces, así que los ayuntamientos encontraron en particular filón en la recalificación del suelo. Los promotores y constructores pagaban a los ayuntamientos cuantiosas sumas para obtener la calificación de “suelo urbanizable”⁸.

Por supuesto, que esas cuantiosas sumas las acaban pagando los compradores de viviendas, por lo que al final pocos son conscientes de que se trata de un enorme impuesto encubierto, que va incluido en el elevado precio de la vivienda. Sin embargo todo esto no es más que una justificación. Los beneficios, las comisiones, incluso determinadas dietas bien en dinero negro, en forma de impuesto o bajo otro instrumento con apariencia legal, van dirigidos a particulares, a concejales, empresarios por medio de las distintas redes de subcontratas, servicios compartidos o inventados. El asunto es que esas partidas van a bolsillos de personas muy concretas. Es esta circunstancia explicativa de la trasgresión del principio constitucional sobre del fin social de la riqueza. Cuando aparecen publicadas obras de remodelación, construcción, es una justificación de todo lo que esconden las arcas del Ayuntamiento, luego no se explican porque existe un endeudamiento gigantesco gastando más que se invierte. Toda exigencia contributiva tiene una base de ilegalidad e ilicitud, hay una gran irregularidad o ausencia de criterio normativo o ningún control jurídico sobre el poder de gestión de la administración sea del orden que sea. La consecuencia indeseada es que:

“.. Al igual que un ayuntamiento recibe enormes sumas de dinero de los promotores y constructores para poder pagar los servicios municipales que presta (transporte publico, polideportivos, limpieza de calles, vigilancia y orden publico (por ejemplo), también los políticos que gobiernan esos ayuntamientos son susceptibles

⁸ Validez, vigencia, eficacia y legitimidad del Derecho en www.LacorrupcionenEspaña.es, p. 4.

de cobrar a título personal, fenómeno que constituye el núcleo de lo que se conoce como corrupción urbanística”⁹.

La ONG Transparencia Internacional en su informe del año 2006 señaló que:

“El ámbito donde la corrupción es más elevada es el del nivel local de Gobierno”, sobre todo en la costa (...) o en las inmediaciones de las grandes ciudades”¹⁰.

La causa de este fenómeno, según el Informe hay que buscarla en la “calificación del suelo urbano”, lo que ha provocado que España sea el país de la OCDE “*donde el precio de la vivienda ha subido más en los últimos años*”. La ausencia de criterio jurídico a este respecto ha sido uno de los factores que ha provocado la crisis, especialmente cuando no es nuevo el tema de la especulación. Esta es la segunda vía de corrupción económica: una es estatal y la otra local, porque no hemos hablado de las autonómicas. Los casos son prácticamente innumerables y constantes, pues no solo de cifran o se contabilizan los conocidos, sino los aun por descubrir que seguro se producen. El documento encontrado en Internet data de 2007, y relaciona 96 casos acontecidos en toda España. Qué duda cabe que se ha superado esta cifra. Siempre que menciona este tema recordamos Marbella y el partido llamado el “Gil” que lideraba precisamente Jesús Gil, presidente del Atlético de Madrid, autor de una serie de escándalos como apropiación indebida, apoderamiento de papeles o cartas, ocultación a la justicia, defraudación a Hacienda, cohecho y delitos contra el patrimonio. Tales hechos denotan no un tema de corrupción sino varios encadenados entre sí. El Gil y los Independientes surgidos tras él, fueron considerados intrusos en la vida política por los grandes partidos, principalmente por el PP y el PSOE y el resto de las representaciones, pero ello no significaba que el Gil fuese más corrupto que ellos, como han venido a demostrar. Luego es la prensa la que se encarga de airear, resaltar, desviar mediante orden o acuerdo tácito, silenciar o diluir hasta que un caso es sustituido por otro y no llegar nunca al fondo.

⁹ WWW.LacorrupcionenEspaña.es, p. 5.

¹⁰ Citado en WIKIPEDIA Ibidem.

Los medios de comunicación son otro “instrumento social” que oculta, desvía o disuelve la acción judicial, lo que significa obstrucción a la justicia. La resolución tiene que responder a la mentalidad, a los valores imperantes que se va sometiendo la ley en particular y el derecho en general. No se sabe de otro castigo que el de separar a los funcionarios de su puesto y penas de cárcel en su caso (no siempre) pero nada sobre la reposición de lo apropiado, de lo robado. Porque ningún bien tangible se encuentra registrado a nombre de los implicados, hay que acudir a familiares cercanos o lejanos, menores de edad, entidades con fin social... No es que deduzcamos que los implicados sean pobres de solemnidad, de tal manera que aparecen con el doble papel de víctimas: presionados por las circunstancias y objeto de causa abusiva, porque no pueden hacer frente a las multas, indemnizaciones o penas económicas, alegando indefensión en este sentido. Tales individuos ofrecen una imagen de candidez, aparecen engañados ya que “no sabían nada”; donde siempre es otro el inductor. De esta manera, hay una causa de fuerza mayor como se ha intentado ver antes. Las responsabilidades aparecen compartidas, pero también se presenta su presunta candidez respecto a la misma ingerencia de la justicia. Pero, ¿cuál es el resultado? Ninguno apreciable. Ausencia de pruebas reales, absoluciones, sobreseimiento de las causas, como mucho penas de cárcel que no solucionan el tema de fondo, ni siquiera de forma concreta o puntual. No podemos hablar de ejemplo o de ejemplariedad, dado que el fin del Estado de Derecho unido al espíritu democrático de tolerancia y reeducación se ha propuesto el imperativo de reinsertar a cualquier tipo de delincuente, haya robado un banco a mano armada, millones en las altas instancias, o una cartera a modo de vulgar ladrón.. Además, el que consigue robar a gran escala es un individuo que se admira socialmente, que hace gracia e incluso llega a formar parte luego de nuestro universo folklórico como el caso de Julián Muñoz y su idilio con la tonadillera Isabel Pantoja (espero que estos nombres no desmerezcan aún más este humilde trabajo).

La fama de los delitos consustanciales a la gestión urbanística y del suelo se han añadido a los acontecidos a escala estatal, es el caso de los derivados de la Corrupción urbanística. Se trata del llamado “ladrillazo”, una subcultura delictiva dentro de la cultura del oportunismo, asociada a la del «pelotazo». La ONU, alarmada, emitió hace unos pocos años un informe ante la creciente y expansiva corrupción generalizada en España,

incluso se ha llegado a publicar un diccionario de la A-Z denominado *Claves de la Corrupción del suelo*:

Alcalde. Los escándalos llevaron ante el juez a ediles de varios partidos como Pedro Torrejón (Ciempozuelos, PSOE), y Pedro Hernández (Torrevieja, PP) a prisión, a Julián Muñoz (Marbella, independiente) Joaquín san Emeterio (Argoños-Cantabria con 10 sentencias de derribo durante su mandato).

Blanqueo. El sector inmobiliario es una “lavadora” que mueve millones en dinero negro.

Convenio. Instrumento para recalificar terrenos. El propietario y el ayuntamiento negocian la conversión de suelo no urbanizable en edificable por dinero. (Se entiende que es un medio legal para ocultar medios delictivos).

Dimisiones. Salida de varios implicados en escándalos como Enrique Porto (PP), responsable de Urbanismo en la Comunidad de Madrid o Gabriel Cañabate, concejal de Urbanismo de Armilla (Granada. PSOE).

Como añadidura, en Madrid están implicados en el “ladrillazo” entre otros delitos los representantes de los Ayuntamientos de Boadilla del Monte, El Escorial, Brunete, Quijorna, Villanueva de la Cañada, donde se produjo una notable expansión urbanística a raíz del asentamiento de la zona universitaria, vinculada al PP.

Especulación: Práctica que consiste en comprar una propiedad y esperar a venderla por mucho más,

Xilógrafo. Bichito que come madera como la constructora que quiere talar un pinar en Las Navas del Marqués (Ávila) para construir una Ciudad del Golf. No olvidemos, que la especulación financiera es lo que ha llevado a la crisis, al crack bursátil, propiciada por los empresarios, financieros, entidades bancarias sin que la justicia ni los poderes públicos pudieran frenar en ningún momento la escala de corrupción subsiguiente a nivel nacional. La no ingerencia del Estado, la justicia, los resortes del Estado de Derecho, el fracaso y la impotencia han llevado a generar millones de desempleados. En el término *WEB* se expone que en Internet puedes consultar la lista actualizada del ladrillazo por municipios pero también por partidos, donde se encuentran en competencia PSOE, PP, IU entre otros y por último en Zapatero se dice “*Su partido propuso un decálogo para rechazar candidatos de dudosa reputación y presenta*

como candidata por Cantabria a Dolores Gorostiaga que no ha querido recibir a las víctimas de la corrupción urbanística”.

III. LA INEFICACIA DE LA ACCIÓN JUDICIAL Y DEL DERECHO

Existen principios abstractos, en apariencia excesivamente conceptuales, pero que constituyen el dogma y la base de lo real. El orden puede ser considerado desde un punto de vista social o normativo, pero eso no basta con la interpretación social o normativa del orden. La explicación de estas dos dimensiones (sociedad y norma) parece constituir una exigencia irreal en consecuencia, al no existir correspondencia con un valor real, en un orden más coercitivo o de mayor eficacia. Este compromiso se manifiesta en la importancia atribuida normalmente a las relaciones entre la eficacia y la validez de las normas jurídicas. Por una parte, la dimensión formativa del Derecho es asociada a los conceptos de validez, fuerza obligatoria y aplicabilidad de las normas jurídicas.

Por otra parte, la dimensión social del Derecho requiere, al menos la eficacia de las normas jurídicas, y la mayoría de las teorías jurídicas considera la eficacia como una de las condiciones necesarias de la existencia de un sistema jurídico. La identificación entre las dimensiones social y normativa del Derecho es uno de los principales temas de análisis según hemos empezado a exponer, dada la gravedad de los hechos imputados al llamado “cambio”¹¹, a la mentalidad especuladora, al arribismo, al posibilismo y al relativismo, que parecen escaparse a la gestión y prospección de la justicia. Como si no existiera correspondencia, no entre deseo y realidad, sino entre teoría y práctica judicial. La efectividad o eficacia del Derecho se basa esencialmente en el cumplimiento de las normas jurídicas y de las leyes. No se trata del mero acatamiento, ni siquiera de la obediencia, sino en hacer lo debido... o según Ortega “el hacer lo que hay que hacer”, en la educación del criterio interno del deber para proyectarse sobre el compromiso o la obligación. Ese “hacer lo debido” se sitúa en un ajuste más allá de la especificación del cómo de un código legal. Partimos necesariamente de que la norma en sentido general o la ley

¹¹ N de A. Alusivo a la orientación política acontecida desde el triunfo electoral del PSOE 1982 en España.

(más concretamente) emanan de un emisor legítimo, de que su contenido, fines y motivos son lícitos (y no solo legales). Damos por sentado que todos estos aspectos nos ofrecen garantías reales dirigidas a ensalzar el Estado de Derecho, lo que vendría a subrayar dos cuestiones.

1. Que antes de publicar una u otra ley existe una mentalidad previa de aceptación, una voluntad de amar la ley y el orden; ésto es lo que daría un sentido social, mas allá de ese acatamiento respecto a la aplicación real de la ley sobre factores generales y

2. Ésta proyección no solo ofrecería una dimensión social sino colectiva, reforzando el marco constitucional de los valores jurídicos. Pero mientras estos se desarrollen en los límites de una economía de mercado o de una cultura excesivamente dineraria, el delito de corrupción será posible.

Sabemos que la existencia de varios tipos de garantías, al igual que un sinfín de normas configuradotes del sistema, no determinan sin embargo la mera eficacia de aquellas; pero, tampoco la jerarquía normativa. Privan las cuestiones formales, de estructura sobre las de contenido, y las de naturaleza ideológica suponen una imposición tajante. La solidez del sistema debe encontrarse fundamentada en esta dimensión sociológica, en donde los resultados derivan de las raíces de su ejercicio. La idea de eficacia conlleva restricciones conceptuales. En particular, la noción de aplicabilidad hace surgir una restricción importante. Por una parte, parecería más bien extraño que las normas inaplicables sean susceptibles de eficacia. Por otra, la aplicabilidad parece suministrar un criterio para identificar las acciones susceptibles de confirmar los enunciados acerca de la eficacia de las normas jurídicas. Habría que estudiar su tipología, naturaleza y contraposición a las contempladas como su inverso.

Cuando hablamos de los procedimientos, recursos, mecanismos, fundamentos técnicos no explicamos siempre, con suficiente detenimiento, las raíces del ejercicio jurídico ni su resultado. En los casos de corrupción económica y política, donde no siempre los inculpados cumplen condenas o se les rebaja, incluso se les conmuta o bien por buena conducta o previamente no se han encontrado pruebas suficientes, no se sabe nada del dinero sustraído o incluso no pagan con su responsabilidad los auténticos autores; la ineficacia del derecho se concreta en su invalidez. La prolija amalgama de normas y aspectos formales inhiben de una rápida y contundente aplicación del derecho. Pero, más allá de sí la aplicabilidad

se introduce en el discurso, acerca de la eficacia derivada de la restricción doctrinal se producirán interesantes consecuencias.

Por ejemplo, los predicados “eficaz” e “ineficaz” ya no pueden contemplarse como conjuntamente exhaustivos, puesto que la eficacia y la ineficacia no sólo pueden apreciarse desde normas aplicables. Entonces ¿hay que cambiar la legislación o el criterio de aplicación? Se sugiere el análisis entre una aplicabilidad externa o que hace referencia a los deberes institucionales de las autoridades normativas y una aplicabilidad interna o derivada de una función de la noción de ámbitos de validez de las normas jurídicas. La eficacia real tendría que ver con la combinación de estos dos instrumentos (en el parecer de Navarro y Moreso). Dado que la eficacia es usualmente analizada en relación a la observancia de las normas, consideramos la posibilidad de que alguna de estas nociones de aplicabilidad esté vinculada con la observancia de las normas. No se trata de la rectitud de las normas, sino de la de los individuos. Si la norma no puede prever el hecho en sí, la interpretación de la misma debe situarse en el orden de la decisión de tomar o no el abrigo; sobre todo, cuando se aconseja a un individuo de hacerlo si hay una razón general o una circunstancia particular que de lugar a la comprensión de la orden o el consejo, de esta relación proviene averiguar la necesidad de obedecer. Así que no es la orden, el mandato, la norma y su sentido solamente; pues, por sí sola la norma se queda vacía de contenido si no se observa previamente a su mismo “por qué” en una acción o una actuación biológica. Es decir, debemos situarnos en el momento de la orden, porque es necesaria y porque el remitente debe verse involucrado, comprometido, recabando en su voluntad, ya que si no carece de efecto lo dictado.

Usaremos la expresión “observancia” para significar que la conducta de los individuos se conforma en general con las normas jurídicas (visión ius-positivista de fondo frente a una posición voluntarista o iusnaturalista). La observancia, considerada a menudo como un paradigma de la eficacia no significa que sea el único criterio relevante para evaluar el derecho. Sin embargo otros criterios de ponderación como la aceptación de las normas no serán considerados aquí. No nos vale la aceptación sin más, sino el respeto, la predisposición romana de la integridad, la rectitud mientras no exista obediencia y cumplimiento. El análisis conceptual que plantean los autores es una investigación filosófica acerca del significado de ciertas palabras y expresiones. Sin embargo, no hay que confundir

estas investigaciones sobre el significado de determinadas expresiones con una investigación empírica acerca de los usos del lenguaje. El análisis conceptual no pretende describir los hábitos lingüísticos o las reglas semánticas de un determinado lenguaje, sino explicitar las posibles relaciones de significado de una determinada red conceptual. No se trata de dar a la observancia una instrumentalización de conformidad, o defender una actitud pasiva, ajena a la voluntad de cumplir puesto que deja hacer. La observancia hay que entenderla en un sentido amplio de obediencia pasiva y no activa. La filosofía del derecho intenta proporcionar los fundamentos conceptuales y las herramientas metodológicas para el análisis y la descripción de las características principales del derecho. En la filosofía jurídica, al igual que en otras ramas de la filosofía, existen distintos tipos de investigaciones y no debería presuponerse que cualquier problema puede ser provechosamente analizado con cualquier método de análisis (Véase, Raz, Joseph, *The problem about the nature of Law. In Ethics in the public Domain*, pg 179-194. Oxford University Press. Oxford, 1994). La Insuficiencia del Código penal y de los medios de control es otro elemento, al margen del modo de resolver de los jueces. En el código penal se exponen entre otros, los siguientes conceptos, que manifiestan en torno a la noción de delito (1.1.10); una tipología que se relaciona con la idea principal. Los tipos expuestos son los recogidos bajo los epígrafes de personas responsables 1.1.27 y ss, la apología del delito 1.1.18; la Ley Aplicable. 1.1.7; la responsabilidad civil 1.1.16, 16, 62, 63 y 64, el consumado 1.1.15, 61 y 63, el continuado 1.1.74 y 132.1 y 2.2 Mas concretamente los delitos fiscales o contra el Patrimonio y el orden socioeconómico 1.1.234 y ss, contra la Hacienda Pública 1.1. 350 y ss; el relativo a corrupción de funcionarios recogido en los artículos 1.1. 423, 445, 471, bis.5.

La apropiación que tiene como sujeto a la autoridad o funcionario queda recogida en los números 1.1.438 y 534.1.2; la indebida en los 1.1.252, 253 y 254; 269, 438 y 623.4 y en el 2.4.150. Entre los delitos contra el patrimonio el delito de Estafa 1.1.248, 249, 250, 251; el mismo hecho, cometido por funcionario público se regula en el 1.1.438; el que conlleva excusa absolutoria 1.1.268..., el relativo a las denominadas faltas contra el Patrimonio en el Títulos II, (1.623.4) del que hay que contemplar especialmente los arts 627 y ss; dado que los anteriores regulan la figura del hurto (claro que hay quien pensara “por algo se empieza”) y la

punibilidad contra los actos preparatorios 1.1.269; el delito de Cohecho 1.1.419 y ss, relacionado con el de Dádivas a los funcionarios 1.471, bis 7; a elector 2.4 (146.1.a); la solicitud en tráfico de influencias en el 1.1.430 y Malversación de fondos o de caudales 1.1. 432. 233, 434 y 435. Esta es solo una muestra de la tipología reseñada o catalogada; en ella se contemplan actos preparatorios del delito, que supera la mera apreciación de los indicios el consumido, el continuado, la misma Ley aplicable. Pero, a pesar del carácter prudente de aplicar las penas tras proceder desde la ley específica sobre la general, la subsidiaria solo en el caso de no poder aplicarse la general (art 1.8.1 y 1.8.2) y de su “justicia o “justeza” en el modo de observar el hecho concreto, el procedimiento no determina la eficacia de la resolución aplicable. Se diría que los procedimientos de reserva o preservación efectiva de derechos sobre los inculpados contradice “*per se*” un resultado efectivo. Tomemos algunos números en lo relativo a la malversación Lib II. Título XIX, capítulo VII, artículos. 432-435, veamos lo expuesto en el 431:

1. “La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años.

2. Se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público. Las mismas penas se aplicarán si las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico, o si se tratara de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública.

3. Cuando la sustracción no alcance la cantidad de 400 euros, se impondrán las penas de multa superior a dos y hasta cuatro meses, prisión de seis meses a tres años y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de hasta tres años”.

Así, las penas podrán ser más o menos ajustadas a la proporcionalidad del hecho, pero quizá no van dirigidas al germen, a la intención,

a la voluntad de hacer, del motor dado que solo atienden al hecho en su comisión y se aplican a posteriori. ¿No existe una vigilancia o un control especial en determinados ámbitos? Luego, intervienen otros factores en el análisis y en la intervención judicial, las circunstancias probatorias, los testigos, las declaraciones, que formulan la complejidad de las citadas resoluciones. Pero, ¿son de fiar todos estos elementos? En las resoluciones no parece anidar nada más por lo menos con carácter *Ad ferenda*. Entonces ¿ha de ser el elemento coercitivo, la pena y no el resto de las consecuencias lo que suponga la inevitabilidad del delito? Será más bien evitar la conexión entre una mentalidad predispuesta a la posibilidad de delinquir, al margen del estudio solo de los posibles concretos lo evitable, ¿Se podría considerar como una mera cuestión de educación? ¿Puede una sentencia educar no en función de la norma, sino de los principios guardianes derecho y del respeto a la ley? El delito no es solo una conducta, una actitud o un comportamiento, es una capacidad y una aptitud, contraria a la ley, al bien común, enfrentado al buen sentido, que demás entroncamos con una dimensión ética.

Abstraer el concepto para encontrar su tipificación relativa a la tipología de lo corrupto nos lleva a reforzar el mismo modelo de análisis. La importancia dada al tema no quiere decir que sobrevaloremos o enaltezcamos su razón de ser. Nuestra intención es muy otra; se trata de proclamar, llamar la atención sobre la importancia de lo que para muchos es deseable.

IV. ¿CORRUPCIÓN JUDICIAL?

Los libros mencionados al comienzo de esta exposición, y los publicados, en general no rebosan erudición o profundidad académicas. Se trata de trabajos de divulgación, algunos incluso son un poco planos. Cuando empezaba a redactar este trabajo, algunos medios en papel como el diario ABC o internautas criticaban al juez Garzón por abandonar varias decenas de causas pendientes de juicio, al desviar su atención a enaltecer la Ley de Memoria Histórica. No solo fracasó de forma doble en su gestión por intentar aplicar contra viento y marea esta última en detrimento de los casos por resolver. También se le acusaba de cobrar de forma ilegal 25 millones de dólares de la universidad de Yorkstown, afamada entidad donde todo político jubilado parece estar comprometido

a dar una conferencia o un curso al menos en su vida. A continuación se le ha acusado de mentir, en referencia a su visita a un Symposium contra el terrorismo en Lima, si realmente iba a pescar pirañas y capturar especies exóticas, según una diversa documentación audiovisual. ¿Qué se puede esperar de un juez, que quiere figurar en el encabezamiento de listas de un partido, violando el principio de independencia y separación de poderes? ¿Podrán ser justas sus sentencias y demás disposiciones, cuando su imparcialidad u objetividad quedan automáticamente descartadas? ¿Qué se puede esperar de la justicia cuándo sus principales representantes ejercen la dejación o incurrir en delitos semejantes a los de sus encausados?

También es cierto que al magistrado, Javier Gómez de Liaño se le condenó, inhabilitándole de su cargo, con 331 causas pendientes y hace varios meses se optó por su rehabilitación, dado que muchas acusaciones contra él carecían de fundamento. Pero no se volvió a saber nada del tema tras el marasmo originado por el caos desde la legislatura 2004-2008 a la actualidad. Como siempre las causas se subsumen, se camuflan, tienden a disolverse cuando dejan de ser objeto de publicidad o consumo, cuando la prensa recibe órdenes de no proseguir. Su divulgación ya nadie sabe nada acerca de los asuntos Forum-Afinsa, poco de Pepe el del Popular, cuyo delito ya ha prescrito, Fabra, Pranells, Góndola, Eolico, Brisan. Falcan... No obstante, el perjurio, la calumnia ¿no son también causa de este ambiente de corrupción, donde todo es posible y el pago de los platos rotos no acierta o no trata de acertar a lo auténticos culpables? ¿Son suficientes las penas de cárcel o de privación de libertad? ¿Debe estimarse conveniente la proporcionalidad de la pena en función del resultado o plantearla como un mero acto de coacción personal? Aun en el cumplimiento de sentencias justas, adaptadas a los móviles, las maneras y los resultados ¿se puede asegurar la reposición de lo sustraído? ¿Deberán las sentencias judiciales dar solución a los delitos contra el parecer de la sociedad, en honor de la verdad, o realmente adquirirán un valor relativista adaptándose a la mentalidad actual? Las penas se imponen como una consecuencia lógica del daño, referido a cada caso concreto, pero sin calcular el daño social, la repercusión en lo colectivo. Si fuera así, volveríamos a determinar la ejemplariedad de las penas. Pero, quizá la ineficacia jurídica no se encuentre solo reseñada por la naturaleza penal. También entran en juego los procedimientos, las fórmulas procesales, las formalidades, la rapidez o duración de los juicios (debida o indebida),

que discurren en paralelo con la causa seguida en los medios y por tanto, objeto de divulgación en función de su repercusión social, más allá de la distracción o su carácter de espectáculo. No obstante, estas publicaciones denotan una importante inquietud en un país cada vez más indiferente políticamente; lo digo en el sentido participativo, que es en definitiva el fenómeno, que ofrece más sentido al término “democracia” que al concepto “Estado de Derecho”.

De aquí se deduce un manifiesto desinterés general por no intentar implicarse en asuntos jurídicos, ni siquiera a nivel particular, porque el ciudadano no confía en la administración de justicia, ante la incertidumbre de los resultados. Pero, si el ciudadano no lo hace a pequeña escala, ¿se va a implicar a escala nacional, cuando los detalles de forma y contenido se omiten o se le escapan entre los resortes del poder? Los bancos, los empresarios dedican buena parte del llamado “blanqueo de dinero negro” a fines sociales, protección de la cultura, exposiciones, museos.. etc. Es la manera de ofrecer la cara amable de un poder alcanzado sin los más mínimos escrúpulos. Pero, si analizáramos la procedencia exacta de esas cantidades no habría donaciones para temas culturales y sociales, no se habrían edificado universidades privadas ni se hubiera dado trabajo a profesores o auxiliares administrativos en paro. Así, todos debemos callar y no tentar a la suerte, cuando la corrupción se convierte en un bien social. Entre la certeza y la sospecha no podemos dejar de pensar que la corrupción, al menos en este sentido genera empleo. Se desencadena una situación próxima a la denunciada en el libro de Saviano *Camorra*; donde se afirma que el Estado italiano esta vendido a las sociedades secretas mafiosas y a la Camorra en concreto. Y, si bien la situación en España no ha llegado a tanto o simplemente parece diferente, no le lleva mucha distancia. Cuantas veces se nos dice que hay que tragar cuando un empresario decide contratarte no como una obligación o un derecho constitucional, sino como un favor personal suyo, porque tanto en la negociación como una vez aceptadas las reglas (no las legales sino las del propietario) es del todo contraproducente saber, investigar o pensar. La multitud de variaciones en las relaciones laborales no es síntoma de riqueza socio-jurídica, sino la selva que anuncia la ausencia de legalidad y de un control firme, y se hace de los sindicatos una entidad totalmente superflua e innecesaria, y que anula en su conjunto la acción del Estado. Aunque aun no exista una complicidad probada entre la clase empresarial

y la mafia en España, sí existen ciertas complicidades entre clases dirigentes, políticas y empresariales que recurren cuando es preciso a tácticas mafiosas a gran escala. Del mismo modo, llevan a cabo estas prácticas a pequeña escala entre clientelas, amigos de confianza, aliados y toda una extensa corte pendiente de información privilegiada, como suele decirse. El carácter interno e incluso secreto de estas relaciones y comportamientos son asunto que conocen jueces y magistrados, sin que haya un organismo vigilante, ni una denuncia en firme ni una contestación por parte de alguna autoridad. En la actual crisis todo parece reducirse en el fondo a estas tácticas, desde las relaciones de contratación laboral hasta las subidas ilegales de impuestos. Los abusos de autoridad, la apropiación de dinero con una apariencia de legalidad están a la orden del día, sin que nadie haga nada para evitarlo, sin que existan protestas con un valor coercitivo o de fuerza. Las denuncias en las Juntas de distrito se acumulan, prevaleciendo la aplicación exquisita del procedimiento administrativo sobre el mismo contenido que se demanda. Todo esto se lleva a cabo, no con el ferviente y colectivo deseo de que se haga justicia o venganza, ni desde una fe en el sistema, sino en la idea de que al menos, se revise mi caso como el de cualquier otro a nivel individual. Porque no existe ninguna fe en la acción estatal o gubernativa como tampoco existe en el Estado de Derecho, ni en el orden socio- económico y menos aun en lo político. No existen garantías ni en las oficinas de consumo ni en ninguna entidad con carácter institucional, especialmente cuando las protestas se deben hacer a través de organismos municipales, dado que el Ayuntamiento y las grandes compañías se reparten el fruto de los impuestos. Vivimos en una sociedad en la que nada es de fiar. La confianza depositada en las instituciones es forzada y en consecuencia, donde aquella no exista de buen grado tampoco viene acompañada de la legitimidad suficiente para que resulte de ella una licitud y una legalidad profundamente arraigada. Se trata incluso de un ámbito social, donde el mero hecho de exponer estas críticas, convierten al individuo que las hace en un iluso o un ser marginal.

La justicia “hace la vista gorda” o simplemente no sabe dar una solución, porque es difícil no verse tentado en la red de sobornos, chantajes y demás coerciones derivadas del verdadero poder en una democracia liberal: el dinero. Según esto no puede ni debe haber eficacia jurídica; simplemente no interesa, no es deseable. Cuando se declaran sentencias

de cárcel, no cabe una reposición de las cantidades estafadas; y el delito sigue declarándose impune en consecuencia. La oportunidad que se presenta en este curso académico, al hablar nada menos que de la eficacia jurídica nos lleva a su concepto contrario, el de la ineficacia. La pregunta general que inquiere el tema de la corrupción económica es la que sigue, ¿existe eficacia jurídica probada en la administración de justicia en España ante estos casos? ¿Será que la democracia es más permisiva ante los hechos delictivos en general, omitiendo el viejo principio de quien la hace la paga?, ¿será que entendemos la democracia al margen del Estado de Derecho? Siempre es interesante, a nivel sociológico, pensar a este respecto en una frase frecuente: “prefiero que estén en el poder y que roben los míos, a que roben los de los demás (partidos se entiende)”. Según esto, no es solo la falta de fe en el sistema en general lo que deja indiferente a mucha gente, sino la fe en los jueces y en los tribunales lo que deja bastante que desear. Lo que se entiende comúnmente como un binomio Estado de Derecho y democracia se desvalora.

V. CONCLUSIÓN

Unos años antes en 1992, a fines de la penúltima legislatura socialista, Ricardo de la Cierva publicó una serie de conferencias con el título de *Historias de la Corrupción* en la editorial Planeta. En 1989, el historiador De la Cierva había publicado *España una sociedad violada*, también en Planeta. Se trata, en el primer caso de una historia controvertida de la corrupción político-económica en nuestro país. La segunda obra mencionada es un análisis sociológico, que recoge de la frase del vicepresidente Alfonso Guerra: “*A España no la va a reconocer ni la madre que la parió*”. El hecho era (y sigue siendo) singular, ya que nadie ha publicado una obra en este sentido, que determine un precedente bibliográfico o un hito a desarrollar sobre la corrupción. Del mismo modo no existe tampoco un estudio detallado sobre las resoluciones jurídicas a este respecto. Y, sin embargo, las sentencias emitidas por los distintos tribunales para cada caso constituyen toda una historia jurídica no publicada, que abarca la corrupción desde los “affaire” Matesa o Sofico hasta los casos Malaya o Gürtel. Los asuntos de este tipo afloran tan constantemente que aunque aluda al último de los acontecidos, nada más leerlo, habrán aparecido una docena más. El contraste actual entre la crisis económica y los es-

cándalos financieros recrudescen el valor que debería adquirir la justicia, alcanzando aun más un papel de mayor relieve frente a su desprestigio actual. Hoy que hemos asistido a la primera huelga de jueces de la historia según aducían los promotores por falta de medios ante causas pendientes desde 1992; nos parece aun más acuciante el problema. A modo de contraste en Francia o en el Reino Unido o cuando hacemos referencia los españoles a veces al término: “en Europa”, parece que allá los casos de corrupción siempre se saldan con alguna dimisión más o menos inmediata e incluso con algún suicidio.... Se entiende que la acción de suicidarse, al margen o no de toda resolución jurídica implica un acto voluntario, pueda aparecer como un último vestigio de vergüenza, que no tiene que ver con ninguna resolución judicial. Desde luego, no es objeto de este trabajo la inducción al suicidio, a la japonesa. Naturalmente para hablar de la ineficacia, habría de suponer que es su opuesto. Y la pregunta clave sería precisamente ésta: ¿qué se espera de la eficacia jurídica para que no degenera en su contrario? Ello motivaría a un trabajo doble: qué es lo primero (lo que debe ser) para definir exactamente qué es lo segundo y así motivar la justicia, a la honradez del fin último que se persigue. Por ello esta exposición, dadas sus reducidas dimensiones, debe remitirse a una somera introducción a este respecto. Por “eficacia” damos por sentado que es aquel resultado que ofrece una garantía no de derecho sino también de hecho (real y no teórica); si es posible desde la conjunción de las denominadas letra y espíritu constitutivas de la norma.

No basta con pregonar las garantías jurídicas, las formales, las procesales que se exponen en la Constitución cuando se convierten en solo fachada y justificación, si carecen de contenidos reales. La eficacia no se traduce solo en la rapidez, en el carácter de sumariedad e incluso de preferencia de algunos juicios sino en el principio de adecuación de la sentencia al delito, el acatamiento, el cumplimiento, la aplicación y realización plena de aquellos métodos e instrumentos judiciales y penales que den por sentado no unas cuantas seguridades abstractas, sino que la resolución en función de la pena sea tal, que sea imposible no la sola reincidencia del individuo que ha delinuido y la de otros que quieran delinquir, también la anulación de toda libre determinación en la intención cleptocrática. Si el planteamiento resulta demasiado ambicioso o idealizador, habrá al menos de pensar que esos resultados o consecuencias

derivados de toda resolución supongan un auténtico riesgo al encausado, al margen de todo reto o tentación desafiante...

LA EFECTIVIDAD DE LAS OPERACIONES DE PAZ EN LOS CONFLICTOS INTERNACIONALES

BEATRIZ CASTRO TOLEDO

Académico Correspondiente y Prof. de la UCM

Resumen: En el artículo se analizan las excepciones a la utilización de medidas pacíficas para resolver cualquier controversia internacional. Toda comunidad jurídica organizada tiene determinados órganos que en principio, están llamados a reprimir transgresiones jurídicas, la situación es completamente diferente en el Derecho Internacional. La Carta de las Naciones Unidas establece un sistema de *seguridad colectiva* en el que atribuye al Consejo de Seguridad la facultad de adoptar medidas, incluso utilizando la fuerza armada en las situaciones que impliquen una amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o un acto de agresión o un acto de agresión.

Palabras clave: Seguridad colectiva, legítima defensa, injerencia humanitaria.

Abstract: The article analyzes the exceptions to the use of pacific measures to resolve any international conflict. In any judicial organized community there are certain entities which in principle are called to suppress juridical transgressions. The Charter of the United Nations establishes a collective security system whereby the Security Council (UNSC) has the right to take actions granted, even by the use of force in those situations where peace is at threat, broken or in any act of aggression.

Keywords: Collective security, Legitimate defense, Humanitarian interference.

1. LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR EL CONSEJO DE SEGURIDAD

La Carta de las Naciones Unidas introduce la norma de la prohibición del uso de la fuerza junto con los principios de soberanía y de no intervención en los asuntos internos de los Estados. Estos constituyen los tres pilares sobre los que se asienta el Derecho Internacional Contemporáneo. Algún autor¹ ha llegado a escribir que esta prohibición es la norma más importante del Derecho Internacional que impone la obligación a los Estados de no recurrir a la guerra y al uso de la fuerza como medio habitual de solución de controversias, hasta el extremo de que la incorporación de la prohibición del uso de la fuerza unilateral es uno de los principios básicos relativamente recientes en el ordenamiento jurídico internacional.

La norma de la prohibición del uso de la guerra², si bien constituye una norma de Derecho internacional general, no tiene un carácter absoluto, ya que permite algunas excepciones. En la actualidad, la doctrina mayoritaria coincide en reconocer tres excepciones básicas: Por un lado, la utilización de la fuerza por parte de la propia organización de las Naciones Unidas, en forma directa e indirecta, en cumplimiento de garantía de la paz y seguridad internacionales, según se expresa en el artículo 42 de la Carta. Por otro lado, en el supuesto de legítima defensa, tal como se establece en el artículo 51 de la Carta. Y, por último, el recurso a la fuerza en defensa del derecho a la libre determinación de los pueblos, que aunque no explícitamente reconocido en la Carta se deduce de las Resoluciones de la Asamblea General al respecto.

Pero, ¿cuál es el alcance normativo de la prohibición del artículo 2,4 de la Carta? La contestación a esta cuestión requiere una interpretación de la norma y de su desarrollo, situándola en el contexto de la Carta y de las Declaraciones aprobadas por la Asamblea General. Los aspectos más relevantes son: 1) precisar cuál es el significado de fuerza o amenaza de fuerza que se prohíbe en las relaciones internacionales, 2) las conse-

¹ CARRILLO SALCEDO, J.A. : *Curso de Derecho Internacional Público*. Tecnos, Madrid 1999.

² Según el artículo 2,4 de la Carta de las Naciones Unidas “los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o de cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas”.

cuencias de recurrir a la fuerza y, 3) la identificación de las excepciones o límites a la prohibición.

1.1. La prohibición de la fuerza armada

El alcance de la prohibición de la fuerza establecida en el artículo 2,4 de la Carta ha sido muy discutido y ya nadie pone en cuestión, ni la doctrina o la jurisprudencia, o las resoluciones de la AGNU, o los Estados que está prohibida la fuerza *armada*, directa e indirecta.

A tal efecto, la Declaración sobre Principios (res. 2625- XXV) de la AGNU, completada con la Resolución 3314 (XXIX) de la AGNU define qué se entiende por *agresión* y la enumeración de actos que en ella se incluyen³. Sin embargo, los textos internacionales no son tan precisos con los actos que *amenazan a la paz*.

³ Art. 1º resolución 3314 (XXIX) AG. define la agresión: es el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o de cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas.

Y el art. 3º añade cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra:

a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aun temporal que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él;

b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado.

c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado;

d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea;

e) La utilización de las fuerzas armadas de un Estado, que se encuentra en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo;

f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado;

g) El envío por un Estado, o su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos.

Los supuestos de fuerza armada no se agotan en los usos graves que enumeran la Declaración de Principios y la definición de agresión, sino que incluyen los actos menos graves de la fuerza como son la utilización de bases militares infringiendo lo acordado o prologando su permanencia más allá de lo acordado. Dentro de esta misma categoría, encontramos los actos de la fuerza armada *indirecta*, cuando el Estado cede el territorio para que desde él un Estado ataque a otro, cuando organiza o fomenta la organización de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios para que hagan incursiones en el territorio de otro Estado o cuando organiza, instiga, ayuda o participa en actos de guerra civil o de terrorismo en otro Estado o consiente actividades en su territorio encaminadas a la comisión de dichos actos⁴. En definitiva un *ataque armado* no tiene porqué consistir en la acción de fuerzas regulares que crucen una frontera internacional, sino que también puede producirse con el envío de bandas, grupos de irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos de acción directa.

También pueden calificarse como actos menos graves de la fuerza los supuestos en que se amenaza a un Estado, con supuestos de fuerza apercebida o conminada: ultimátums, demostraciones navales o aéreas, concentración de tropas en la zona fronteriza o el uso de armas nucleares, en orden de reducir o eliminar los riesgos que un ataque llegan a constituir. Según el Tribunal Internacional de Justicia en el asunto de *la legalidad de la amenaza o el uso de las armas nucleares*, 1996, se entendió que depende de varios factores aunque si el uso de la fuerza por sí misma es ilegal igualmente será ilegal. La amenaza del uso de la fuerza constituye una violación del artículo 2,4 de la Carta.

Otra cuestión es si el término *fuerza* comprende otras formas no militares de coerción, como la política, la diplomática, la económica o en base a la prohibición del artículo 2,4 de la Carta. Con relación a esta cuestión, la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, ha hecho una interpretación extensiva del término *fuerza* del artículo 2,4 con la pretensión de abarcar en la prohibición otras formas de coerción.

⁴ Vid artículo 3,g de la Resolución 3314- XXIX de la AGNU.

Sin embargo, esta línea interpretativa cuenta con posiciones enquistadas y poco evolucionadas entre la mayoría de los Estados desarrollados⁵.

1.2. Excepciones a la prohibición de la fuerza

De acuerdo con lo establecido en la Carta de las UN se advierten dos excepciones a la prohibición del empleo de la fuerza en las relaciones internacionales: 1) la acción individual o colectiva emprendida por los miembros de la Organización sobre la base de una decisión o recomendación del C. de S. conforme al Capítulo VII de la Carta; 2) la acción de las organizaciones regionales, según lo dispuesto en el artículo 53 de la misma; 3) la legítima defensa, individual o colectiva, prevista por el artículo 51. En realidad esta es la única excepción, pues en los otros dos supuestos son el complemento necesario e institucional de la prohibición y se insertan en el mecanismo de seguridad colectiva previsto por la Carta.

El Consejo de Seguridad ha subsumido en este tipo de situaciones que ponen en peligro la paz y la seguridad internacionales los que derivaban de conflictos internos más que interestatales. A tal efecto, una vez calificada la situación en uno de los tipos del artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas, el Consejo está facultado para adoptar las siguientes medidas:

- a) Recomendaciones a las partes implicadas.
- b) Medidas de conformidad con los artículos 41 y 42 de la Carta.

El Consejo de Seguridad podrá instar a las partes a que cumplan con las medidas provisionales (alto al fuego, retirada de tropas, tregua, armisticio y otras ...) que considere necesarias, a fin de evitar un agravamiento

⁵ En la Conferencia de San Francisco se rechazó la enmienda brasileña cuyo objetivo era incluir en la prohibición del artículo 2,4 el empleo o amenaza de medidas coercitivas de naturaleza económica, lo cual ha sido argumentado por los países occidentales como una aportación negativa.

En esa misma línea de oposición a una propuesta cubana se mostraron los países occidentales en el proceso de negociación de la *Declaración sobre el mejoramiento de la eficacia del principio de no utilización de la fuerza o de la amenaza del uso de su uso en las relaciones internacionales*, (res.42/22), adoptada por la AGNU, sin necesidad de votación en 1987.

de la situación (art. 40). Una vez constatado el fracaso de las medidas provisionales, el C. de S. tiene en su mano decidir otras medidas: 1º que no impliquen el uso de la fuerza armada, tales como la interrupción parcial o total de las relaciones económicas y diplomáticas (arts. 39 y 41) y 2º) ejercer por medio de fuerzas aéreas, navales, terrestres, la acción necesaria para mantener y restablecer la paz y la seguridad internacionales, en el caso de que se consideren o demuestren ser inadecuadas las medidas previstas en el artículo 41 la acción puede comprender demostraciones, bloqueos y otras operaciones ejecutadas por las fuerzas de los Estados miembros.

La mera formulación de medidas y la graduación de las mismas, son sólo una propuesta razonable establecida en la Carta, y el Consejo de Seguridad valorará su empleo en cada caso, y nada impide que, ante situaciones de suma gravedad, este órgano recurra directamente a medidas militares como en el caso de la intervención Iraq/Kuwait (Resolución 678 de 1990).

En la práctica seguida por el Consejo de Seguridad, se distinguen tres momentos: durante la guerra fría (1945/1989), la postguerra fría 1990/1997, y hasta la actualidad.

En la primera etapa, el funcionamiento del sistema de seguridad colectiva no se califica como exitoso. El C. de S. estuvo paralizado al no poder asumir sus responsabilidades en el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacional. En el segundo de los periodos, en particular, después de la caída del muro de Berlín en 1989, el cese del enfrentamiento entre las dos superpotencias, representa la inauguración de un nuevo orden mundial. Este cambio ha supuesto la superación del unilateralidad estatal en el uso de la fuerza por la sustitución de estructuras institucionalizadas donde el Consejo de Seguridad ha asumido, por fin, el papel que le ha otorgado la Carta de San Francisco con respecto al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales junto con el salto cualitativo que se produce en la doctrina internacionalista, como es el concepto nuevo de "Derecho a un sistema democrático".

Las operaciones de paz que las Naciones Unidas han llevado a cabo en los últimos tiempos, no finalizan con el cese de las hostilidades, sino que deben continuar en la fase posterior. Desde las primeras misiones en que las Naciones Unidas se implicaron allá por el año 1948, la naturaleza y alcance de las operaciones de paz han ido evolucionando hacia la

intervención en los enfrentamientos internos entre facciones de un mismo país. La expansión de la participación internacional en las misiones, ha conducido progresivamente a éstas a la presencia militar del mayor número de países y de muy diversas organizaciones civiles de todo tipo, a la vez que se han ampliado de manera considerable los objetivos finales a alcanzar en el periodo posconflicto, como son la estabilización y la reconstrucción del país.

2. LEGÍTIMA DEFENSA

Esta medida está reconocida en el artículo 51 de la Carta como un derecho de los Estados miembros de las NU, en caso de ataque armado individual o colectivo, hasta que el C. de S. haya tomado las medidas necesarias para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional.

Algunos autores (STRUPP y KELSEN) creen, sin embargo, que la legítima defensa internacional no es un concepto autónomo, sino que queda comprendida dentro de las represalias. Ambas tienen efectivamente un supuesto común, a saber: un acto ilícito del enemigo. Pero ello no opta para establecer una distinción entre legítima defensa y las represalias, ya que estas últimas pueden ser pacíficas y no bélicas⁶. Sin embargo VERDROSS afirma, y en contra de KELSEN, que la legítima defensa no tiene cabida en el DI porque como modalidad excepcional que es de autotutela, solo cabe en un ordenamiento jurídico que transfiera de una manera general la vindicación de los actos ilícitos a un órgano comunitario. Con ello, pasa por alto KELSEN, según VERDROSS, que en un sistema jurídico que reconozca en principio la autotutela, determinados hechos antijurídicos pueden estar inmediatamente provistos de consecuencias coercitivas, mientras que otros solo lo están mediatamente. En este sentido el DI permite una reacción violenta e inmediata contra agresiones

⁶ Las represalias como medio interestatal de tutela del Derecho han sido reconocidas desde los orígenes mismos del DI. Consisten en una injerencia jurídica de un Estado lesionado en sus derechos contra bienes jurídicos particulares del otro Estado infractor para que repare el acto ilícito o desista de tales acciones. Éstas pueden ser pacíficas o bélicas y van dirigidas contra cualquier bien jurídico del adversario. Aunque respetando ciertos límites: a) proporcionalidad entre la represalia y el hecho que la motiva y b) las represalias pacíficas no pueden traspasar los límites del derecho de la guerra, o sea, alcanzar bienes jurídicos protegidos por aquel.

antijurídicas actuales o inminentes (legítima defensa), mientras que no en otros supuestos ilícitos.

El carácter inmanente del derecho a la legítima defensa es una manifestación, a tenor del artículo 51, de que tal derecho tiene naturaleza convencional y también consuetudinaria. El doble carácter, convencional y consuetudinario, de la legítima defensa ha sido reconocido tanto por la doctrina como por la CIJ, en el asunto de las *actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (1986)⁷.

En la actualidad, existían dos posturas contrapuestas con respecto a la legítima defensa preventiva, dado que el artículo 51 de la Carta, habla expresamente de “ataque armado” y no de simple agresión, que es un concepto más amplio. Pero que además, la acción de la legítima defensa debe cumplir los requisitos de *necesidad de la acción y de proporcionalidad con el ataque* frente al que se reacciona, requisitos que, aunque no estén expresamente enunciados en el artículo 51, forman parte del concepto mismo de legítima defensa, tal como ha confirmado la jurisprudencia. De tal manera, que el derecho de legítima defensa sólo puede entenderse como *provisional y subsidiario*, puesto que este ejercicio directo sólo será legítimo en tanto en cuanto el CSNU no adopte las medidas adecuadas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, mientras que los que mantenían una interpretación extensiva del artículo 51, consideran que este argumento sólo es posible admitirlo en el caso de un perfecto funcionamiento del sistema de seguridad colectiva creado por la Carta .

Los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001 han planteado una nueva cuestión de interés en torno a la legítima defensa, cual es, la utilización de ésta como respuesta a los ataques terroristas. Tanto la *Resolución 1368* (2001), de 12 de Septiembre, como la *Resolución 1373*(2001), de 28 de Setiembre, adoptadas por el Consejo de Seguridad tras los atentados contra los Estados Unidos afirmaron que los actos de terrorismo “crean amenazas a la paz y seguridad internacionales” y

⁷ Según los autores defensores de este derecho a la legítima defensa es una norma consuetudinaria, incardinada en el Derecho Natural, ejercida por el Estado preventivamente cuando va a ser víctima de un ataque armado. Es más, es norma convencional al desplegarse la plasmación de la legítima defensa en el artículo 51 de la Carta es el efecto *cristalizador* del Derecho Internacional consuetudinario. Vid REMIRO BROTONS, A. : *Derecho Internacional*. Ciencias Jurídicas, Madrid , 1997, pág. 920.

reafirmaron el derecho a la legítima defensa individual o colectiva. La ambigua y al parecer “calculada” referencia por ambas resoluciones al derecho inmanente de legítima defensa ha provocado que algunos establezcan una equiparación entre dos realidades bien diferentes: ataques terroristas y ataques armados⁸.

En definitiva, la legítima defensa en el DI contemporáneo es la excepción principal y más importante a la prohibición general al uso de la fuerza por los Estados, reconocida en el artículo 51 de la Carta al permitir el uso unilateral de la fuerza pero supeditado al control de la Organización, que es quién posee el monopolio de la fuerza⁹.

3. LA ASISTENCIA HUMANITARIA

La asistencia humanitaria parece ser el antecedente más próximo de intervención humanitaria. Puede afirmarse que la asistencia humanitaria se caracteriza por tener como única finalidad la prestación de socorro a las víctimas de desastres humanitarios, ya sean de origen natural o producidos por el hombre y, como se afirmó en el *Coloquio internacional sobre el derecho a la asistencia humanitaria* organizado por la UNESCO en 1955...”la asistencia humanitaria no debe ser confundida ni con la legítima defensa, ni con el mantenimiento de la paz, ni con el restablecimiento del Derecho, es una acción guiada por la convicción de actuar como haga falta para que no sean despreciados los derechos más fundamentales del hombre”.

La asistencia humanitaria ha sido configurada en el marco del Derecho humanitario en relación con los conflictos armados que no sean de índole internacional en la regulación contenida en el artículo 3º de las cuatro Convenciones de Ginebra dispone:

⁸ Vid CARRILLO SALCEDO, J. A.: “¿Están vigentes los principios de la carta de Naciones Unidas?”, en *Los nuevos escenarios internacionales y europeos de Derecho y Seguridad Internacional*, op. cit., pág. 36.

⁹ RODRIGUEZ CARRIÓN, A. J.: “Las nociones de amenaza y uso de la fuerza y uso de la fuerza nuclear”, en *la ilicitud del uso de armas nucleares en los conflictos armados*; pág. 114.

“La partes contendientes están obligadas a respetar una serie de normas mínimas que se traducen en : 1) la obligación de trato humanitario e igual respecto de cualquier persona que no participe en el conflicto, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas o se encuentren por cualquier otra causa fuera de combate, y 2) la obligación de Socorro y cuidado de los heridos y enfermos”.

Para prestar *la asistencia humanitaria* se requieren unos requisitos antes de que se inicie la prestación humanitaria. Estos son tres: a) *una situación de emergencia o urgencia en la que están corriendo grave peligro el pacífico disfrute de los derechos más fundamentales*: derecho a la vida y a la integridad¹⁰. Este es el presupuesto objetivo que esta situación de emergencia puede deberse a la “existencia de un conflicto armado, de disturbios interiores o tensiones internas, a causa de desastres naturales e industriales o cualquier otra situación susceptible de poner en peligro la vida, la seguridad, la dignidad o los bienes materiales indispensables para el ser humano¹¹ ; b) *la imposibilidad, por parte del Estado afectado por la crisis o catástrofe, de llevar a cabo las pertinentes acciones de socorro, cuando el Estado no tiene medios para realizar las pertinentes acciones* debe acudir a terceros Estados o a organismos internacionales. En el caso de la asistencia a la población kurda del norte de Irak, en 1990, era el Estado iraquí quien provocaba la crisis, por lo que era lógica la no asistencia por parte del Estado. En el caso somalí, por el contrario, la imposibilidad de asistencia por parte del Estado se debía a la inexistencia de estructura estatal, y c) *el previo consentimiento del Estado* es un ele-

¹⁰ La situación de emergencia es el elemento clave que se diferencia de otras figuras como son la ayuda al desarrollo, programas de rehabilitación y de reconstrucción de la economía o las instituciones democráticas. Vid ABRIL STOFFEL, R.: *La asistencia humanitaria en los conflictos armados*. Tirand lo Blanc. Valencia, 2001.

¹¹ FERNÁNDEZ SANCHEZ, P. A.: “Soberanía del Estado y Derecho Internacional en situaciones de emergencia. Vid también ABRIL STOFFELS, R.: *La asistencia humanitaria y los principios jurídicos recogidos en el Derecho Internacional Humanitario*, cit. pág. 25.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que las Resoluciones de la Asamblea General sobre el tema (por ejemplo, la 43/131 de 8 de Diciembre de 1998 y la 45/100, de 14 de diciembre de 1990) obvian la referencia expresa a los conflictos armados refiriéndose únicamente a la “asistencia humanitaria a las víctimas de desastres naturales y situaciones de emergencia similares”.

mento necesario en cuanto que es un atributo de la soberanía del Estado y no un organismo humanitario quien emprende la acción de socorro unilateralmente y, en especial, en los conflictos armados internos¹².

Por tanto debe llegarse a la conclusión de que siguiendo las directrices del Derecho Internacional Humanitario, como son el artículo 9 común a los tres primeros Convenios y, en el artículo 10 del IV Convenio que es necesario el consentimiento por parte del Estado, si bien, en el caso de conflicto armado en que se producen violaciones de los derechos fundamentales, el Consejo de Seguridad se ha pronunciado a favor de la asistencia humanitaria entendiendo que el Estado no puede rehusar arbitrariamente la prestación de socorro ya que se derivaría responsabilidad internacional para el Estado territorial¹³.

4. LA INTERVENCIÓN HUMANITARIA

En torno a esta figura jurídica de la intervención humanitaria radica una cuestión central de si es o no contenido directo o indirecto de alguna norma de Derecho Internacional actual, puesto que la respuesta nos permitiría determinar la licitud de la intervención y el uso de la fuerza a pesar de la prohibición en el Derecho Internacional actual¹⁴.

En el debate doctrinal sobre las intervenciones humanitarias que se ocupan de su licitud e ilicitud se mantienen dos posiciones enfrentadas: las que niegan la licitud y la de quienes la afirman, Estas últimas en nombre del humanismo jurídico y la defensa de los derechos humanos, entienden que el derecho interno debe estar al servicio de la persona humana. Es más, para el Derecho Internacional al igual que para el De-

¹² CARRILLO SALCEDO, J. A. “La asistencia humanitaria en Derecho Internacional Contemporáneo”, en *La asistencia humanitaria en Derecho internacional contemporáneo*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1997, pág. 38.

¹³ Así lo ha hecho el IDI en su *Resolución sobre la Protección de los Derechos Humanos y el principio de no intervención en los Asuntos Internos de los Estados* aprobada en la sesión de Santiago de Compostela de 1989, en cuyo artículo 5 se establecía que “los Estados sobre cuyo territorio existen tales situaciones de urgencia no rehusarán arbitrariamente el ofrecimiento de socorros”.

¹⁴ La prohibición establecida en el artículo 2,4 de la Carta de la ONU hace imposible la existencia de cualquier excepción a esta regla general que no sean las expresamente reconocidas en la propia Carta.

recho estatal, el hombre y sus derechos fundamentales son la razón de ser y el supremo valor ético-jurídico, de suerte que en caso de violación es legítimo intervenir.

Si bien, se requieren unos requisitos que son los mismos que se han apuntado antes al analizar la asistencia humanitaria, con la salvedad de las específicas que se derivan del uso de la fuerza. Estos son pues:

- a) *La imparcialidad y existencia de razones humanitarias.* En este sentido una de las mayores críticas que suele hacerse a la intervención humanitaria es que en ocasiones, se invocan las razones humanitarias una vez que se ha producido la intervención. En ocasiones es difícil separar los móviles políticos de los móviles de protección de los derechos humanos.
- b) *La proporcionalidad entre el uso de la fuerza y los objetivos perseguidos* exige que las repercusiones sobre el Estado afectado sean mínimas y que el eventual daño sobre las personas o sus propiedades no sean similares o mayor al hecho que se está produciendo y no debe suponer una amenaza para la paz y la seguridad internacionales. En definitiva, la intervención humanitaria nunca puede provocar males mayores de los que pretende evitar.
- c) *La obligación de informar al Consejo de Seguridad.* La exigencia de informar a este órgano o al pertinente organismo regional deriva de la institucionalización que llevo a cabo la Carta de las Naciones Unidas.

5. LA INJERENCIA INTERNACIONAL

Con relación a esta figura, a diferencia de lo que sucede en la asistencia, o en la intervención humanitaria, en el caso de la injerencia humanitaria, “no se trata de mantener la paz ni contribuir a ella o a su consolidación tras el conflicto, sino de imponerla por la fuerza”. Se trata de una situación nueva que pone en evidencia la inadecuación de las reglas clásicas del Derecho Internacional y las transformaciones políticas, estratégicas y de otro tipo que han surgido en el mundo.

Por otra parte, y a pesar de la proximidad entre la intervención humanitaria y la injerencia se interpone un elemento diferenciador: la

existencia o no de autorización del Consejo de Seguridad. La injerencia humanitaria utiliza la fuerza armada encaminada a poner fin a las atrocidades cometidas en el territorio de un Estado, autorizada por el Consejo de Seguridad, mientras que, en la intervención humanitaria, el Estado decide unilateralmente recurrir a la fuerza para poner fin a la violación de los derechos humanos.

Los requisitos que legitiman esta acción, lo mismo que se ha visto en la asistencia y en la intervención humanitaria, requieren un determinado número de condiciones, bien con anterioridad al momento en que se produce la acción, o bien durante el tiempo en que se realiza.

Las condiciones objetivas previas son: la existencia de una violación grave de los derechos humanos, la necesidad urgente de actuar, la falta de consentimiento por parte del Estado en cuyo territorio tiene lugar la crisis humanitaria, el empleo de modos pacíficos de solución y la autorización del Consejo de Seguridad.

En relación al primer requisito: *situación de urgencia y necesidad de actuar provocada por la grave violación de los derechos humanos*, se refiere a una *violación flagrante y masiva de los derechos más fundamentales* y no de cualquier derecho, como son: la vida y la integridad física y moral. Son derechos que constituyen el núcleo duro e inderogable de los derechos humanos y que la violación sea hecha por un Estado no democrático. Así pues, se establece un vínculo entre falta de democracia y violación grave de los derechos humanos.

Además, la violación de los derechos ha de producirse dentro de una *situación de urgencia* que implique la necesidad de actuar sin demora ya que se ha producido una violación de una norma imperativa de Derecho Internacional –como es la prohibición del uso de la fuerza– y fundamentarse en otra norma imperativa –el respeto al derecho a la vida y a la integridad física y moral–, aunque no se hayan producido víctimas inocentes, es suficiente con la clara evidencia de que esa muerte pueda producirse.

En cuanto a la *ausencia de consentimiento* por parte del Estado se justifica porque es el mismo Estado el que provoca la crisis humanitaria al cometer las violaciones de los derechos humanos por lo que resulta que no conceda el consentimiento necesario para cualquier intervención humanitaria.

Por último la intervención militar, y *el recurso de la fuerza* en el territorio de cualquier Estado con el fin proteger a los individuos, independientemente de su nacionalidad, frente a la violación de sus derechos más fundamentales por parte de ese Estado, llegando a cambiar el gobierno si es necesario. Consiste, en el recurso a la fuerza con el consentimiento del Consejo de Seguridad y con el objetivo de instaurar un régimen democrático en aquellos Estados que no lo tienen.

6. LAS ACCIONES POSTCONFLICTO DE LA INJERENCIA HUMANITARIA EN EL NUEVO ORDEN INTERNACIONAL

La expansión de la participación internacional en las misiones ha conducido a que progresivamente se han ido abriendo a la presencia de contingentes militares de mayor número de países y de muy diversas organizaciones civiles de todo tipo, a la vez que se han ampliado de manera considerables los objetivos a alcanzar.

En esta primera fase, de hecho los Estados Unidos de América han seguido cierta metodología en los conflictos, tanto solos como en coalición con otros países. El método seguido es un modelo secuencial que implica la intervención, la estabilización y la reconstrucción. En esta primera etapa, se debe actuar siempre en el marco de la legalidad y de la legitimidad (Resolución del Consejo de Seguridad), y con el mayor consenso político de la comunidad internacional. Durante esta fase se realiza el planeamiento militar de la operación y la búsqueda de otros países aliados.

La segunda fase, puede ser de intervención militar de combate. Esta fase no es deseable, ya que los países procurarán no someter a los soldados a situaciones de combate y procurar que no existan bajas de las Fuerzas Armadas (como sucedió en el caso de Mogadiscio (Somalia) al ser derribado un avión norteamericano por hordas de civiles en los que se habían involucrado guerrilleros armados. El efecto negativo fue que las imágenes filmadas por la multitud arrastrando por las calles los cadáveres de soldados norteamericanos provocaron tal impacto en la opinión pública norteamericana que EEUU se retiró de la zona. Los medios de comunicación son un enemigo poderoso en los conflictos.

La tercera fase es la estabilización del país y la reconstrucción de sus infraestructuras básicas, bajo control de una autoridad militar. Esta fase requiere participación de técnicos civiles que puedan contribuir a la reconstrucción de las instituciones del Estado fallido y sus infraestructuras. Estas operaciones suelen estar amparadas por una Resolución del Consejo de Seguridad.

La cuarta fase, por último, es la de coexistencia de los poderes de las autoridades locales con el mando de la operación, cediendo paulatinamente atribuciones a favor de los poderes públicos del Estado. A la vez, las fuerzas brindan protección hasta la estabilización que culmina con el traslado de responsabilidad en exclusiva a la autoridad civil local. Finaliza con la salida de las fuerzas extranjeras que intervinieron en la zona de operaciones. La comunidad internacional ha utilizado este modelo en la mayoría de los conflictos actuales, como son los casos de Bosnia, Kosovo, Afganistán e Irak, que han sido procesos largos en el tiempo y costosos en recursos.

CONCLUSIONES

Tras la caída del muro de Berlín y la finalización del enfrentamiento político entre los dos Grandes bloques se ha originado un cambio político en el ámbito internacional.

Al parecer, las grandes Potencias utilizan la fuerza militar como técnica eficaz para restaurar gobiernos democráticos, terminar con el hambre, proteger a las minorías o resolver numerosas catástrofes humanitarias que han elevado a los derechos humanos a un elemento fundamental para la consecución de la paz.

De hecho el Consejo de Seguridad ha sustituido la inacción practicada durante la guerra fría por la autorización de numerosas actuaciones multinacionales. Tal cambio que ha provocado la extensión de las competencias del Consejo de Seguridad a la intervención en cuestiones antes restringidas a la competencia reservada a los Estados, especialmente por razones humanitarias. De este modo, el uso de la fuerza por motivos humanitarios se ha convertido en un elemento familiar de la política internacional actual.

En los momentos actuales, España está participando en misiones de paz con unidades militares. La Constitución de 1978 no menciona expresamente la intervención militar en funciones de paz. Sin embargo, la LO de Defensa Nacional de 5/2005, en el artículo 16 contempla distintos tipos de colaboración en operaciones de paz y de estabilización.

LA EFICACIA POLÍTICO-JURÍDICA DE LA CONSTITUCIÓN DE BAYONA BAJO EL RÉGIMEN NAPOLEÓNICO

BERNARDO GIL-MUGARZA LLORENTE
Licenciado en Derecho

Resumen: La característica que ha marcado a la España contemporánea ha sido la inestabilidad política, inestabilidad nos ha llevado a sufrir cuatro guerras civiles en dos siglos. En el origen de dicha situación aparece la Guerra de la Independencia, a raíz de la cual es derrocado el rey legítimo, José I, ocupando el trono Fernando VII, quien había perdido toda legitimidad por sus continuas conspiraciones contra su padre Carlos IV y por su deplorable comportamiento. Con demasiada ligereza se tacha a los partidarios de José I de traidores, cuando los autoproclamados patriotas en Cádiz firmaron una alianza con Inglaterra, cuyo comportamiento ha sido siempre de nación enemiga de España. No deja de resultar curioso que, tras la victoria contra Napoleón, España perdiese más territorios en América de los que jamás soñó arrebatarlos por las armas Inglaterra.

Palabras clave: Guerra de la Independencia, liberalismo, constitucion, francesados.

Abstract: The main feature that has marked contemporary Spain has been political instability, which has led us to endure four civil wars in two centuries. The origin of this situation is the War of Independence (Peninsular War), that caused Ferdinand VII ascended the throne upon the legitimate king's, Joseph I, overthrow. The new king had lost all legitimacy due to his continued conspiracies against his father Charles IV and his deplorable behavior. Joseph I supporters are too lightly branded as traitors, when self-proclaimed patriots in Cadiz signed an alliance with England, nation that always acted as an enemy to Spain. It does seem odd that after the victory

against Napoleon, Spain lost more territories in America than England could have ever dreamt of seizing by force.

Keywords: War of the Independence. Liberalism. Constitution. Frenchified.

En su obra de introducción al Derecho Constitucional *Política y Derecho*¹, afirmaban Roberto García de Vercher y Gerardo Lagüens a propósito de la Historia política contemporánea en nuestro país: “Desde la invasión francesa hasta nuestros días –la obra es de 1962–, y si excluimos la Constitución de Bayona en 1808, dada por Napoleón, y las leyes constitucionales, hoy en vigor –se refieren a las Leyes Fundamentales del Movimiento–, España ha tenido ocho Constituciones, cuatro guerras civiles, dos dinastías, dos repúblicas, varias dictaduras y Gobiernos provisionales y una infinidad de Gobiernos, en forma tal, que casi podría decirse que la crisis política es la regla en España durante ciento veintisiete años y la normalidad política una excepción”. La guerra de la independencia es considerada por los historiadores como el hecho que inicia en España la edad contemporánea y gran parte de responsabilidad en la situación de crisis y de inestabilidad señalada anteriormente, la tienen los sucesos ocurridos en España en 1808; sucesos que, presentados bajo el manto de la resistencia patriótica, han recibido un trato más que benevolente por parte de los historiadores. Sin olvidar como han sido conmemorados por la clase política actual con ocasión del bicentenario; clase política que, lejos de reclamar simple y auténtico patriotismo, lo diluye en “constitucionalismo” (“patriotismo constitucional” lo llaman), aunque sea la constitución actual, con sus nefastas autonomías, quien pone las bases para la destrucción de la patria.

Históricamente, el principal cuerpo legal del constitucionalismo liberal fue la Constitución de 1812, copia de la francesa de 1791, y que el deseado Fernando consideró un ultraje a su retorno en 1814, aceptándola posteriormente sólo obligado por la sublevación de Riego, durante el *doceañismo* (1820-1823). Sin embargo, a pesar de su escasa vigencia, su eficacia aunque sólo fuera como mito, fue enorme: fue la bandera

¹ García de Vercher, R., y Lagüens Marquesan, G., *Política y Derecho*, Madrid, 1962.

del liberalismo llegando sus efluvios hasta nuestros días; y tuvo gran influencia en la independencia de América. Algún autor como Stoetzer, la calificó de “*instrumento nocivo para los intereses de España*”.

Son muy pocos los autores que caen en la cuenta de que la elaboración y jura de esa constitución, que recogía el principio de Soberanía Nacional, era incompatible con la fidelidad al deseado Fernando. Tanto como de la ignorancia de muchos de los diputados a lo que implicaba el jurar ese texto. Todo esto sin olvidar la carencia de poder constituyente. Así pues, desde un punto de vista objetivo, en Cádiz tenemos a unos autotitulados patriotas elaborando un texto de más que dudosa legalidad, que traería nefastas consecuencias para España, y defendiendo los derechos de un rey ilegítimo, como más adelante veremos.

Por otra parte, el título de patriotas de los sublevados, negando cualquier patriotismo a los españoles fieles a José I, es más que discutible: si ellos acusaron a los josefinos afrancesados de traición, no es menor la cometida por ellos firmando una alianza con una potencia extranjera, Inglaterra, que:

- mantenía usurpado territorio español en el Peñón de Gibraltar;
- estando vigente la Paz de Amiens de 1802, realizó, entre otros, los siguientes actos de guerra contra España: ataque, en octubre de 1804, a una flota que volvía de América hundiendo a la fragata *Mercedes*, con 250 muertos, apresando al resto de la flota; ataque y apresamiento de diversos navíos como la fragata *Santa Matilde*, o la *Anfitrite* que se detuvo a requerimiento de la fragata inglesa *Donegal*, y cuando el comandante D. Juan José Varela le preguntó la razón abrió aquella fuego sin previo aviso, muriendo en el combate el propio Varela;
- fomento de la actividad independentista en América, incluso cuando en España luchaban juntos los ejércitos españoles y británicos.
- durante la guerra, los ingleses se comportaron como un auténtico ejército invasor, además de poner especial interés en bombardear aquellos lugares donde hubiese tejido industrial, aunque no tuvieran importancia militar.

Y todavía Jovellanos, en correspondencia con el General Sebastiani, (abril de 1809) afirmaba: “...*Hablar de nuestros aliados fuera impertinente, si vuestra carta no me obligase a decir en honor suyo que los propósitos que les atribuis son tan injuriosos como ajenos a la generosidad con que la nación inglesa ofreció su amistad y auxilio a nuestras provincias, cuando desarmadas y empobrecidas los imploraban desde los primeros pasos de la opresión con que la amenazaban sus amigos*”. Los propósitos que atribuía el general Sebastiani a los ingleses eran los siguiente: “...*Despedazados por facciones, abandonados por los ingleses que jamás tuvieron otros proyectos que el de debilitaros, el robaros vuestras flotas y destruir vuestro comercio, haciendo de Cádiz un nuevo Gibraltar, no podéis ser sordos a la voz de la patria que os pide la paz y la tranquilidad. Trabajad en ella de acuerdo con vosotros y que la energía de España sólo se emplee desde hoy en cimentar su verdadera felicidad*”².

Como contraste a la Constitución de Cádiz, la eficacia de la Constitución de Bayona de 1808 ha sido escasa: durante la época josefina (1808-1814) estuvo limitada por la situación bélica del país. Y con posterioridad a la guerra, la mayoría de los autores la desprecian, negando incluso la calificación de Constitución, poniendo especial énfasis en que fue “impuesta” por un soberano extranjero (aunque se les olvida que era tan extranjero como el primer Borbón). Sin embargo, en el más estricto análisis jurídico-político de la época, las cosas no aparecen tan claras como muchos dan por supuesto.

La primera cuestión que se plantea acerca de la Constitución de Bayona es sobre su legitimidad. Para responder a esta cuestión previamente hay que ver quién era el Rey legítimo de España el 7 julio de 1808, fecha de su aprobación:

Carlos IV: a raíz del motín de Aranjuez del 19 de marzo de 1808 dirigido contra Godoy, Carlos IV y María Luisa abdican en su hijo Fernando. En realidad habían sido destronados y no por el furor de una espontánea masa revolucionaria sino por una conspiración dirigida por los estamentos privilegiados de la monarquía con el Príncipe de Asturias al frente. Napoleón, en carta de abril de 1808 al mismo Fernando, expresa sus cautelas a la hora de reconocer al nuevo monarca: “*En cuanto a la abdicación de Carlos IV, ella ha tenido efecto en el momento en que*

² “La Historia de España en sus documentos” *El Siglo XIX*, Fernando Díaz Plaja, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1954.

mis ejércitos ocupaban España; y a los ojos de Europa y la posteridad podría parecer que yo he enviado todas estas tropas con el solo objeto de derribar del trono a mi aliado y mi amigo. Como Soberano vecino debo enterarme de lo ocurrido antes de reconocer esta abdicación. Lo digo a V.A.R., a los españoles y al mundo entero: si la abdicación del Rey Carlos es espontánea y no ha sido forzado a ella por la insurrección y motín sucedido en Aranjuez, yo no tengo dificultad en admitirla y en reconocer a V.A.R. como Rey de España: Deseo, pues, conferenciar con V.A.R. sobre este particular³”.

El Príncipe de Asturias Fernando: en El Escorial, en octubre y noviembre de 1807 se descubren unos documentos del Príncipe de Asturias demostrando su participación en una conspiración contra Godoy y contra los Reyes, reclamando la intervención de Napoleón en los asuntos internos de España. Esta circunstancia unida a su papel como director de los sucesos de Aranjuez anulan cualquier legitimidad de origen para ocupar el trono de España. Por otra parte, su comportamiento durante el tiempo pasado en Francia, como huésped privilegiado más que como prisionero, desentendiéndose de cualquier responsabilidad real le niegan la legitimidad de ejercicio. Baste recordar el desinterés mostrado en escapar de Valençay con el plan urdido por el barón de Koch. Curiosamente, esta falta de legitimidad para ostentar el trono de España no es tenida en consideración a la hora de interpretar la etapa histórica que estamos estudiando.

José I: los sucesos de El Escorial y Aranjuez habían demostrado a Napoleón la insostenibilidad de la situación en España. En carta dirigida a Murat en el mismo mes de marzo de 1808, Napoleón le da las siguientes instrucciones: *“No empeñaréis mi palabra de tener una entrevista en España con Fernando, sino en el único caso de que sea tal la situación de las cosas que deba yo reconocerle como rey. Usaréis de atenciones con el rey, la reina y el príncipe Godoy; exigiréis que se les rinda y les rendiréis por vuestra parte los mismos honores que en otro tiempo. Haréis de suerte que los españoles no puedan sospechar el partido que yo haya de tomar luego; esto no os será difícil, yo mismo no lo sé⁴”.*

En virtud del Tratado de Fontainebleau (octubre de 1807) tropas francesas había comenzado a penetrar en España con destino a Portugal,

³ Fernando Díaz Plaja, op. cit.

⁴ Fernando Díaz Plaja, op. cit.

siendo mayoritariamente aclamadas en Madrid y Barcelona. Ante la situación creada por el golpe de estado dado por el Príncipe de Asturias en Aranjuez, Carlos IV pone su suerte en manos del Emperador de los franceses, justificando la permanencia de las tropas galas en Madrid con el fin de protegerle. Baste recordar las cartas solicitando protección a Murat de la reina María Luisa, respondiendo éste con el envío del general Monthyon al Palacio de Aranjuez y la expresa promesa de protección.

Un día después de la llegada de Murat, Fernando hace su entrada en Madrid, deseando entrevistarse con el Emperador. Napoleón no puede venir a España, como era su intención porque acaba de estallar la guerra entre Rusia y Suecia con la entrada de los rusos en Finlandia. Fernando quiere entrevistarse y planea el viaje hacia el norte para el 10 de abril, desconociendo que sus padres tenían el mismo propósito. Una vez en Bayona, Napoleón se desliga de los sucesos violentos de Aranjuez. Obliga al usurpador Fernando, a devolver la Corona a su padre Carlos IV, quien a su vez, abatido en su ánimo por la conspiración de su hijo, abdicará a favor de Napoleón. En el Tratado entre Carlos IV y Napoleón, firmado en Bayona el 5 de mayo de 1808, se establece que el Rey de España “...no pudiendo las circunstancias actuales ser sino un manantial de disensiones tanto más funestas cuanto las desavenencias han dividido su propia familia; ha resuelto ceder como cede por el presente todos sus derechos al trono de España y de las Indias a S. M., el Emperador Napoleón, como el único que, en el estado a que han llegado las cosas puede restablecer el orden; entendiéndose que dicha cesión sólo ha de tener efecto para hacer gozar a sus vasallos de las condiciones siguientes: 1º. La integridad del reino será mantenida: el príncipe que el Emperador Napoleón juzgue deber colocar en el trono de España será independiente y los límites de la España no sufrirán alteración alguna. 2º. La religión católica, apostólica y romana será la única en España. No se tolerará en su territorio religión alguna reformada y mucho menos infiel según el uso establecido actualmente⁵”.

El seis de mayo Fernando firma su renuncia y el día 8 del mismo mes firma su renuncia el Rey Carlos IV haciendo referencia al Tratado firmado el día cinco y señalando que “...por un tratado firmado y ratificado, he cedido a mi aliado y caro amigo el Emperador de los franceses todos mis derechos sobre España e Indias; habiendo pactado que la corona

⁵ Fernando Díaz Plaja, op. cit.

*de España e Indias ha de ser siempre independiente e íntegra, cual ha sido y estado bajo mi soberanía y también que nuestra sagrada religión ha de ser no solamente la dominante en España, sino también la única que ha de observarse en todos los dominios de esta monarquía teniendo entendido y así lo comunicaréis a los demás consejos, a los Tribunales del reino, jefes de las provincias tanto militares como civiles y eclesiásticos y a todos los justicias de mis pueblos, a fin de que, este último acto de mi soberanía sea notorio a todos en mis dominios de España e Indias, y de que concurráis y concurran a que se lleven a debido efecto las disposiciones de mi caro amigo el Emperador Napoleón, dirigidas a conservar la paz, amistad y unión entre la Francia y España, evitando desórdenes y movimientos populares, cuyos efectos son siempre el estrago, la desolación de las familias y la ruina de todos*⁶⁷. De la misma forma tiene lugar en Burdeos, el 12 de mayo, la renuncia por parte del Príncipe de Asturias y de los Infantes Don Carlos y Don Antonio a todos sus derechos.

Napoleón renuncia a reinar directamente y, en junio, entrega la Corona española a su hermano favorito José, quien reinaba en Nápoles y Sicilia, lugares donde había sido muy bien recibido, dando muestra de gran gobierno.

Por lo tanto, desde el punto de vista jurídico y político Napoleón se convierte en el Soberano legítimo de España, y legítima es la cesión de la Corona a José I. Las autoridades españolas, con el Consejo de Castilla en primer lugar, acatan el cambio de monarca. El argumento de la violencia ejercida por el Emperador sobre los borbones es difícilmente creíble por cuanto ni las propias Cortes de Cádiz lo tomaron demasiado en serio, buscando su legitimación en el principio de la Soberanía Nacional.

Llegados a este punto, conviene hacer unas reflexiones sobre el levantamiento del 2 de mayo. En un primer momento los franceses no son mal acogidos en España. La situación cambia cuando el partido fernandino se da cuenta de que los franceses no están aquí para asegurar en el poder al usurpador, llega la hora del desengaño y Napoleón, que días antes era el salvador pasa a ser el demonio y los franceses, a quienes se había comparado con enviados del Señor en los sermones, pasan a ser invasores.

En primer lugar el carácter espontáneo del levantamiento es cuestionable: ya el día uno de mayo habían existido enfrentamientos entre grupos

⁶ Fernando Díaz Plaja, op. cit.

de alborotadores y la caballería francesa en la Puerta del Sol. Existen numerosas contradicciones en los testimonios aceptados: así unos hablan del levantamiento como producto de que la masa vio, directamente, llorar al Infante D. Francisco de Paula; otros dicen que fueron los criados los que salieron de Palacio gritando que se llevaban al Infante a la fuerza y éste lloraba; ambas versiones resultan más extrañas si, como parece lo más probable, los Infantes ya no se encontraban en Madrid, tal y como afirma en sus memoria Escoiquiz. Destaca la participación en los hechos de un conocido agitador del partido fernandino, José Blas Molina, que ya había tenido una actividad significativa en los sucesos de Aranjuez. Resulta curioso que de los 400 muertos⁷ que produjeron los sucesos de Madrid, 159 fueran personas venidas desde otras provincias en las jornadas previas al levantamiento. Por otra parte, la mayor parte de la población se mantuvo al margen.

Los propios reyes culparon a Fernando del levantamiento, tal y como lo relata el General Barón de Marbot⁸, presente en la escena ya que él acababa de entregar los despachos al Emperador donde se informaban de los sucesos de Madrid: “*Los ex-soberanos de España avanzaron solos hacia el Emperador y éste les informó probablemente sobre el combate y la revuelta de Madrid, porque Carlos IV, aproximándose vivamente a su hijo Fernando, le dijo en alta voz con colérico acento: “¡Miserable! Ya estarás satisfecho. Madrid acaba de ser regado por la sangre de mis súbditos, vertida a causa de tu criminal rebelión contra tu padre ¡Que esa sangre caiga sobre tu cabeza!” La Reina, secundando al Rey, colmó a su hijo con los más acerbos reproches, llegando incluso a alzar la mano contra él. Las damas y los oficiales se alejaron por discreción ante esta desagradable escena, a la que Napoleón vino a poner término*”.

Por otra parte, la represión de la sublevación se atuvo escrupulosamente a la legalidad: el responsable de llevarla a cabo fue Murat, que a partir del día 4 ocupará el cargo de lugarteniente de Carlos VI en la Junta de Gobierno en Madrid. Como hemos visto, Napoleón tuvo especial cuidado en cumplir estrictamente con la legalidad y mantener la legiti-

⁷ Estas cifras son las que se recogen en el número 115 de la revista *La Aventura de la Historia*, coincidiendo con el 200 aniversario del inicio de la Guerra de la Independencia (mayo de 2008).

⁸ *Memorias. Campañas de Napoleón en la Península Ibérica*. General Barón de Marbot, Editorial Castalia, Madrid, 2008, pág. 57 y 58.

midad. Sin embargo, los revolucionarios tuvieron que hacer prodigiosos ejercicios de imaginación para procurarse algún tinte de legitimidad y justificar la ruptura de la legalidad. En primer lugar, tuvieron que acudir al principio de Soberanía Nacional proveniente de la misma revolución francesa; idealizaron el sistema de Cortes medievales para justificar Cádiz y sobre todo reivindicaron a un rey carente de cualquier legitimidad para ocupar el trono. Por lo menos podían haber defendido los derechos de cualquier otro de los herederos.

El Alcalde de Móstoles, asume de forma ilegítima y revolucionaria el poder, extendiéndose la sublevación por el resto de la Península, ignorando los llamamientos a la calma de la Junta de Gobierno dejada por Fernando y las del Consejo de Castilla. En el famoso bando del alcalde de Móstoles⁹, proclamado el propio 2 de mayo de 1808, destaca el hecho que “...*como españoles es necesario que muramos por el Rey y la patria, armándonos contra unos pérfidos que so color de amistad y alianza nos quieren imponer un pesado yugo, después de haberse apoderado de la augusta persona del Rey.*”.. Sin embargo, hasta el final de sus días Napoleón afirmó que tanto los reyes de España como Fernando acudieron voluntariamente a Bayona, y por otra parte todo indica que Fernando, mientras España era asolada por la guerra, se encontraba muy a gusto en su retiro francés.

Por todo el territorio se van formando las Juntas Supremas Provinciales (destacando especialmente la Junta del Principado de Asturias) autoconcediéndose de forma ilegal y dudosamente legítima el poder. Esta junta del Principado de Asturias declara la guerra a los franceses y firma una alianza con Inglaterra y Portugal. El resto de las Juntas la siguen. En este periodo tiene lugar la derrota francesa de Bailén (19 de julio de 1808) y la huida de la Corte de José I de Madrid, proclamando el Consejo de Castilla como rey a quien menos legitimidad tenía: Fernando VII. Sin embargo, el triunfo de Bailen fue efímero y ni siquiera la unión de todas las Juntas, constituyendo en septiembre de 1808 la *Junta Central Suprema y Gubernativa de España e Indias*, logra frenar la reacción napoleónica. A causa de dicha reacción la Junta Suprema es trasladada finalmente, tras las sucesivas victorias napoleónicas, a la Isla de León, actualmente San Fernando (Cádiz), donde logra resistir por la

⁹ La autoría de dicho bando es discutida y el valor que tuvo fue más bien escaso, a pesar de lo que comúnmente se cree.

inmejorable situación estratégica de defensa y por el apoyo de la escuadra británica. La rebeldía de las juntas provinciales para acatar la autoridad de la Junta central tiene por efecto la disolución de ésta en 1810 y su sustitución por un Consejo de Regencia a cuya instancia se convocan las Cortes de Cádiz, elegidas por sufragio censitario indirecto, promulgando una Constitución en 1812.

El 25 de mayo de 1808, en la proclama de Napoleón a los españoles, se recogen las intenciones más destacadas del Emperador: “... *Vuestros príncipes me han cedido todos los derechos a la corona de las Españas; yo no quiero reinar en vuestras provincias; pero quiero adquirir derechos eternos al amor y al reconocimiento de vuestra posteridad.*

Vuestra monarquía es vieja: mi misión se dirige a renovarla; mejoraré vuestras instituciones y os haré gozar de los beneficios de una reforma sin que experimentéis quebrantos, desórdenes y convulsiones.

Espanoles, he hecho convocar una asamblea general de las diputaciones de las provincias y de las ciudades. Yo mismo quiero saber vuestros deseos y vuestras necesidades.

Entonces depondré todos mis derechos, y colocaré vuestra gloriosa corona en las sienes de otro Yo mismo, asegurándoos al mismo tiempo una Constitución que concilie la santa y saludable autoridad del Soberano con las libertades y privilegios del pueblo.

Espanoles: acordaos de lo que han sido vuestros padres y mirad a lo que habéis llegado. No es vuestra la culpa, sino del mal gobierno que os regía. Tened suma esperanza y confianza en las circunstancias actuales; pues yo quiero que mi memoria llegue hasta vuestros últimos nietos y que exclamen: es el regenerador de nuestra patria¹⁰⁷.

La primera tarea a la que se pone manos a la obra es la elaboración de un texto constitucional que organice la vida política de la nación. Con este fin se convoca una asamblea o junta nacional en Bayona. De dicha convocatoria el público español tuvo noticia a través de la *Gaceta de Madrid* de fecha 24 de mayo de 1808, donde se publica una copia de la convocatoria. A dicha junta debían acudir 150 representantes divididos a partes iguales entre nobleza, clero y ciudades. A causa de la guerra, no se reunieron más de 91, incluyendo algunos españoles residentes en Francia.

¹⁰ Fernando Díaz Plaja, op. cit.

Presentado por Napoleón un texto preliminar, basado en la Constitución Imperial francesa con ciertas modificaciones para ajustarla a las características españolas, elaborado por Esmenard con la supervisión de Murat y el propio Napoleón, fue modificado por los representantes españoles rechazando la abolición de la Inquisición, el establecimiento de la unidad contributiva y la supresión de privilegios. El país queda constituido como una monarquía hereditaria “Corona de las Españas y de las Indias” y confesionalmente Católica. Se establece un Consejo de Estado con la misión de elaborar los proyectos de ley; unas Cortes, compuestas por los representantes de los tres brazos: aristocracia, clero y Estado llano, con la misión de votar las leyes; un Senado de nombramiento real como garantía de los derechos individuales; se regulaban las libertades fundamentales.

La Constitución fue aprobada el 7 de julio de 1808, teniendo vigencia hasta la salida del rey legítimo, José I, de España. Y la duda que quedará para la Historia es hasta que punto nos hubiera ido mejor con un Bonaparte en el trono, ya que nos fuera peor es difícilmente imaginable.

EFICACIA DEL CONTRATO DE ACOGIMIENTO DE MENORES

ELISA BEATO DEL PALACIO
Profesora de Derecho Civil. UCM

Resumen: El acogimiento convencional es un negocio jurídico que tiene por objeto la delegación parcial de las obligaciones parentales atinentes a la esfera personal de un menor, a favor de un tercero, sometido a unas condiciones legales que determinan su validez y eficacia, con una forma *ad solemnitatem* sin la cual el negocio jurídico del acogimiento es ineficaz, y una vigilancia de la entidad pública para analizar su evolución y eficacia real, y en el que destaca la responsabilidad de los acogedores como factor determinante que desanima a potenciales acogedores a celebrar este contrato.

Palabras clave: Contrato acogimiento familiar, beneficio menor, responsabilidad acogedores, vigilancia entidad pública, eficacia.

Abstract: The conventional welcome is a juridical business that takes the partial delegation of the obligations as an object parentales relating to the personal sphere of a minor, in favour of a third party submitted to a few lawful conditions that determine his validity and efficiency, with a form *ad solemnitatem* without which the juridical business of the welcome is ineffective, and a vigilance of the public entity to analyze his evolution and royal efficiency, and in which the responsibility of the cozy ones stands out as determinant factor that it discourages to cozy potentials to celebrating this contract.

Keywords: Contract of familiar welcome, benefit of the minor, responsibility of the cozy ones, vigilance of the public entity, efficiency.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 21/1987, de 11 de noviembre de modificación de determinados artículos del Código civil y de la LEC, en materia de adopción es la que introdujo en nuestro Ordenamiento Jurídico la figura del acogimiento de menores, y la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de protección jurídica del menor, recoge una regulación más amplia.

El art 173 del Código civil, regula el acogimiento familiar señalando que *se formalizará por escrito, con el consentimiento de la entidad pública, tenga o no la tutela o la guarda, de las personas que reciban al menor, y de éste si tuviera doce años cumplidos.*

El acogimiento familiar convencional o administrativo es un negocio jurídico de Derecho de familia por el que se delegan temporalmente las facultades parentales, prevaleciendo el principio de autonomía familiar. Se encuentra sometido a un régimen jurídico imperativo en lo esencial y exige una forma «ad solemnitatem».

Los menores susceptibles de ser acogidos son, con carácter general, aquéllos faltos de forma definitiva o temporal de un ambiente familiar adecuado que les proporcione la asistencia moral y material que precisan, en particular, los menores desamparados o desasistidos temporalmente. Estos menores pueden o no estar sometidos a la tutela o guarda de una entidad pública.

En la práctica el recurso de acudir al acogimiento convencional, basado en buena medida en la solidaridad entre familias, es por desgracia mucho menos utilizado que el de constitución judicial. Sirva como mero apunte el hecho de que, manejando distintas estadísticas facilitadas por los Servicios Técnicos de Protección al menor de la Comunidad Autónoma de Madrid, de cada 100 acogimientos familiares constituidos, sólo un 16 por cien adquirieron la forma convencional, si bien hay que decir que éstos se incrementan notablemente cuando el acogimiento se ejerce por tíos o abuelos.

II. EL ALCANCE DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

El reconocimiento de la autonomía de la voluntad en el ejercicio de la patria potestad, no es absoluto, ya que los titulares de la patria potestad no tienen libertad para decidir si entregan o no a sus hijos menores en acogimiento, siendo sólo posible cuando se encuentra debidamente justificado en razones que objetivamente dificultan o impidan el cuidado de los menores y siempre desde su concepción como un instrumento jurídico adecuado para el ejercicio de la patria potestad. Y en segundo lugar, porque los padres o tutores se encuentran imperativamente sujetos a las formas y contenidos que determina el art. 173 CC, es decir, al control y vigilancia por parte de la entidad pública competente.

Por su parte, la virtualidad que el art. 1255 CC adquiere en esta materia sólo puede entenderse desde la perspectiva del exhaustivo cumplimiento del interés del menor, sin olvidarnos de que el juego de la autonomía de la voluntad se verá aún más limitado tratándose de acogimientos permanentes o en el acogimiento preadoptivo.

Las limitaciones de la autonomía de la voluntad en el acogimiento son las siguientes:

1º.- Limitaciones inherentes a la propia finalidad del negocio jurídico, que es la plena integración del menor en el ámbito familiar de los acogedores como un miembro más de la familia, y así se declaran nulas las estipulaciones tendentes a tergiversar este principio y todos los convenios que pretendan marginar al menor en el ámbito familiar acogedor en relación a otros miembros pertenecientes al mismo, como aquéllos que impidan u obstaculicen la integración en el ámbito educativo general en el que se formen los distintos componentes de la familia acogedora, especificando en el convenio que no podrán asistir al mismo colegio, o que no disfrutarán de las mismas oportunidades educativas que los propios hijos, siempre en atención a las circunstancias económicas y sociales de la familia acogedora. También se excluyen, por ejemplo, las estipulaciones referidas a la eventual supresión de los períodos vacacionales que de ordinario disfrute la familia acogedora.

2º.- Las limitaciones que vienen dadas en virtud del cumplimiento de la finalidad básica o el principio inspirador del acogimiento que es: el

interés del menor, fundamental en la organización de la protección jurídica en materia de menores. El interés prioritario y prevalente del menor ha de respetarse siempre por encima del deseo de los progenitores (art. 154.2) presidiendo la adopción de cualquier medida judicial relativa a la guarda, en general, y al acogimiento en particular.

3°.- El interés superior del menor debe ser acatado por los titulares de la patria potestad y la tutela, en cuanto que son responsables de la crianza y formación de sus menores, debiendo respetar el conjunto de valores al que implícitamente se remite el principio del interés del menor y que deben inferirse a partir del reconocimiento de sus derechos.

4°.- Limitaciones en aras a declarar nulas aquellas estipulaciones tendentes a obstaculizar o impedir el contacto con la familia biológica del menor cuando no existan causas graves que desaconsejen la existencia de tales convenios, habida cuenta de que el art. 9 de la Convención de Naciones Unidas, sobre los Derechos del niño, contempla al menor como titular del derecho subjetivo a no ser separado de sus padres.

5°.- Limitaciones que restringen las actuaciones de las partes intervinientes consagradas con carácter general en el art. 1255 CC, según el cual, ninguna estipulación puede contravenir, la ley, la moral o el orden público. Por todo ello sería declarado ilícito aquel acogimiento constituidos para fines distintos a la plena participación familiar del menor encubriendo, por ejemplo, su dedicación a actividades laborales concretas, o aquellos pactos que de diferentes formas vulneren el cumplimiento de las obligaciones básicas de los acogedores y respectivos derechos de los acogidos, fuera de las que estrictamente se señalan por la ley: velar por él, tenerlos en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral.

6°.- El art. 172.4 CC, aplicable a la tutela y guarda legal, así como al acogimiento, permiten declarar la ilicitud de aquellas estipulaciones que impidan o dificultan el retorno del menor en el ambiente familiar originario, siempre que no concurra causa que justifique la adopción de otras medidas legales. Esta impone la necesidad de que en dichos pactos se evite en la medida de lo posible la separación de hermanos, procurando su acogimiento por una misma persona o familia, a fin de lograr el principio de no desintegración familiar.

III. LA ADMISIÓN DE NUESTRO DERECHO DE LA DELEGACIÓN DE FACULTADES PARENTALES. EL ACOGIMIENTO CONVENCIONAL COMO FORMA DE DELEGACIÓN TIPIFICADA POR LA LEY

El acogimiento convencional previsto en el art. 173 CC, es una forma de delegación de las facultades de la patria potestad o la tutela tipificada por la ley, fruto del acuerdo privado, de duración más o menos amplia, por el cual se atribuyen los cuidados de un menor o menores, a un tercero, persona o núcleo familiar, sometido a las limitaciones anteriormente mencionadas, constituyéndose como un claro exponente de la autonomía de la voluntad puesto que, al sostenerse la independencia del instituto, tanto respecto al desamparo como a la guarda administrativa, debe reconocerse la legitimación de padres, tutores o de los propios guardadores de hecho, para instar de la Administración competente la formalización de un acogimiento.

Se trata de supuestos de autoproposición de los acogedores, persona física o grupo familiar en cuestión, posibilidad ésta que, si bien se ponía en tela de juicio con la legislación anterior, hoy es plenamente admisible al amparo de la LOM.

A su carácter negocial, al quedar éste integrado por diversas declaraciones de voluntad que conforman los efectos jurídicos subsiguientes, se une la constatación de su sometimiento a un régimen jurídico esencial, de contenido imperativo según se señala en el art. 173.2 CC, sin que exista ningún impedimento legal, para que respetando los contenidos de orden público familiar, sea admitido el libre juego de la autonomía de la voluntad, siendo ésta la que predomina y determina el régimen jurídico aplicable a cada acogimiento pese a la dicción del art 154. 1º CC que impone la obligación paterna de tener a los hijos en su compañía.

El acogimiento convencional es un negocio jurídico que tiene por objeto la delegación parcial de las obligaciones parentales atinentes a la esfera personal de un menor, a favor de un tercero, sometido a unas condiciones legales que determinan su validez y eficacia y que son sustancialmente:

1ª.- Que el negocio jurídico delegatorio se realice en beneficio real del menor.

2ª.- Mantenimiento de la supervisión, control o vigilancia, tanto del menor como del acogedor, por parte de los titulares de la patria potestad o de la tutela, habida cuenta de que la conducta contraria acreditaría la despreocupación o el desinterés por el menor.

3ª.- Intervención de la entidad pública, seleccionando a los acogedores, o aceptando a los que se hubiesen autopropuesto. En este último caso, la entidad pública consentirá el acogimiento analizando si los sujetos que demandan la constitución del acogimiento cumplen objetivamente con las condiciones necesarias que permitan la asistencia moral y material del menor, valorando las circunstancias concretas del caso, determinando si la adopción de dicha medida de protección está estrictamente justificada en interés del menor, ya que la omisión de los procedimientos legales de guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, mediando compensación económica, es constitutiva del tipo penal previsto en los art. 221 y 222 CP.

IV. LA FORMA *AD SOLEMNITATEM* EN EL ACOGIMIENTO CONVENCIONAL

El acogimiento, como todos los negocios jurídicos familiares, es eminentemente formal, rigiendo el principio de solemnidad frente al principio de libertad de forma.

La necesidad de forma escrita en el contrato como requisito esencial del mismo obedece a dos razones: a la necesidad de dotar de seguridad y publicidad a los estados de las personas y a la repercusión o trascendencia que el negocio jurídico tiene en la vida del menor y de las personas que en el mismo intervienen. Por ello se impide que las partes intervinientes en la relación jurídica familiar, puedan elegir una forma alternativa a la señalada por ley.

El art. 173 CC prescribe que el contrato: «se formalizará por escrito», sin hacer más puntualizaciones. En atención a esta norma, se señala que resulta innecesario el documento público, siendo suficiente el documento privado en el contexto de la libertad de forma del art. 1278 CC.

Se trata de una forma *ad solemnitatem* sin la cual el negocio jurídico del acogimiento es ineficaz, así como todos los acuerdos, pactos y convenciones a las que las partes se hubieran comprometido verbalmente,

siendo la forma escrita exigida un elemento esencial o sustancial del acogimiento.

1. La concurrencia de consentimientos necesarios

Resulta indispensable el consentimiento de la entidad pública, tenga o no la tutela del menor; el de los acogedores; el del propio menor, siempre que haya cumplido doce años y tenga aptitud para adoptar decisiones respecto a los asuntos que le atañen; y por último, el de padres o tutores que no estuvieran privados de la patria potestad o de la tutela respectivamente.

El legislador ha impuesto el principio de prioridad del acogimiento convencional o consensual, frente a la subsidiariedad del acogimiento en su forma judicial a diferencia de la institución de la adopción.

Del mismo modo, se ha optado por el establecimiento de una serie de garantías en interés del menor, traducidas en la práctica en la descripción del contenido obligatorio previsto en el art. 173.2 CC en su segundo inciso.

1.1. Consentimiento del menor, mayor de doce años. Su carácter esencial en la conformación del acogimiento

Si un joven mayor de doce años se negase rotundamente a ser acogido por determinadas personas y consta su capacidad para querer y entender el alcance de tal decisión, la única solución legal posible sería el mantenimiento del menor en situación de acogimiento residencial o en último extremo intentar una tutela ordinaria.

Por su parte, los Tribunales en aplicación del principio de audiencia del menor tienen muy en cuenta las opiniones de los menores para resolver los conflictos que con suma frecuencia se plantean entre los titulares de la patria potestad y los acogedores.

1.2. *El consentimiento de los titulares de la patria potestad o tutores*

Según los requisitos de formalización del acogimiento, consagrados en el art. 173.2 CC, éste siempre se efectuará por escrito, haciéndose constar el consentimiento de los padres cuando fueran conocidos y no hubieran sido privados suspendidos del ejercicio de la patria potestad. El consentimiento deberá ser prestado por ambos padres, titulares de la patria potestad o tutores, consintiendo, no sólo el acogimiento, sino las condiciones en las que éste se lleva a cabo y extremos tan relevantes como la aceptación de las aptitudes de los acogedores, ya sean familiares o no del menor, modalidad del acogimiento y duración, el régimen de visitas y cuantos otros extremos quieran hacer constar las partes.

La obligada concurrencia de la prestación del consentimiento de padres o tutores no privados de la titularidad de la patria potestad o tutela, respectivamente, se excepciona cuando los padres fueran desconocidos o cuando hubiesen sido privados de la patria potestad, o en su caso, de la tutela.

Entre las novedades introducidas por la Ley 1/1996, destaca la figura del acogimiento provisional regulada en el art. 173.3 CC, estableciendo que no será requerido el consentimiento de padres y tutores cuando se decrete por la entidad pública un acogimiento familiar provisional y en interés del menor, en espera de constituir un acogimiento judicial.

Muchos menores están siendo atendidos por sus abuelos ante los problemas de drogadicción y alcoholismo que padecen sus hijos, acudiendo la entidad pública para formalizar un acogimiento a fin de que se dote de cobertura jurídica la situación real creada, y les ampare ante eventuales reclamaciones de los progenitores, impidiéndose así que puedan llevarse a los menores, aún cuando no se encuentren en situación de atenderles, pese a lo cual manifiestan su oposición al acogimiento sin justificación alguna y en claro perjuicio de los menores.

Si los titulares de la patria potestad o tutores, no habiéndose vistos privados de la patria potestad o de la tutela, manifiestan su voluntad de oposición al acogimiento, para lo que pueden iniciar un procedimiento, efectuando las correspondientes alegaciones, o manifiestan su oposición no firmando el documento de formalización, el acogimiento sólo podrá

acordarse judicialmente, constituyéndose en uno de los supuestos en los que adquiere virtualidad el acogimiento judicial aunque sea con carácter subsidiario.

La LOM ha reforzado las garantías que protegen a los afectados por las resoluciones públicas dictadas en esta materia. Dadas las consecuencias decisivas que se derivan de la declaración de desamparo, resulta comprensible la obligación de la Entidad Pública, no sólo de notificar la resolución correspondiente a los padres del menor, sino que se haga en un plazo de cuarenta y ocho horas, debiendo ser informados de «forma personal y de modo claro y comprensible de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de los posibles efectos de la decisión tomada (art. 172.1 CC).

1.3. El consentimiento de los acogedores: idoneidad para ser acogedor

El consentimiento de quienes reciban al menor debe constar en el escrito de formalización del acogimiento, si bien es destacable la particularidad referida al acogimiento preadoptivo, cuyo consentimiento deberá extenderse a la eventual adopción del menor (art. 173. bis 3.º CC).

A diferencia de lo dispuesto en el art. 175 C.C. dedicado a la adopción, los arts. 173 y 173 bis CC referidos al acogimiento no establecen criterios en cuanto a la edad mínima o máxima de acogedores y acogidos, aunque sin duda este factor resulta decisivo para valorar las aptitudes de los acogedores, al tiempo que la edad del menor es imprescindible para determinar las necesidades concretas y la modalidad de acogimiento a constituir.

Podrán ser acogedores las personas físicas mayores de edad y con capacidad plena de obrar, no pudiendo ser acogedores los menores emancipados, pues difícilmente concurrirán en él las condiciones de madurez y medios de vida estable y suficientes que permitan la adecuada asistencia moral y material del menor en cuestión.

Por lo demás resultaría plenamente aplicable a los acogedores las causas de inhabilidad de los tutores recogidas en los arts. 243 y 244 C.C. Así estarían inhabilitados para ser acogedores todos los que estuvieren

privados o suspendidos del ejercicio de la patria potestad de modo total o parcial, y ello por razones obvias.

También podrían considerarse inhábiles aquéllos que por su conducta hubiesen impedido el adecuado desenvolvimiento de un acogimiento anterior, los condenados a cualquier pena privativa de libertad mientras se encuentren cumpliendo condena, así como los condenados por cualquier delito que haga suponer de manera fundada que desempeñaran el cargo de acogedor de modo inadecuado.

Por su parte y siguiendo el orden de causas de inhabilitación que enumera el art. 244 CC, tampoco podrán ser acogedores: las personas en quienes concurra imposibilidad de hecho para llevar a el adecuado cumplimiento del contenido obligacional propio del acogimiento así como aquellos sujetos que padezcan graves enfermedades o estén ausentes de manera prolongada por los motivos que fueren. Tampoco estarán en condiciones de ser acogedores quienes tuviesen manifiesta enemistad con el acogido, o aquellos sujetos que presenten mala conducta o se encuentren carentes de medios de vida estables y suficientes habida cuenta de la obligación de alimentar al acogido.

Del mismo modo, tampoco pueden ser acogedores quienes se encuentren en conflicto con los intereses personales y patrimoniales de los acogidos. Por último considero que sería aplicable analógicamente lo dispuesto en el art. 244.5 CC en la medida en que dicha declaración de quiebra o concurso afecte a las condiciones económicas requeridas para permitir la adecuada asistencia material de los acogidos.

La evaluación de las condiciones personales y económicas de los acogedores corresponderá a la entidad pública competente, confeccionando para ello un listado de potenciales acogedores cuando la selección se lleva a cabo por la misma, en atención a las circunstancias personales del menor, de edad, familiares condiciones de salud, carácter, nivel de vida llevado hasta el momento, ambiente cultural y lingüístico, creencias religiosas, raza... etc., circunstancias también decisivas para proceder a la selección de los acogedores por la entidad pública, midiéndose así su capacidad para desempeñar este cargo, en aras a lograr, en todo caso, el pleno desarrollo de la personalidad del menor. Para tales efectos, los Equipos Técnicos de Acogimiento y Adopción deberán constatar entre otros extremos.

1.4. *El consentimiento de la entidad pública*

Respecto al consentimiento prestado por las entidades públicas competentes exigido legalmente para la constitución del acogimiento, -ya sean los Equipos Técnicos de la Comisión de Menores dependientes de las distintas Comunidades Autónomas o los servicios sociales municipales-, se configura como presupuesto para la existencia y formalización del acogimiento familiar, tenga o no la Administración la guarda o tutela legal sobre el menor, y ya sea el acogimiento instado o no por los particulares, siendo esta intervención en todo caso deseable, dado que la instrumentalización de la protección de menores es cuestión de orden público, que no puede adquirir un carácter subsidiario, esto es, en defecto de la voluntad de colaboración y mutua ayuda entre los particulares, o a falta de solidaridad entre familias.

La intervención de la entidad pública debe estar basada en tres principios básicos cuya consecución constituyen la máxima garantía de la actuación proporcionada y graduada de ésta. El primer principio es el de prioridad del sostenimiento del menor en su familia de origen, siempre que quede plenamente demostrado que ésta todavía puede garantizar el libre desarrollo de la personalidad del menor.

El segundo principio es el de la suplencia temporal de la familia de origen, que deberá ser aplicado cuando el interés del menor aconseje su salida del ámbito familiar originario y la instalación temporal del mismo en otro medio familiar.

El tercer principio es el de la sustitución definitiva de la familia de origen y la consiguiente integración de manera permanente o definitiva en otra familia, cuando se constate la irreversibilidad de la situación de desamparo del menor.

Según proceda la aplicación de uno u otro de estos principios la intervención de la entidad pública deberá concretarse: en la adopción de una guarda asistencial (*ex art. 172.2 CC*), en la constitución de un acogimiento familiar (*ex arts. 173 y 173.bis CC*). Y por último, la aplicación del tercer principio dada la situación del menor, requerirá la adopción de una tutela legal con la consiguiente suspensión temporal de la patria potestad, o bien recurrir a la adopción del menor.

Debe tenerse en cuenta que el legislador de 1996 añade un apartado segundo al art. 173.1 CC relativo a los sujetos acogedores diciendo al respecto que:

«Este acogimiento se podrá ejercer por la persona o personas que sustituyan al núcleo familiar del menor o por responsable del hogar funcional». Conforme a esta norma el acogimiento familiar podrá ejercerse por personas solteras, casadas o parejas de hecho en los términos analizados, siendo en general acogedor una o varias personas físicas o naturales, constitutivas de un núcleo familiar (abuelos, padre e hijos, tíos, viudos con hijos... etc.), a través de los cuales se satisfacen las necesidades personales del menor.

En la fase de ejecución del contrato, la entidad pública realizará la labor, de seguimiento y control a la que se refiere el art. 173.2.4 CC, mediante la cual se comprueba la integración familiar del menor en el núcleo familiar acogedor, ratificándose así, si el acogimiento sigue respondiendo a los intereses de aquél, de *modo exclusivo*. Así, la naturaleza civil del acogimiento no desaparece por el hecho de que los acogedores queden sometidos a la vigilancia de la entidad pública, y ello a pesar del incuestionable componente de «fiscalización pública», porque su finalidad como ha quedado dicho es analizar su evolución la eficacia real de este tipo de medida.

Por último, en la fase final del contrato la intervención de la entidad pública se determina en el art. 173.4.4° CC, de modo que pueda adoptar la decisión de finalizar el acogimiento de los menores respecto a los cuales tenga la guarda o la tutela legal.

En cuanto a la intervención de las entidades mediadoras o colaboradoras, prevista ya en la Disposic. Adic. Primera de la Ley 21/1987 de 11 de noviembre, en materia de acogimiento, se contempla explícitamente en el art. 173.1 CC -al decir que el acogimiento familiar «se podrá ejercer por la persona o personas que sustituyan al núcleo familiar del menor o por responsable del hogar funcional y en el art. 25 LOM para las adopciones internacionales.

Su intervención se contempla en casi todas las leyes autonómicas vigentes en materia de protección del menor, disponiéndose con carácter general:

1º La necesidad de que adquieran la forma de asociaciones o fundaciones.

2º Que se encuentren legalmente constituidas.

3º Que tenga carácter no lucrativo.

4º. Que en sus Estatutos prevean como fines propios el contribuir a la prevención, ayuda y protección de menores, que se encuentren dotadas de estructura y organización suficiente.

5º Que tengan a su disposición los equipos técnicos multidisciplinarios necesarios y los medios materiales idóneos para llevar a cabo sus fines.

6º Por último, que estén debidamente habilitadas o acreditadas reglamentariamente por las Administraciones Públicas Autonómicas, quienes marcan las directrices y realizan la inspección y control de mismas.

2. Modalidad del acogimiento y duración prevista para el mismo

El art. 173.2 CC exige imperativamente que el documento de formalización del acogimiento familiar, además de contemplar la firma de los consentimientos necesarios de padres, tutores, acogedores, acogido, mayor de doce años y la entidad pública a la que corresponda consentir el acogimiento, se exige la especificación por escrito de la modalidad del acogimiento y duración del mismo.

2.1. Modalidad

El criterio primordial que se sigue en la determinación de la modalidad de acogimiento a constituir (simple, permanente o preadoptivo) dependerá del carácter recuperable o no de la situación caracterizada por la salida del menor de su familia de origen,

En cuanto a la *modalidad* de acogimiento en atención a las finalidades que con el mismo se persiga, según se dispone en el art. 173.bis CC, pueden ser:

- Acogimiento Familiar Simple o Temporal.

Lo que singulariza esta modalidad es su carácter sustancialmente transitorio o provisional, bien porque se prevé la probable e inminente integración del menor en su familia biológica, bien porque se contempla como una solución jurídica preventiva hasta la adopción de medidas de protección más estables. Los acogedores actúan con frecuencia como instrumentos de auxilio en el ejercicio de la patria potestad cuando ésta no puede ejercerse por alguna circunstancia que realmente lo impida: enfermedades, períodos de convalecencia, ausencias laborales prolongadas. Estas circunstancias impeditivas del adecuado ejercicio de la patria potestad o de la tutela, presumiblemente tienen un carácter temporal, intentan ser eliminadas o paliadas mediante la adopción de medidas por parte de las entidades públicas competentes, que siendo de muy diversa naturaleza permitan la integración del menor en su núcleo familiar, circunstancia que determina que la duración del contrato se haga depender del cese definitivo o la atenuación de las mismas.

El acogimiento simple o transitorio así concebido tiene una doble finalidad: la integración del menor en la familia de origen, así como la adopción de cuantas medidas de apoyo se requieran para favorecer la desaparición de las causas que dieron origen a la situación de acogimiento familiar. Como ya hemos tenido ocasión de comentar, estas medidas se dirigen a prestar tres tipos de ayudas:

- Económicas: a favor de la familia de origen del menor o de parientes que quieran hacerse cargo de éste, cuando el problema de desprotección del menor reside en la falta de recursos económicos.

- Domiciliarias: dispensando un apoyo temporal o sustitutivo, ante la imposibilidad física o mental de los progenitores, completando los servicios básicos del hogar.

- Socioeducativas: cuando los padres o tutores requieran apoyo para gestionar la propia familia.

Sólo cuando estas medidas preventivas resulten claramente insuficientes y se vea frustrado el interés del menor, serán planteables soluciones alternativas en orden a sustraer al menor de su entorno familiar de origen.

En cuanto a la formalización de esta modalidad de acogimiento suele constituirse como acogimiento administrativo o convencional.

- Acogimiento Familiar Permanente

Previsto en el art. 173. bis.2 CC como una medida de protección estable para aquellos menores, que por su edad y circunstancias familiares así lo aconsejen y siempre que informen favorablemente en este sentido los servicios sociales de atención al menor.

Esta modalidad está prevista para jóvenes próximos a alcanzar la emancipación o la mayoría de edad, lo que incrementa ostensiblemente las dificultades para ser adoptados. También es adecuado para menores con necesidades o problemas específicos de salud, física o mental, minusvalías o dificultades de adaptación social ... etc.

Es aconsejable igualmente para los supuestos en que los acogedores sean familiares del menor y no se encuentren en situación legal para adoptarlos, como abuelos, hermanos o tíos del menor, con arreglo a los impedimentos legales para adoptar que recoge el art. 176.3 CC en sus ordinales uno y dos.

Como particularidad, los acogedores pueden ver incrementadas judicialmente sus facultades, autorizándoseles a intervenir, tanto en la esfera personal, en atención a lo que establece el párrafo segundo de esta norma cuando dispone que la entidad pública puede solicitar judicialmente las facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo al interés del menor, como en la gestión de algunos trámites referidos al mismo.

En esta modalidad de acogimiento podrían reconocerse a favor de los acogedores facultades patrimoniales en aras a permitir el adecuado y eficaz desempeño de los deberes personales propios del cargo, o cuando surjan problemas concretos en el mantenimiento de las facultades de representación y administración a favor de padres o tutores, aun cuando no se encuentren privados o suspendidos de sus respectivas titularidades y siempre que tales atribuciones se deleguen explícitamente a favor de los acogedores, haciéndose constar oportunamente en el documento de formalización del acogimiento.

- Acogimiento Familiar Preadoptivo.

Se trata de una modalidad de acogimiento que no sólo tiene por objeto la protección del menor, sino que sirve para preparar y propiciar la adopción de menores. Su finalidad reside en la práctica en permitir la convivencia del menor en la familia adoptante mientras se tramita la adopción, efectuándose un ensayo de cómo se desenvolverá la misma

antes de que quede formalizada definitivamente, y siempre con el propósito de que acogedores-adoptantes y acogidos-adoptandos conozcan previamente los resultados que aquella convivencia impone antes de que la filiación adoptiva llegue a constituirse.

El período de adaptación deberá ser lo más breve posible y no exceder, en ningún caso, de un año según se establece en el art. 173.3 CC, último inciso.

En cuanto a sus presupuestos, es obligado decir que con arreglo a lo establecido en el art. 173.bis. 3 CC, en su primer inciso, todo acogimiento debe cumplir con dos presupuestos básicamente:

1.º En primer lugar que la entidad pública eleve la propuesta de adopción judicialmente, informada favorablemente por los servicios de atención al menor.

2.º En segundo lugar que tanto los acogedores adoptantes como los acogidos -adoptandos estén en condiciones de adoptar y ser adoptados.

En cuanto al primero de ellos se exigirá: que sean mayores de veinticinco años o que tratándose de cónyuges, que al menos unos de ellos haya alcanzado dicha edad y en todo caso, que el adoptante tenga al menos catorce años más que el adoptado (art. 175.1 CC).

Destacar que según la redacción del art. 173. bis CC, esta modalidad de acogimiento no participa del carácter negocial que hasta ahora hemos venido defendiendo .

Se exige que los acogedores no sean ascendientes del menor o parientes en segundo grado colateral por consanguinidad o por afinidad. Tampoco puede adoptar el tutor a su pupilo hasta que no haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificativa de la tutela (art. 175.3 CC en relación con lo establecido en el art. 279 CC). Se exigirá que la situación de los acogedores permita al menor convivir en unas condiciones materiales, sociales, familiares y educativas adecuadas para el pleno desarrollo de su personalidad en consonancia con lo dispuesto en el art. 10 C.E.

En cuanto a los menores se exige que no estén emancipados a excepción del mayor de edad o menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiera existido una situación ininterrumpida de acogimiento o convivencia iniciada antes de que el adoptante hubiera cumplido catorce años.

Por su parte el menor debe estar en condiciones legales para ser adoptado, es decir, ser huérfano o que sus padres se encuentren privados definitivamente de la patria potestad mediante sentencia judicial, civil o penal, firme (art. 170 CC), o que han cedido al menor en adopción.

Aunque nuestro Código civil no hace referencia expresa, puede pensarse en la posibilidad de la modificación de la modalidad de acogimiento familiar si ello beneficia al menor, para lo cual será necesario promover conjuntamente el cese del preexistente y la constitución del nuevo acogimiento familiar en la modalidad deseada.

Suelen formalizarse como acogimiento judicial constituido por auto judicial a propuesta de la entidad pública, los acogimientos familiares permanentes y preadoptivos respecto a los menores en situación de desamparo, cuya tutela se atribuye por ministerio de la ley a la entidad pública.

2.2. *Duración*

El art. 173.2.2.º CC exige que conste por escrito en el contrato de formalización del acogimiento la duración prevista para el mismo, ya que se trata de una medida limitada en el tiempo.

El momento de la finalización no ha de ser exacto, sino meramente presumible, dependiendo de la ausencia real o aminoración de las causas que dieron origen al acogimiento, en cuyo caso, la fijación del plazo puede ser meramente orientativa pudiendo ser reducido o prorrogado por voluntad de las partes en atención a las circunstancias del caso y siempre en interés del menor.

La delimitación temporal del acogimiento adquiere verdadero significado en su modalidad de acogimiento simple o transitorio, contemplado en el art. 173. bis.1º CC, ya que Si el acogimiento es permanente perdurará hasta que el acogido alcance la mayoría de edad o se emancipe, y tratándose de un acogimiento preadoptivo perdurará hasta que se formalice la adopción, o quede claro que ésta no se va a realizar, y en cualquier caso, deberá tenerse en cuenta el término legal dispuesto en el art. 173. bis. 3.º CC, segundo inciso, cuando dispone que: «La entidad pública podrá formalizar, asimismo, un acogimiento familiar preadoptivo cuando considere, con anterioridad a la presentación de la propuesta de

adopción, que fuera necesario establecer un periodo de adaptación del menor a la familia. Este periodo será lo más breve posible y, en todo caso, no podrá exceder del plazo de un año».

En este sentido, esta limitación impuesta en el artículo 173 bis 3º CC, de 1 año de duración del acogimiento preadoptivo, es contradictoria con lo establecido en el artículo 176. 2 CC que señala que para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública a favor del adoptante de declaración de idoneidad, que no se requiere cuando el adoptando lleve más de 1 año en acogimiento preadoptivo.

No cabe por tanto, la formalización de un acogimiento simple sin determinar, o al menos ser determinable el término final, o se indiquen las circunstancias que una vez superadas, fundamente la finalización del acogimiento.

3. Los derechos y deberes de cada una de las partes

Se desglosan los derechos y deberes de acogedores y acogidos, contemplando cómo encajan esos derechos y deberes de los acogedores con los de los padres del menor, quienes mantienen la patria potestad y guarda sobre los mismos. Esa singularidad hace que en ocasiones se puedan plantear aspectos en los que puedan de alguna forma chocar los de unos con los de otros, conflictos que se han de resolver tomando muy en cuenta el interés superior del menor, pero sin olvidar el interés también legítimo de sus progenitores y su obligación, independiente incluso de la patria potestad, de velar por sus hijos, ni tampoco el que los acogedores necesitan un cierto ámbito de autonomía para poder llevar a cabo correctamente su función.

3.1. Derechos y deberes de los acogedores

Según el art. 173.1 CC el acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle un formación integral.

Según lo dispuesto en esta norma los acogedores están obligados a prestar a los menores, tanto la asistencia moral como la asistencia mate-

rial que éstos precisen. La primera permite facilitar al menor las condiciones necesarias para el pleno desarrollo de su personalidad desde un punto de vista afectivo, intelectual y emocional, recibiendo una educación oportuna que haga posible la plena integración social del menor a la vez que se logra su autonomía y autodeterminación.

Por asistencia material de los menores se entiende la dotación de todo lo necesario para cubrir su alimentación, vestido, habitación, asistencia médica... etc. (art. 142 CC), debiéndose recordar en este punto que las obligaciones asumidas por los acogedores son prácticamente comunes, tanto a los titulares de la patria potestad (art. 154 CC), como a la tutela (art. 269 CC).

3.1.1. Velar por el menor

Entiendo que el significado velar por los menores hace referencia a la obligación de protección que ha de ser desplegada por los acogedores, que conlleva el amparo moral y material, defenderlos y favorecerlos de acuerdo con las necesidades que les surjan. A mayor abundamiento se exige el deber de prestarles los cuidados y asistencia precisa para lograr su bienestar y permitir la asunción de responsabilidades en un futuro.

El art. 4.5 LOM, impone explícitamente la obligación a los padres y tutores de respetar su derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los menores. Este deber es perfectamente extensible a los acogedores, al asumir las funciones ordinarias de cuidado y protección del acogido frente a los atentados contra su derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen y a su protección frente a posibles ataques provenientes de terceros. En este sentido estaría justificada la legitimación activa que a los mismos compete para incoar las acciones en defensa de estos derechos.

Si bien con carácter general, aquélla corresponde a los representantes legales del menor, entiendo, no obstante, que debe hacerse extensible a los acogedores quienes encuentran legitimados para entablar las medidas cautelares propias del art. 9.2 de la Ley 1/1982. En último extremo la competencia para incoar tales procedimientos corresponderá al Ministerio Fiscal cuando no haya representantes legales.

Del mismo modo, dada la amplia legitimación reconocida en el art. 7 LOM, los acogedores estarán dotados de legitimación activa procesal

suficiente para incoar las medidas judiciales pertinentes en la protección del menor.

3.1.2. Tenerlos en su compañía

Comporta el derecho y el deber de integrar al menor en la vida familiar de los acogedores, es decir, que se encuentre físicamente en la vivienda habitual de éstos y siendo el cuidado prestado indelegable a favor de terceras personas, impidiendo que pueda marcharse si ello constituye un grave peligro para su seguridad física, mental o moral. Del mismo modo comporta el mantenimiento de una relación personal con los acogedores y otros parientes de los mismos, si ello redundaría en beneficio del menor acogido.

3.1.3. Alimentarlo

La obligación de los acogedores de prestar alimentos es también común a la de aquéllos que ostentan tanto la patria potestad como la tutela y se encuentra referida al cumplimiento de los conceptos que se refieren en la obligación *ex lege* de los art. 142 y ss CC. Esta prestación consiste en el suministro indispensable para el sustento, habitación, vestido y servicios médicos adecuados, comprendiéndose también la educación e instrucción.

3.1.4. Educarlo

La obligación de formar integralmente al menor a fin de que el menor alcance la preparación suficiente para lograr una vida independiente en sociedad, precisándose que su educación sea impartida en base a un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, todo ello en atención a los valores constitucionales como son: la libertad, la igualdad y la solidaridad.

En último lugar, decir que si entre los acogedores surgiesen conflictos o desacuerdos en el ejercicio de las facultades propias de su cargo, es posible acudir al Juez, aplicando analógicamente lo dispuesto en el art. 156.2 CC en sede de patria potestad.

3.1.5. Otros deberes jurídicos propios de los acogedores

Los acogedores tienen el deber de contribuir a la integración del menor en su familia de origen cuando proceda, así como el deber jurídico de soportar el ejercicio del derecho subjetivo del menor a relacionarse con parientes y allegados.

Los acogedores no están obligados a relacionarse ni a conocer a los parientes que han de mantener contactos con el menor, pero si lo están para aceptar, colaborar y facilitar, material y moralmente a llevar a cabo el régimen de visitas estipulado en el documento de formalización del acogimiento, comprometiéndose expresamente la parte acogedora a facilitar dichas visitas y en el caso de que se trate de un provisional, hasta que recaiga sentencia, siendo el régimen de visitas definitivo, en este último supuesto, el que determine el Juzgado.

3.2. *Derechos y deberes de los menores acogidos*

A través de la relación cuasifamiliar generada por el acogimiento los menores asumen una serie de obligaciones. Con carácter general deberán mantener un comportamiento cívico acorde con las exigencias mínimas de convivencia con la sociedad, basadas en la tolerancia y el respeto a los derechos de los demás.

Concretamente están sometidos a las obligaciones que establece el art. 155 CC, de tal modo que obedecerán a los acogedores mientras permanezcan en su compañía y les respetarán, y es oportuno aplicar la obligación de contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia acogedora mientras convivan con ella, correlativa al deber de sostenimiento que asume ésta respecto al menor acogido.

A. La periodicidad de las visitas por parte de la familia del menor acogido

El régimen de visitas dependerá en gran medida de la tipología de acogimiento. Tratándose de un acogimiento simple o transitorio cuya

finalidad última es, en la medida de lo posible, la reintegración del menor a su familia de origen cuando cesen disminuyan las causas que lo motivaron y partiendo de la presunción de normalidad que presiden las relaciones, entre padre e hijos en nada alterada por la celebración del acogimiento como modo de ejercer la patria potestad, es lógico que se especifique el ejercicio del derecho a relacionarse, en un sentido amplio concretándose el derecho a comunicarse por cualquier medio y a relacionarse con el menor mediante el ejercicio de su derecho de visitas.

Los titulares de este derecho de visita lo son, tanto los padres y tutores, mientras no exista resolución judicial que no permita lo contrario, como los parientes y allegados del menor, de ahí la referencia a la «familia» en sentido amplio, entiendo que realiza el art. 173.3.a) CC, complementado con lo dispuesto en los art. 160 y 161 CC, en relación con el art. 94 CC, en lo que se establece la competencia Judicial para modular, regular suspender el ejercicio de este derecho, atendidas las circunstancias y el interés del menor, sin que nadie más pueda impedir, margen de la autoridad judicial, el ejercicio de este derecho en relación a las circunstancias del caso. En el supuesto de que fuera suprimido o suspendido por la entidad pública, queda a salvo la posibilidad de recurrir ante el Juez, quien decidirá en última instancia, atendiendo al interés del acogido.

El derecho del menor a relacionarse con sus parientes biológicos puede perder virtualidad en el acogimiento preadoptivo por lo menos respecto a los padres.

B.-El sistema de cobertura por parte de la entidad pública o de otros responsables civiles de los daños que sufra el menor o de los que pueda causar a terceros

El art 173,2 Cc, entre los extremos que ha de incluir necesariamente el documento de formalización del acogimiento familiar, incluye expresamente en su apartado b): «*El sistema de cobertura por parte de la entidad pública o de otros responsables civiles de los daños que sufra el menor o pueda causar a terceros*», que fue objeto de una consulta a la Fiscalía (consulta n.º 8/1997, de 8 de octubre, BIMJ, diciembre 1997). La Fiscalía se limitó a declarar básicamente que el art 173 Cc no impone a la entidad

pública, ni a los acogedores tampoco, la obligación de suscribir un seguro de responsabilidad civil que cubra esos riesgos, que en modo alguno esta disposición pretende alterar el régimen general de responsabilidad civil, y que hay que estar a las circunstancias del caso concreto.

La norma contenida en el art. 173.1.3.b CC, no impone la obligación de suscribir un seguro de responsabilidad civil para cubrir el daño., ni altera el régimen general de responsabilidad civil, siendo válida la remisión que en el documento de formalización se realice a dicho régimen de responsabilidad, si bien cuando la Entidad Pública tenga suscrita una póliza de seguro para cubrir estas responsabilidades, habrá de hacerse constar expresamente. Por todo ello, en el acogimiento no debe exigirse, con carácter imperativo, la contratación de esa póliza, ni la contemplación por escrito de pactos y acuerdos particulares sobre dicho externo, si bien se comprenderá la conveniencia de suscripción de la misma.

Sería suficiente a efectos de entender cumplido el requisito formal, hacer constar en el documento de acogimiento el sistema de cobertura de las posibles responsabilidades civiles en relación con el menor, a través de una remisión genérica al régimen legal contenido.

Si no se han establecido pactos o acuerdos en torno a la determinación de la responsabilidad, se aplican igualmente las reglas generales del art. 1902 y ss del CC y de la LORPM, y según la LORPM (Ley 5/2000 de 12 de enero), su art 61 habla de la responsabilidad civil del menor mayor de 14 años, y menciona como posibles responsables solidarios con él, a una serie de guardadores, entre los que genéricamente se incluye a los acogedores.

En efecto la acción de reclamación de la responsabilidad civil dirigida solidariamente frente a los posibles responsables civiles, se contempla en el art. 61.3 de la LORPM, al disponer:

«Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieran favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos».

Para articular un régimen jurídico de responsabilidad civil por los actos u omisiones ilícitas cometidas por el menor acogido, cabe precisar que respecto a la declaración de «Será el que se determine en el documento de formalización del acogimiento», debe señalarse que el desarrollo de este extremo es deliberadamente omitido en la práctica, en los acogimientos que se celebran, y ello por el temor de que el establecimiento por escrito de la responsabilidad concreta de los acogedores sea un factor determinante que desanime a un buen número de potenciales acogedores a celebrar este tipo de negocios jurídicos. También porque la atribución de las facultades de cuidado, vigilancia y control sobre el menor que aquéllos ejercen, obligaría a la mención explícita de los acogedores como responsables directos de las actuaciones lesivas que lleve a cabo el menor.

Debería producirse la contratación de un seguro de responsabilidad civil, aunque éste no es llevado a la práctica, como sucede hasta el momento, por resultar éste excesivamente oneroso, y recomendar que la responsabilidad civil no se declare exclusivamente de los acogedores, lo que en nada propiciaría la celebración de esta modalidad de acogimiento, constatándose en la práctica el incremento de acogimientos residenciales en claro perjuicio del interés del menor.

La eficacia de la tutela del menor y de sus intereses depende de la efectividad de estas medidas.

EFICACIA DEL DERECHO INTERNACIONAL

PEDRO FRANCISCO GAGO GUERRERO

*Profesor del Departamento de Filosofía del Derecho
Universidad Complutense. Madrid*

Resumen: En el momento actual la política internacional no podría realizarse sin el derecho, puesto que el aumento de las relaciones interestatales y supranacionales permite hacer más seguras y previsibles las relaciones internacionales. A su vez, el Derecho Internacional se subordinará casi siempre a la política internacional, por lo que su eficacia dependerá de ella y menos de su propio desarrollo técnico.

Palabras clave: Derecho Internacional, política internacional, funcionalidad, eficacia, evolución.

Abstract: International politics could not be conducted nowadays without international law, given that the increase of inter-state and supranational relations calls for safer, more predictable international relations. International law, for its part, will almost always be subordinate to international politics. The efficacy of international law will thus depend more on international politics and less on its own technical development.

Keywords: International law, International politics, efficacy, evolution, functionality

El Derecho Internacional está sometido a un juicio permanente sobre su capacidad para regular el orden internacional y su evolución¹. Su importancia siempre dependerá de su poder para penetrar en la realidad y resolver las situaciones de conflicto.

¹ La evolución no sólo conduce a buscar otros fines, sino que la historia estaría asentada sobre un cambio en la esencia de los sistemas y órdenes en los que actúa el individuo. Posiblemente conduciría a crear una nueva naturaleza humana.

El fin del Derecho internacional es imponer la ley internacional, siendo la práctica más adecuada que todas las unidades nacionales renuncien a la fuerza para hacerse justicia por sí mismas, y que los Estados, los grupos, las organizaciones e individuos confíen en la imparcialidad de un tribunal superior internacional.

La eficacia del derecho internacional sería mayor si además de acatar las sentencias de los tribunales internacionales se construyera sin pausa una jurisprudencia para ser respetada por los gobiernos. Igualmente sería indispensable que los Estados decidiesen confiar en la neutralidad jurídica y actuaran en beneficio de una posible colectividad universal. Es decir, que los intereses de los estados y de los grupos, las incompatibilidades ideológicas, religiosas, culturales, etc. y los enfrentamientos por el poder deberían quedar sometidos a una reglamentación, a fin de unificar los criterios para que el Derecho sea eficaz.

Ante el dominio del sistema internacional, la cuestión es si las relaciones pacíficas, de intercambio comercial, inversiones económicas, etc. podrán beneficiar a la consolidación y desarrollo positivo del derecho internacional. Siendo necesario que el sistema plural y heterogéneo se pueda autorregular y mantenerse en una situación de equilibrio, confiando en que los estados no quieran poseer cada vez más fuerza y poder. El cambio sería radical, pues ni siquiera en los sistemas más homogéneos han dominado los valores y los intereses comunes².

Para que el Derecho Internacional fuera más eficaz se debería impulsar la existencia de valores universales. La realidad muestra que muy difícilmente hay una conciencia común, ya que por encima de ellos se encuentran las sensaciones o emociones que los hombres experimentan con las ideologías, las naciones, etc. que son mucho más intensas que la pertenencia al género humano. Hasta ahora no se ha conseguido crear lazos comunes humanos o una única emoción. De hecho la sustancia del derecho internacional radica en la división, en los conflictos que surgen por la lucha de los intereses entre las colectividades. Si existe el Derecho Internacional se debe a que proliferan las sociedades. De haber una sociedad habría un estado civil. Si hubiera una sola soberanía, el derecho internacional desaparecería.

² En todas las situaciones, y mucho más en las excepcionales, los actores internacionales defienden sus propios intereses hasta sus últimas consecuencias.

El problema, pues, es cómo impedir que se sigan defendiendo unilateralmente intereses propios. La falta de unidad se debe a que el Derecho Internacional está sometido a la política internacional porque los estados se guían por el interés nacional o el de sus gobernantes. La política humanitaria es un ideal, en el que sólo cuando no afecta a intereses propios, se pueden mostrar receptivos a la solidaridad. Es muy difícil que se pueda mantener un equilibrio entre las necesidades internacionales y las concretas de cada país. Para que el Derecho Internacional tenga utilidad es necesario que entre los países haya acuerdos cada vez más amplios, y que se decida perder algo de su soberanía, sometiéndose en caso de discrepancia a una instancia neutral. Esta limitación de la soberanía suele referirse, salvo alianza o acuerdo expreso, a las relaciones exteriores, pudiendo quedar afectado el derecho interno. Cabe no olvidar que todo estado se reserva el *ius belli*, por lo que siempre conserva el control jurídico, sin que nadie, salvo por la fuerza, pueda obligarle.

LA IDEA DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

La eficiencia del derecho Internacional se basa en el cumplimiento de su naturaleza, que, a partir del Derecho de Gentes, se asienta en una comunidad internacional. A pesar del interés por llegar a una sociedad internacional los estudiosos no pueden definirla. Es una aspiración sin sostenes reales. En caso de que no llegara a esta noción, significaría que el Derecho internacional sería un conjunto de documentos, tratados y convenciones entre las diferentes unidades políticas. Es evidente, como ya vieron los primeros estudiosos del Derecho de Gentes, que la sociedad internacional es una exigencia de la razón para superar las dificultades del mundo internacional. Aunque el término se use con descaro y un tanto irreflexivamente, es dudoso que el ámbito internacional sea una sociedad.

No se debe confundir sociedad internacional con relaciones internacionales. La base de las relaciones internacionales es política, añadiéndose otros elementos como son la cultura, los criterios económicos, que tendrán una mayor importancia dependiendo de su influencia. En cuanto al Derecho internacional que quieren constituir los juristas sobre la base

de la sociedad internacional³, no deja de ser puro idealismo al quitarle la fuerza que impone la obligación y la sanción. Casi todos los pasos más eficaces que se dan por parte del Derecho internacional se deben a que han ido aumentando las relaciones privadas sin abandonar la política. Gracias a ella hay mejor relación entre los Estados y se ha aumentado la eficacia del Derecho internacional al expandirse por muchas áreas que eran competencia del ámbito estatal.

El derecho internacional debería ser determinante en la creación de una sociedad internacional, pues, en caso contrario, las actuaciones jurídicas serían casi inexistentes entre los gobiernos de los estados. Estos dependen de otros presupuestos que son diferentes a los del derecho. Por ahora no se puede concebir un orden internacional que no esté dominado por la política incluso en el ámbito jurídico.

Cabe no olvidar que la relación política no tiene una vocación universalista, sino localista o particularista. La política se hace en relación a otro, que puede ser rival o enemigo, suponiendo pluralidad en cuanto a los participantes y en cuanto a la llamada voluntad de dominación entre oponentes. Esta voluntad conduce al antagonismo y a la posibilidad que evolucione hacia el conflicto, que tomará un rasgo inevitablemente político⁴. Por eso es imposible que se elimine la potencialidad del conflicto, que obedece a un idealismo ajeno a la experiencia histórica. El Derecho internacional se hará más consistente en la medida en que se afirme y logre introducir a un mayor número de sujetos y actores internacionales en su campo, teniéndole como referencia. Lo cual quiere decir que la política, al menos en parte, se someta a una regulación.

LA FUERZA DEL DERECHO PROCEDE DE LA POLÍTICA

En el orden internacional coexisten relaciones estructuradas con situaciones anárquicas. Para los autores influidos por la teoría hobbesiana se definiría como un dominio del estado de naturaleza. Porque, a falta de una autoridad suprema y de una policía que esté por encima de la sobe-

³ Subordinando la política.

⁴ Vid. Allen ROBERSORI (ed). *Internacional Society and the Development of International Relations Theory*, Londres, 1998. pág. 97.

ranía de las naciones, cada uno se responsabiliza por mantener su propia seguridad, pudiendo hacer uso de las armas.

El Derecho Internacional depende de las relaciones que se den en el orden internacional. Para que sea respetado será fundamental conseguir que los actores internacionales tengan un proyecto común, renunciando a sus propios planes. El éxito en el orden internacional no lo consigue quien acate siempre la ley internacional⁵ o se comporte más humanamente, sino aquél que por su fuerza o astucia⁶ impone sus objetivos, sacando el mayor partido para sus intereses.

El derecho es más eficaz y más respetado en cuanto posee la fuerza de la represión y sea de aplicación forzosa. La cuestión es si la realidad permite ampliar sus normas⁷. Algunos internacionalistas oponen la fuerza al derecho cuando ambos deben ir unidos. De antemano la fuerza ha de estar sometida o al servicio del derecho, pero hay situaciones que el derecho no puede controlar y lo ha de hacer la política ajena al derecho, incluso renunciando a la violencia. Lo que no es incompatible con el derecho internacional, porque la violencia es el medio de la fuerza.

La definición de derecho como un orden de apremio de la paz por Kelsen⁸ no tiene en cuenta que el apremio parte de la fuerza y ésta la pone la política. Esta es la causa de que para algunos estudiosos el Derecho internacional no sea un auténtico derecho, sobre todo cuando se utiliza la definición y determinación del Derecho internacional a partir del estudio del derecho interno.

El proceso, que es el instrumento fundamental del derecho, puede ser inoperante si falta la fuerza de la política. Es decir, que si al proceso le faltara la fuerza que lo respalde carecerá de efectividad. Puesto que en el

⁵ “Las normas fundamentales son tan capaces de coexistir con la injusticia como los principios informales”. Martti KOSKENNIEMI, *El discreto civilizador de las naciones. El auge y la caída del Derecho Internacional 1870-1960*, Buenos Aires, 2005, pág. 472.

⁶ Posición anhelada por el maquiavelismo.

⁷ “La cuestión es si las normas de Derecho internacional se respetan lo suficiente como para justificar que los consideramos un factor esencial para el funcionamiento de la política internacional y, en particular, para que los *consideremos* un medio para mantener el orden internacional”. Hedley BULL, *La sociedad anárquica. Un estudio sobre el orden en la política mundial*. Madrid, 2005. Pág. 188.

⁸ *Teoría pura del Derecho. Introducción a la ciencia del Derecho*. Buenos Aires, 1987, pág. 46.

derecho siempre hay detrás una voluntad y dirección política, la cuestión es a quien se le encarga imponer la dirección. Dicho de otra forma, si el conjunto de estados decidiera acatar la voluntad de la mayoría, tendría que haber alguien que asumiera la dirección.

Todo Estado que es juzgado por un tribunal internacional comparece en situación de Estado soberano y no como ciudadano sometido a la ley. Por ello el Estado tiene libertad para aceptar o rechazar la sentencia, pues el tribunal internacional no puede obligar a cumplirla⁹. Si recurriera a la fuerza tendría que hacerlo a través de otros Estados, eliminándose lo que sería el factor principal del arbitraje. El Estado sentenciado podría provocar un nuevo conflicto si se ve afectado en sus intereses. Por eso en la operatividad del Derecho Internacional seguiría siendo determinante el papel de la política internacional y con su protagonismo más o menos relevante del derecho.

En ningún sistema puede separarse el derecho de la fuerza, que procede de la política. El derecho no genera por sí mismo la fuerza y la decisión. Así pues, la fuerza y el derecho son medios de la política, pues ni uno ni otro poseen fines por sí mismos, dado que la política es la que crea la organización como un instrumento para la realización de fines humanos. Igualmente de la política surge la ley, expresión de una legislación soberana, que será aplicada en la medida en que el poder la pueda hacer respetar.

El equilibrio¹⁰ que mantiene el orden internacional se basa en la potencia¹¹. El Derecho internacional no puede limitar la potencia de las unidades políticas, al no haber una autoridad que se imponga. El Derecho internacional se desvirtuaría si tratara de disminuir la capacidad de los Estados o suprimir su soberanía.

En el orden internacional se mantiene la paz no por la fuerza de la ley sino por el equilibrio de potencia. El derecho está al servicio de la política, disponiendo del conjunto normativo para mejor llegar a sus determinaciones. En el caso del Derecho Internacional, las reglas y normas sirven para organizar mejor el orden internacional. Naturalmente el Derecho

⁹ Vid. Paul KENNEDY, *Auge y caída de las grandes potencias*, Barcelona, 1989.

¹⁰ La efectividad del Derecho internacional en la sociedad internacional y el funcionamiento del equilibrio de poder están íntimamente conectados.

¹¹ Vid. William E. SCHEVERMANN, *Carl Schmitt; The End of Law*, Lauhamen, MD. Bouldes, Nueva York, 1999.

Internacional también ha de servir a los fines particulares y al no haber una meta de la política internacional tendría que conseguir limitar las intervenciones basadas en la fuerza e imponer su legalidad¹².

En efecto, la eficacia del Derecho Internacional consiste en limitar la fuerza para el buen uso de la ley, o bien utilizarla para mantener el orden a través del pacto y la superioridad de los países que quieran mantener la paz. La fuerza es imprescindible para el derecho internacional, porque si no el derecho se convertiría en una abstracción incapaz de mantener la situación de dominio de las relaciones pacíficas. El Derecho Internacional se basa en la racionalidad de las normas y en una estructura jurídica que ha de ser muy sólida para que sea eficaz. No obstante, en el orden internacional se impone el presente mantenido, siendo muy difícil trazar objetivos políticos a medio plazo, por lo que se puede estimar que el derecho internacional es eficaz en la medida que mantenga un cierto equilibrio internacional y sea respetado.

Sería deseable que el Derecho Internacional participara en la normalización de la vida internacional. Debería haber continuidad en las estructuras para que se consolidara y para que los Estados lo respetaran, con un autocontrol que impidiera la censura de la opinión pública.

La dificultad para que se obedezca al derecho internacional, es que lo político posee sus propias leyes y al no haber una política global, sólo puede afectar a una parte concreta de la actividad humana. Cabe no olvidar que la relación política no tiene una vocación universalista, sino localista o particularista. La política se hace en relación a otro, que puede ser rival o enemigo, suponiendo pluralidad en cuanto a los participantes y en cuanto a la llamada voluntad de dominación entre oponentes. Esta voluntad conduce al antagonismo y a la posibilidad que evolucione hacia el conflicto, que tomará un rasgo inevitablemente político. Por eso es imposible que se elimine la potencialidad del conflicto, que obedece a un idealismo ajeno a la experiencia histórica. Como decimos, el Derecho internacional se hará más consistente en la medida en que se afirme y logre introducir a un mayor número de sujetos y actores internacionales en su campo, teniéndole como referencia. Lo cual quiere decir que la política, al menos en parte, se someta a una regulación.

¹² El recurso a la fuerza tendría que estar limitado por la ley, en lo posible.

El Derecho Internacional se defiende con los medios de la política, incluso utilizando la violencia, lo que nos indica en términos generales las relaciones entre la política y el derecho. Se ha de constituir en función de los fines políticos, por lo que su eficacia vendrá marcada por la conformidad con la política. La política no es un fin en sí, porque, como decía Aristóteles, entonces el hombre sería exclusivamente un animal político. La política es un medio para conseguir los fines que se marquen las sociedades. Medio fundamental que se ha de convertir en un bien social para conseguir tanto los objetivos sociales como los particulares. Si se trazan una meta, no es posible hacerlo en el orden internacional, por lo que avala la tesis de que en parte es un sistema anárquico.

Un aspecto importante para determinar el valor del derecho se basa en la capacidad legislativa y sobre todo en la fuerza que pueda tener la ley. Al Derecho Internacional hay que considerarlo en dos aspectos: 1. Una ley internacional establece lo que está prohibido o permitido según las necesidades de la comunidad internacional. 2. También, lo que quizá es más importante en la práctica, exige una condena para quien viole las normas o reglas internacionales. Aquí es donde es necesaria una fuerza que intervenga para reprimir o castigar la ley violada. Este es el principal problema del Derecho Internacional al depender, para su eficacia, de la capacidad de represión que es externa. Es decir, que el Derecho Internacional no puede mantener el orden por sí mismo, al faltarle el poder coercitivo.

Se puede entender que el Derecho Internacional progrese en cuanto aumente su eficacia si los Estados excluyen la violencia de sus relaciones sometiéndose a la imparcialidad de un tribunal internacional. Sin embargo, este no puede ser un poder controlador, un contrapeso a los poderes de las naciones más poderosas. Sólo le cabe dictar sentencias que no se sabe si serán ejecutadas, salvo que una fuerza política lo respalde. Pero el Derecho Internacional no puede, al menos por ahora, cambiar las perspectivas del orden internacional. La violencia es posibilidad normal de la relación entre los pueblos. La fuerza del Derecho Internacional ha de provenir de los intereses comunes entre las naciones. La relación conflictiva, de intereses, en lo que no se excluye la violencia, sólo se puede limitar por las costumbres y las instituciones. En mucho menor medida por la moral. En cuanto ésta tropieza con la política suele debilitarse. La fuerza del poder es un derecho que se adquiere por razones de eficacia

no siendo una norma moral. Suele acudir a la falsedad para ocultar el interés cuando se justifica la violencia con la moral. Lo que cual no quiere decir que el derecho no pueda prevenir actos que hubieran sido de singular violencia. El juicio es claro: En tanto más litigios o conflictos pudiera resolver el Derecho Internacional, en mayor medida será más eficaz.

¿INDEPENDENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL?

El derecho internacional se identifica con la Ley internacional, sin que nadie posea el monopolio de la ley ni la del derecho. Se puede defender la idea de que si la política se subordinara a la ley, el resultado sería que el mundo político estaría mecanizado atendiendo a la reglamentación. La administración no puede seguir siempre fielmente la ley, por eso posee la discrecionalidad para ir adaptando los casos según las condiciones lo requieran. Una fidelidad absoluta a la letra de la ley es muy probable que fuera injusta. Por eso es conveniente la capacidad de adaptación de lo político a la ley según el caso concreto, ateniéndose, al mismo tiempo, a los intereses generales y particulares. En el sistema internacional no se puede subordinar la actividad política a la instancia legislativa, donde la ley domina exclusivamente¹³. Tampoco el Derecho Internacional puede poner en un lugar subordinado a la actividad política, ni ocupar su lugar. El derecho debe cubrir un cuerpo mucho más amplio que el de la ley, porque no todo el derecho es ley. El derecho es una forma, entre otras, de concebir las relaciones entre sus contenidos y la ley y entre la ley y la política.

El Derecho Internacional le faltan muchos de los elementos del derecho interno, entre ellos, la homogeneidad que posee todo sistema jurídico independiente. Esta es una de las claves de su ineficacia. De ahí que no responda a las premisas de actuación de todo derecho. Porque lo que parece muchas veces la obediencia al derecho¹⁴, es un acuerdo entre los estados o entre las partes interesadas. Es decir, que las relaciones de

¹³ Vid. J.H.H.WEILER y A.L. PAULS, *The structure of change in International Law or is there a hierarchy of norms in International Law?*. EJIL. Vol.8.1997, pág. 545 y ss.; M.N.SCHAW, *International Law*. Londres, 1997.

¹⁴ “La obediencia puede ser resultado de la coerción... los acuerdos que se cumplen principalmente por este tipo de razones a veces son denominados como “el derecho internacional del poder”. Hedley BULL, *La sociedad anárquica*, op. cit. Pág. 191.

paz, de alianza o de amistad, son más fuertes que la aceptación de las reglas y normas del derecho. Actualmente el respeto al Derecho Internacional se debe a que los estados, por interés, subsanan las deficiencias jurídicas. Es decir, que la eficiencia del Derecho Internacional está más en función con los aspectos jurídicos y administrativos, técnicos, en definitiva, de los contratos, tratados, etc. Pero el movimiento corresponde más a la política internacional, que, en gran parte, hace la historia de las relaciones internacionales. Sin embargo, en la medida en que crezca el papel de las sociedades transnacionales y las relaciones pacíficas entre los hombres, el Derecho Internacional debería tomar un protagonismo mayor, teniéndose que mostrar en mayor medida la intervención de los tribunales internacionales para afrontar unas relaciones crecientes. Será imprescindible que exista una buena relación entre los estados para que crezcan la libertad y la necesidad de relacionarse conforme a la exigencia de una regulación del Derecho Internacional.

La eficiencia del Derecho Internacional está en relación con la ampliación de su esfera de influencia¹⁵. Cuando el Derecho Internacional impone la obligación es porque habrá una voluntad política de un conjunto que decide someterse. Una voluntad única es imposible, porque el derecho carece de la capacidad para dominar el sistema internacional e intentar que el Derecho Internacional se asemeje al derecho interno es un esfuerzo baldío, ya que los actuales Estados no consentirán ceder en sus intereses.

La legislación internacional deberá sopesar los hechos, datos, circunstancias para hacer justicia. Desgraciadamente la dinámica internacional lo suele impedir, requiriendo una inmediata respuesta que sólo la política es capaz de ofrecer. Estas situaciones son las que impiden formar una verdadera comunidad internacional, imposibilitando que el derecho y los jueces pongan fin al conflicto sin recurrir a la violencia. El idealismo jurídico y el moralismo político defienden que la eficacia del Derecho internacional exige establecer el imperio de la ley universal. Sin embargo, la realidad muestra que el Derecho Internacional será más eficaz si consigue por la vía política el respeto a los acuerdos que sean supervisados jurídicamente. Es difícil que pueda ir más allá. La causa es que todos los Estados pueden romper los acuerdos unilateralmente y al

¹⁵ El perfeccionamiento de la sociedad internacional no se alcanza mediante su transformación en un nuevo estado.

no existir una autoridad que pueda adoptar sanciones reales, difícilmente podrá progresar el Derecho Internacional y aumentar su eficacia.

El Derecho Internacional tendría que imponerse a las fuerzas internas del orden internacional. Sin embargo, la fuerza política de los estados es muy superior al Derecho Internacional. Su papel dependerá de la influencia que le otorgue la política, la economía, la moral, la cultura, la religión, etc. para que se imponga su organización jurídica. Todos los elementos poseen suficiente influencia como para poder hacerle operativo y eficaz. La relación más determinante será con la política internacional, por lo que deberá intentar conseguir la máxima neutralidad para no ser instrumento de un estado predominante.

El problema parte de la necesidad de que el Derecho Internacional puede establecer un ámbito propio sin intentar juridizar lo político, ya que uno y otro, aunque coincidan, no deberían intercalarse. Siempre la política instrumentalizaría el derecho internacional. No es posible crear un sistema jurídico dominante de las situaciones políticas en un sistema internacional de carácter interestatal. El Derecho Internacional nunca podría superar a la política, porque significaría que se habría creado un único centro de decisión, eliminando las distintas formas de organizarse las comunidades.

El Derecho Internacional debe aprovechar la fuerza de la política para cooperar en la función de conectar distintos ámbitos como la economía, la política, la moral, la cultura, la religión y establecer unas coordenadas convivenciales que superen el estado de desorden¹⁶. Al tratar de establecer una convergencia entre los órdenes no deberá ser sólo un instrumento de lo político, al formar parte de muchos aspectos de la realidad.

LO EXCEPCIONAL

Cuando hay un conflicto armado o cualquier otra situación especial, la eficacia del Derecho Internacional casi desaparece, pasando el sistema jurídico a ser controlado completamente por la política, que se encargará de restablecer el orden vulnerado. Las situaciones excepcionales escapan a ser sometidas a la normatividad jurídica, teniendo que recurrir a la

¹⁶ Vid Fabián NOVAK TALAVERA y Luís GARCIA-CORROCHANO MOYANO, *Derecho Internacional Público. Tomo III. Solución pacífica de controversias*. Perú, 2005.

política que determinará la forma para restablecer el orden. El dominio del Derecho Internacional supondría eliminar todas las situaciones excepcionales, e incluso acabar con la posibilidad potencial de que surjan rupturas con el orden. Actualmente este problema parece insalvable, sin que quepa enjuiciar al Derecho Internacional como ineficaz al superar la capacidad de lo jurídico.

La cuestión es plantearse qué es lo que podría hacer el Derecho Internacional para acabar con las situaciones de ruptura de la normalidad. Lo único aceptable es que para evitar los conflictos se abran numerosas posibilidades, a fin de que las decisiones políticas se sometan al orden jurídico internacional. En gran parte la fuerza de la política se tendría que poner al servicio del derecho. Es decir, que la eficacia del Derecho Internacional sería dar continuidad al predominio de la ley internacional para regular situaciones. De este modo sería un factor de estabilidad política, beneficiando y promoviendo la justicia internacional.

Lo único aceptable para evitar los conflictos consistiría en someterse al orden jurídico internacional. Puesto que es muy difícil que el Derecho Internacional pueda tener la capacidad para dominar lo excepcional, la fuerza de la política se tendría que poner al servicio del derecho. Aun así nadie puede prever que los comportamientos futuros de las unidades políticas sean la de respetar la ley internacional y los tribunales. Es imposible sustituir al político por el juez, y de este modo tampoco habría garantías de que el orden internacional fuera más justo. La experiencia demuestra que no ha mejorado la justicia desde la introducción del poder judicial más o menos independiente.

EL ACUERDO COMO ACTO PREVIO DEL DERECHO

El Derecho Internacional, en contra de una opinión extendida, no tiene como objetivo conseguir la concordia en el mundo. Esto es tarea de la política que debe utilizar el derecho para mantener la normalidad. Es decir, que los países habrán de llegar al acuerdo y mantenerlo con el derecho. Si no hay acuerdo entre las unidades políticas tampoco admitirán la ley internacional. Y cuando las diferencias se intensifican, menos operatividad tendrá el Derecho Internacional y más dominio ejercerá la política, que se extenderá sobre todos los demás aspectos de la vida. Si

en la sociedad internacional se impusiera el Derecho Internacional es porque se habrían sacrificado los intereses particulares por la unidad global decidida por la política. Es decir, que el Derecho Internacional es eficaz por el acuerdo político y porque la fuerza política decida someterse al derecho. No se puede sostener que el pluralismo internacional lleve al derecho, sino que es la unidad del acuerdo lo que hace más o menos imperar al derecho. Condición que sería factible por la andadura histórica de los estados, de las sociedades y grupos transnacionales. Con ello aparentemente se logra superar la relación entre lo universal y lo particular, teniendo en cuenta que no hay una norma universal en tanto no exista una norma política universal.

Lo que algunos llaman orden jurídico universal, que es una abstracción y que en realidad es el *ius europaeum* ampliado, ha de ser con constancia aceptado y reformado para poder seguir la vida social. Para ser eficaz no depende de sí mismo, salvo en una pequeña parte, porque el Derecho Internacional está sumido en una coyuntura en el que tiene que estar relacionado con las convenciones, moverse entre ideas contradictorias e intereses antagónicos, siendo muy difícil establecer la coexistencia internacional.

Hasta hoy ha sido inevitable el choque entre lo político y lo jurídico, es decir, que las decisiones políticas han chocado con el campo normativo internacional. El orden internacional no está formado racionalmente, por lo que el derecho difícilmente podrá conformarse a su actividad. Los intereses y las contradicciones hacen más difícil ponerlo en práctica. Insertar el Derecho Internacional en el ámbito internacional es mucho más difícil que en una unidad política, porque los descontentos no son sólo políticos, sino que los intereses económicos, la cultura, la moral, etc. hacen muy difícil establecer un campo normativo que someta y regule a todos los demás órdenes. Hoy es imposible dar un carácter jurídico al sistema internacional. El Derecho Internacional podría ser eficaz en la medida que lograra dar respuestas favorables a las rivalidades, intereses, etc. sin degradarse porque las fuerzas internacionales no observaran la ley internacional o prescindieran de su existencia para actuar conforme a su propia voluntad.

El Derecho Internacional no puede tener como objetivo formar un orden internacional jurificado, porque supondría reglamentar todo el orden internacional. La eficacia del Derecho internacional no consiste

en la juridización, sino en disponerse a regular, según el fin político, los distintos órdenes para instrumentalizarlos y evitar en lo posible el conflicto. A veces se requiere anticipar el futuro imponiendo el derecho, aunque en el ámbito internacional probablemente no sea de mucha eficacia, pues su tarea no es crear situaciones, sino adecuar lo que surge de los otros órdenes a la justicia jurídica. El derecho debe estar en relación con la exterioridad, siendo evidente que el Derecho Internacional no tiene la primacía que ostenta la política, ni sería lo deseable. Ocuparía una posición que no le correspondería.

El Derecho Internacional ha de tener su propio desarrollo, quedando en un lugar secundario cuando la realidad reclame la intervención de la política para dar curso a través de las leyes¹⁷. Por otro lado, la adaptación legislativa del Derecho Internacional al sistema internacional es más lenta que para los derechos internos. La causa de la rigidez del derecho internacional se debe a: Por un lado, se le hace difícil operar dentro de unos cambios que asume tardíamente. Por otro, es posible que su progreso se note porque ha renunciado a mantenerse en lo estricto, en lo inamovible, dejándose libertad a los tribunales y a otras instituciones internacionales para concretar muchos aspectos de la vida internacional para conformar la paz y a la justicia¹⁸.

MORAL, IDEALISMO Y UNIVERSALISMO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Es importante para el derecho internacional no confundir la norma moral con la norma jurídica. En el orden internacional la ley moral ha de ser un modelo de conducta que han de seguir los actores internacionales. Y la ley internacional, por su lado, se crea para ser obedecida. La característica del sistema internacional es que cuando no se cumple, se

¹⁷ También es importante la evolución técnica del propio derecho. Como bien dice José ITURMENDI MORALES, “entre los internacionalistas se están desarrollando de manera progresiva una serie de pautas de elevada especialización y competencia técnica que resultan particularmente adecuadas a las nuevas expectativas, exigencias y expectativas, que se abren con la actual etapa del Derecho Internacional”. *¿Hacia un nuevo Derecho Internacional?*. Anuario de Derechos Humanos. Nueva época. V.2. Madrid, 2001, pág. 649.

¹⁸ Vid. Andrew LINKLATER, *The Transformation of Political Community. Ethical Formations of the Post-Westphalian Era*. Cambridge. 1998.

condena con la sanción correspondiente, sin que se le pueda obligar. De ahí que lo normal es que la condena sea moral. Es decir, que se equipara a una norma moral cuya sanción por su violación no suele ir más allá de la crítica de la opinión pública.

El incumplimiento de la ley internacional significa algo más que no respetarse la reglamentación de las relaciones entre los actores internacionales. Se viola también la moral internacional, creándose un problema en la conciencia moral universal¹⁹. No es exacta la idea de que el derecho, a diferencia de la moral, es impuesto desde el exterior. El cumplimiento de la ley internacional es muy relativo y condicionado a que la voluntad política pueda cambiarla y transformarla. La diferencia de la obligación moral es que no está condicionada, al exigir una obediencia absoluta.

Otro de los problemas del Derecho Internacional que dan la medida de su eficacia es que el sistema es mucho más complejo al existir una gran diversidad, habiendo menos posibilidades de lograr la unanimidad. Los múltiples intereses lo impiden. Para evitarlo se le quiere dar al Derecho Internacional un carácter moral. Aunque éste fuera plenamente moral en sus contenidos, no significaría que su implantación fuera la más adecuada políticamente, ni que tampoco fuera una guía fiable. Las mejores leyes no crean los gobiernos más capaces. Tampoco la regulación de determinadas acciones, como la guerra, han servido para cambiarla. Ni el derecho ni la moral pueden hacer la función de la política. El Derecho Internacional puede ser más eficaz en la medida que consiga que la política de los Estados se atenga a la reglamentación que ellos mismos han marcado. Si el Derecho Internacional tuviera que someterse a los imperativos morales se detendría la actividad legislativa, se entraría en la confrontación ideológica y se impondría la política internacional, nunca sometida a las limitaciones que conduzcan al respeto a las personas. Incluso podría darse el despotismo de la justicia, pues la historia está repleta de las consecuencias que provoca seguir fácilmente la pureza moral.

El Derecho Internacional debe adaptarse a los cambios y nuevos requerimientos de las naciones y del sistema interestatal²⁰. Si consiguiera ser neutral y estuviera por encima del interés de los estados podría apli-

¹⁹ André-Jean ARNAUD, *Une doctrine de l'État tranquillisant : le solidarisme juridique*. 21. Archives de philosophie de droit. 1976. pág. 140; *Entre modernidad y mundialización*. Bogotá, 2000.

²⁰ J.E.FARIA. *El derecho en la economía globalizada*. Madrid. 2001.

car la justicia. El problema es que ha de aceptar algunos elementos de la ideología progresista que a la larga son inadmisibles y harían perder prestigio e identidad al derecho. Construyendo un sistema homogéneo podría ser posible que el Derecho internacional fuera más eficaz y se lograría más justicia. El Derecho Internacional reducirá su eficacia si no supiera adaptarse a los nuevos tiempos y no poseyera nuevos conceptos para afrontar las nuevas realidades. Aunque está determinado por la política internacional, se construye en sus elementos clave, bajo criterios éticos, de ahí que su actitud sea a veces muy poco jurídica. Es el caso de la criminalización de la guerra, la agresión como una valoración legítima, dependiendo de qué ideología lo realice, etc. Ante esta situación se quiere que los estados permanezcan neutrales y sea la jurisdicción internacional la que juzgue sobre la legitimidad de la acción. Al final lo que se ha logrado es una ficción que no beneficia al orden internacional, pues el sistema actual que quiere estar asentado en las organizaciones internacionales, no ha conseguido que los Estados sean neutrales ante los diversos actos de intervención de las unidades políticas. Hasta ahora el acuerdo político se ha mostrado mucho más eficaz para el equilibrio internacional, sin tener la necesidad de crear unas condiciones ficticias.

El Derecho Internacional ha de tener en cuenta la voluntad política. Los problemas del orden internacional no se solucionan con la existencia de un reglamento jurídico, ni con el deseo de paz. Los defensores idealistas del Derecho internacional creen que el progreso de la humanidad llevará a eliminar la guerra implantando la paz perpetua. Se olvidan del interés de los Estados, de sus respectivas poblaciones y de la idea de fuerza y potencia.

Es común la opinión de que en el orden internacional se imponga la paz²¹ y el derecho, respetándose la igualdad en todas las colectividades. Esta situación sería el dominio de la ética igualitaria, habiendo eliminado la política. Para que fuera mucho más eficaz el Derecho Internacional se tendría que instalar la igualdad entre los estados, entre los grupos y entre los hombres de la tierra. El problema es que la igualdad jurídica no se corresponde con la realidad de la desigualdad política. Es probable que

²¹ Debe haber una estrategia de la paz, que “tendrá tantas más oportunidades de ser benéfica cuanto menos dogmática sea, y cuanto más se apege a la sabiduría tradicional”. Raymond ARON, *Lecciones sobre la historia*. Cursos del Collège de France. Méjico, 1996, págs. 409 y 410.

ningún estado poderoso renuncie voluntariamente a una situación de superioridad para conseguir un equivalente con los demás en la cuota de la igualdad. Aun en el hipotético caso de que se estableciera la igualdad, no significaría que se acabará con el deseo de poder ni de potencia. Los colectivistas creen erróneamente que eliminando la causa principal de desigualdad, las situaciones económicas, se acabaría con la principal causa del conflicto. El igualitarismo sostiene que traería la paz porque existirá la concordia entre los hombres de la tierra. La realidad ha mostrado que es casi imposible que desaparezcan el particularismo, la heterogeneidad y el pluralismo. Y por ello mismo surgirá inevitablemente la confrontación, la disparidad de caracteres y el choque de intereses.

De lo expuesto se percibe que el Derecho Internacional podría presentar un carácter contradictorio: por un lado, es particularista al depender de la política; y, por otro, tiene carácter universalista al haberse creado para reglamentar y resolver jurídicamente situaciones en el orden internacional. En este último caso la universalidad ha de combatir y hacer desaparecer la enemistad, que no es una tendencia de la política. Por tanto, en el Derecho Internacional se da una confrontación entre la realidad, lo existente y el concepto de lo universal puramente irreal. Concepto que además puede presentar varios fines y que hace todavía más imposible llevarlos a la realidad. Hasta los fines se particularizarían y con ellos podrían surgir las diferencias, las luchas y el conflicto. No hay objetivo humano, sino objetivos humanos particulares. Cada grupo, nación, etc. presenta sus propias aspiraciones, pudiendo entrar en colisión con los otros.

El Derecho Internacional corre el riesgo de confundirse con la moral por la ilusión universalista. El universalismo es una tendencia noble, que si bien nunca ha conseguido hacerse realidad, no debe renunciar al ideal aunque posea muchas contradicciones. La confusión empieza por moralizar el derecho y la política. Dado que el concepto universalista es moral, se quieren introducir las categorías de la moral en el derecho, sin atender si la política lo admite. Es decir, que para solucionar cuestiones políticas y jurídicas se estarían aplicando categorías morales, eliminando los que hasta ahora han formado la esencia de lo político. Asimismo el derecho se aplicaría de forma indirecta a partir de una política unificada por una única moral. Si la política se sometiera a la moral para realizar el universalismo tendríamos su fin y su derecho subordinados a la moral.

Para ello a partir de la moral y mediante un artificio constructivista habría de negarse la naturaleza humana como productora de una realidad. El Derecho Internacional se convertiría en un derecho interno y desaparecería. Es decir, que la moralización del Derecho Internacional llevaría a su pérdida de identidad. Puesto que se basa en la diversidad de Estados y grupos políticos opuestos, su eficacia siempre ha de pasar por llegar a un acuerdo político de coexistencia. El universalismo o el cosmopolitismo es una aspiración que no introduce una mejor relación de convivencia. Probablemente sea a partir de la intrahistoria donde se podrá formar una sociedad internacional, controlando las veleidades del poder.

La creación de unas organizaciones internacionales ya ha supuesto una mayor eficacia del Derecho Internacional por mucho que no se revocara la enemistad entre grupos nacionales, internacionalistas y entre los Estados. Pero al mismo tiempo que se establecen relaciones más próximas por el avance de las comunicaciones, las relaciones económicas, etc. las diferencias culturales, religiosas, morales, etc. hacen muy difícil el objetivo de la universalización del género humano. De ahí que en la relación entre las fuerzas aproximativas y las centrífugas sea difícil la coexistencia, velando la política porque el Derecho Internacional sea eficaz.

PACIFISMO Y ENEMISTAD ABSOLUTA

Las ideologías pacifistas lo que hacen es potenciar el conflicto al buscar y determinar el enemigo. Han influido para que el derecho asumiera los aspectos de la moral, por ejemplo, con la condena histórica de toda guerra²². De seguir fielmente esta hipótesis se tendría que disolver la política puesto que significaría el fin de la enemistad y el abandono de la soberanía estatal para dar paso a una exclusiva sociedad internacional.

Sin embargo, el pacifismo progresista es el nuevo expansionismo ideológico disfrazado. El progresismo marca al oponente como un enemigo con el que hay que hacer una guerra absoluta, de aniquilación. La causa es que a lo político se ha unido la moral ideológica, que considera al enemigo como un mal absoluto, con el que piensa que no sólo no se puede convivir, sino que para conseguir la sociedad utópica ha de elimi-

²² Vid. Y. DINSTEIN. *War agresión and self-defense*. Cambridge. 2001.

narlo. En esta situación el Derecho Internacional reduce su capacidad y se muestra inerte ante el ataque ideológico.

La consolidación del Derecho Internacional no se puede hacer a través de la juridicidad proclamada por la unión pacifista. La paz será definitiva cuando se cree una organización internacional basada en la cooperación y se supere la enemistad. Entonces el Derecho Internacional podría ser el único medio de arbitraje en la rivalidad. Habría nacido una verdadera sociedad internacional. La enemistad se habría escondido por el moralismo ideológico reinante. La realidad tendría que mostrar que cada estado había de negarse a sí mismo como potencia, como voluntad política, aceptando someterse al arbitraje jurídico. El Derecho Internacional habría llegado a iniciar el principio de la máxima eficacia.

¿El Derecho Internacional habría aumentado su eficacia si sólo existiera el formalismo de las buenas y solidarias relaciones? Cuando se niega formalmente la enemistad en el mundo es porque se quiere ocultarla. Apelando a la paz, el moralismo o la ideología universalista quieren eliminar al enemigo. Desde la perspectiva política el enemigo no lo es de forma absoluta, porque el poder o la potencia se aprovecha del beneficio que representa la victoria, el objetivo de la guerra, mientras que el moralismo ideológico sólo quiere la destrucción total y la guerra llevarla a lo absoluto, para destruir al enemigo. La moral universal progresista juzga al enemigo como culpable. Cuando hace la guerra siempre dice que es de forma justa. En este sentido desaparecen la política y el derecho. La moral universalista realiza la guerra en nombre de la humanidad y le da un carácter distinto a los enemigos, porque, al disolverlos por ser culpables, no queda más remedio que tratarlos con la mayor crueldad ya que no quieren desaparecer. Lo justifica ¡en nombre del humanitarismo y de la paz! Desgraciadamente un actual “derecho internacional” cuando toma la vía de moralizar lo jurídico sólo sirve para etiquetar al enemigo como culpable.

Para solucionar los problemas del orden internacional es indispensable el diálogo político. El Derecho Internacional utilizado por el moralismo no percibe la realidad política, por lo que tiene que falsificarla. Se quiere actuar como si hubiera una comunidad internacional²³ a fin de acomodar la actividad política a los subterfugios de una aspiración. De

²³ Vid. Jean RASPAIL. *El campamento de los santos. El fin del hombre blanco ante la invasión del mundo subdesarrollado*. Barcelona. 2003.

esta manera se desnaturaliza la vida internacional y sobre todo el papel que ha de tener el Derecho Internacional.

Si el Derecho Internacional niega la enemistad pierde su potencial capacidad. La culpabilidad en el orden internacional es un concepto político y aunque un tribunal aplicara las normas de Derecho Internacional no significa que la sentencia sea una decisión debido a que no forma parte de un proceso. Todo Estado tiene razón jurídicamente. Bajo esta premisa ¿cómo conseguir que el Derecho Internacional sea eficaz? No se puede juzgar a los Estados basándose en la conciencia universal, porque en general ocultan la ideología y los intereses, resultando que las condenas son morales en vez de jurídicas. Se asiste a una apariencia de ética universal que, a no dudar, posee algunos efectos positivos porque impide determinados actos para que no sean condenados por la opinión pública universal. La cuestión es que no se trata de mantener la paz, sino también impulsar la justicia internacional. El problema será insoluble si en vez de aplicar la política se sustituye por la moral, dado que siempre habría buenos y malos en un conflicto.

En muchas ocasiones no es posible mezclar en el ámbito internacional la paz y la justicia. No siempre se consigue la paz por la justicia, sino que para conseguir la primera hay que aceptar determinados aspectos que se apartan de la justicia. Un acuerdo sobre la paz se puede hacer fuera del Derecho y sin demasiada justicia. El problema es que la guerra si no se detiene, puede ser tan perjudicial, que es conveniente firmar la paz aunque pueda lesionar la justicia internacional. Por eso el efecto que ha provocado desde la 1ª G.M. la culpabilidad moral del enemigo, en realidad justicia política, no ha beneficiado al Derecho internacional, pues los Estados han conseguido esconder mejor su impostura, ocultando sus intereses en nombre de una supuesta justicia universal. La condena basada en la moral no supone que desaparezca la injusticia o la hipocresía social. Además, ¿en nombre de qué moral, en una época caracterizada por el dominio del pluralismo, se pueden extraer unas consecuencias inobjetables y se puede considerar a un culpable por ser país interesado? La justicia no se consigue, salvo raras veces, aplicando la moral de forma unilateral. Mientras que la política opta por encuadrar al enemigo o adversario en diversos grados para contener la potencia con la potencia, al enemigo transformado en culpable por la moral, se le absolutiza, pidiendo su aniquilación.

CONSOLIDACIÓN Y DESARROLLO DEL DERECHO INTERNACIONAL

El Derecho Internacional no puede mantener una dualidad activa con el derecho interno. Necesitaría manifestar su superioridad sobre éste último y someter a las leyes internacionales las leyes positivas de los Estados. Esta pretensión choca frontalmente con la realidad, porque el concepto no se aviene con la existencia. Es una necesidad que sirve para ciertos aspectos de la realidad, siendo en muchos momentos incompatible con ella. Por eso el Derecho Internacional que teóricamente debe afirmarse como superior a sus sujetos, por cuestiones que están más allá del derecho o que permiten la realización del derecho, siempre está a la espera de tener potestad. Sólo interviene allá donde le dejan y cuando quieren políticamente los actores internacionales. La eficacia del Derecho Internacional consistiría más bien en que los derechos internos se adecúen a sus contenidos, si bien la dificultad es mucho mayor para ponerlo en práctica cuando se enfrenta a normas opuestas.

Entre los escollos que tiene que superar el Derecho internacional está la independencia política de los Estados y el desacoplamiento en los contenidos con los derechos internos. La eficacia habría de comenzar por compatibilizar ambos derechos en sus principios y valores para que no existan contradicciones. Así se llegaría mejor al acuerdo político entre los sujetos. A la vez debe haber un clima de opinión favorable a respetar las condiciones de una sociedad internacional²⁴.

El Derecho Internacional necesita del derecho interno para llegar a los individuos, por lo que su capacidad, que responde a su naturaleza, es muy limitada, salvo que consiga someter a los Estados. Por cuestiones de orden y organización, las relaciones internacionales necesitan del derecho para intentar ajustar la conducta de los Estados²⁵. La eficacia debe poseer una garantía de que los órganos internacionales son superiores a los órganos de los Estados, influyendo decisivamente en cada orden estatal. Aunque es muy importante fortalecer la superioridad normativa

²⁴ Richard FALK señala que “se observa una tendencia a abandonar el consentimiento y a adoptar el consenso como base de las obligaciones legales internacionales” *The Status of Law in International Society*. Princeton University Press, 1970, pág. 177.

²⁵ Vid. L.CAFLISCH, *Le réglément pacifique des différends internationaux: nouvelles tendances*. Conferencia dada en Ginebra el 2 de junio de 1993. Ginebra Naciones Unidas.

del Derecho Internacional, lo es más crear órganos internacionales con competencia para tomar las medidas que sean más adecuadas para fortalecer el orden y aumentar la justicia internacional.

El Derecho Internacional está comprometido con toda la sociedad internacional, por lo que la voluntad política ha de atenerse al proceso colectivo. En cierto sentido se puede beneficiar porque actualmente hay un desarrollo extraordinario de la ética y de las ideologías humanitarias. Incluso se ha formado un ámbito común en el que todos concuerdan a partir de una integración que parece superar todos los obstáculos²⁶. Todos los dirigentes y los pueblos se adhieren al Derecho Internacional, aunque le falte la imperatividad. Siempre el problema principal es que mientras la norma general no sea indiscutible y de rigurosa aplicación, el Derecho Internacional estará a expensas de los intereses de los actores sociales internacionales.

Lo cierto es que el Derecho Internacional está en adaptación constante debido al aumento de las necesidades que sólo pueden ser abordadas colectivamente, que necesitan estar amparadas por las normas jurídicas internacionales, como un presupuesto de respeto mutuo y reconocimiento de *ius cogens*²⁷ y como acuerdo previo formal a que los estados se someten a un interés general universal. La posible evolución del Derecho Internacional irá de la mano de la toma de conciencia de los problemas comunes, pudiendo afrontarlos, paliarlos, o resolverlos, solamente con acuerdos que obliguen²⁸. Debería fortalecerse mucho más la sociedad internacional²⁹.

²⁶ Vid. V. BON FRAUCH. (coord). *Nuevas controversias internacionales y nuevos modos de solución*, Valencia, 2005.

²⁷ “El tema del *ius cogens* es un tópico nuevo y progresista dentro del ámbito internacional”, según Alejandro ETIENNE LLANO. *La protección de la persona en el Derecho Internacional*, Méjico, 1987, pág. 160.

²⁸ Wolfgang FRIEDMAN ha señalado la transición de un Derecho Internacional de coexistencia, en un derecho internacional de cooperación en la que se refleja tanto la expansión “horizontal” del Derecho Internacional a través de la incorporación de nuevos Estados que se hallaban fuera de las fronteras de la tradición europea, como su expansión “vertical” por medio de regulación de nuevos ámbitos de actividad internacional. *The Changing Structure of international Law*, Londres 1964.

²⁹ “El perfeccionamiento de la sociedad internacional, escribe José ITURMENDI MORALES, no se alcanza mediante su transformación en un monoestado, sino más bien mediante el deseable establecimiento de una asociación cooperativa de diversas naciones”.

Parece difícil que el Derecho internacional pueda ser eficaz mientras no haya una toma de conciencia del género humano que quiera enfrentarse a las necesidades mediante una política común. Es decir, el interés general podría hacer nacer una conciencia que obliga a llevar una política regulada por el derecho a fin de conseguir unos objetivos que traspasen lo local y abarquen un área que exceda lo particular. El reduccionismo, localista, regionalista o nacionalista, rebaja las posibilidades del Derecho Internacional. De ahí la importancia de que el horizonte del ser humano se amplíe, supere las fronteras y se tracen proyectos comunes³⁰. Sinó las políticas reduccionistas impedirán el avance del Derecho internacional. Los principios abstractos deben ser asumidos como conciencia concreta presentándose como proposición normativa y con la esperanza de que la política no los reduzca a mero formalismo. Esta sería la principal función de las organizaciones internacionales que es la de la integración a partir de la cooperación, aunque sea con unas técnicas vagas desde el punto de vista jurídico.

Las organizaciones internacionales³¹ habrían de obligar moralmente a cumplir a los Estados con las funciones que le están encomendadas. Lo decisivo sería que los Estados respetasen a las instituciones jurídicas internacionales. Este un objetivo de las organizaciones de integración, que incluso pueden tomar funciones que son propios de los Estados al hacerse cargo de algunas de sus competencias. La idea es coordinar las políticas para lograr un acuerdo común en el que se respeten las funciones encomendadas a las diversas organizaciones, quedando todos los Estados sometidos a las reglas jurídicas internacionales. Es decir, se someterían a reglas comunes a partir de unas relaciones que poseen objetivos comunes. Esta conducta ha de llevar a la integración que sí es un fin en sí.

¿Hacia un nuevo Derecho Internacional?, op. ct. Pág. 666. Esta cooperación se ha de canalizar a través de las organizaciones internacionales.

³⁰ Vid. Sobre este punto W.KYMILICKA. *Ciudadanía multicultural*. Barcelona, 2000: J.A. CARRILLO SALCEDO, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid. 2001

³¹ “Desde el momento que una organización internacional, dice Michel VIRALLY, es considerada como un instrumento, toda su arquitectura orgánica debe desde luego ser esbozada con el propósito de permitirle cumplir su función de la manera más eficaz posible”. *La noción de función en la teoría de la organización internacional*. En *El devenir del Derecho Internacional*. Méjico, 1998, pág. 323.

CONCLUSIONES

El Derecho internacional puede fijar las relaciones políticas a pesar de todas sus carencias. Actualmente la política internacional no podría existir sin el derecho. Las relaciones interestatales y supranacionales han aumentado tanto que necesitan de su concurso, tanto para armonizarlas como para hacer más seguras y previsibles los contenidos, los acuerdos, etc. La conciencia internacional de los actores y sujetos internacionales pasa por situarse dentro del derecho, como un orden que se fija y estabiliza. Sentir su necesidad es lo que le puede hacer evolucionar el sistema internacional hasta parecerse lo más posible a una sociedad internacional.

Cabe no olvidar que la política siempre está presente y su esencia se impone continuamente al derecho. Todos los logros alcanzados pueden verse paralizados por un enfrentamiento o un conflicto que relegan a un segundo plano al Derecho Internacional. Para que este evolucione se exigiría que la relación normal entre los Estados y los grupos fuera pacífica y existieran impedimentos seguros que no permitieran separarse del orden establecido. Sería también fundamental que el orden interno fuera no sólo complementario del Derecho Internacional, sino que estuviera en una relación de subordinación y que fuera un apéndice, de tal manera que en caso de divergencia se impusiera el Derecho internacional al Derecho estatal³².

³² Como ocurre con determinados casos en la Unión Europea.

LA EFICACIA DE LA NORMATIVA DE INTEGRACIÓN DEL ALUMNADO CON NECESIDADES EDUCATIVAS EN EL SISTEMA EDUCATIVO ESPAÑOL: LUCES Y SOMBRAS

ÁNGELES MATEOS GARCÍA

Académico Correspondiente. Profesora de Filosofía. Doctora en Derecho

Resumen: La ponencia y trabajo que presentamos gira en torno a dos ejes fundamentales: 1º. Estudio de la normativa que regula la atención e inclusión del alumnado con necesidades educativas especiales, o con ciertas discapacidades, en el sistema educativo. 2º. Estudio y matices sobre la eficacia o ineficacia jurídica de esta normativa.

Palabras clave: educación especial, integración, adaptaciones curriculares, profesorado de psicología psicoterapeuta, alumno con necesidades educativas especiales

Abstract: The communication and work that we are presenting deals with two fundamental points: 1º. Study of the norm that regulates the attention and inclusion of the pupils with special educational needs, or with certain handicaps, in the system of Education. 2º. Study and nuances on the efficacy or inefficacy legal of this norm.

Keywords: Special education, integration, curricular adaptations, teaching staffs of psychotherapist psychology, student with special educational needs

INTRODUCCIÓN: OBJETO DE LA PONENCIA

Como en años anteriores la actual ponencia se inserta dentro del marco general del Seminario sobre Teoría del Derecho perteneciente a la Sección de Filosofía del Derecho que auspicia la Real Academia de Ju-

risprudencia y Legislación, coordinado y alentado por D. Ángel Sánchez de la Torre y D. José Iturmendi Morales. En esta ocasión analizamos en distintas sesiones y jornadas la posible *eficacia o ineficacia del Derecho*, en torno a diferentes problemáticas. Como en años anteriores, cada uno de los participantes intentamos abordar alguna problemática cercana a nuestra profesión, con la intención de procurar un análisis más concreto y detallado de los posibles matices de la eficacia jurídica como denominador común. Como es sabido por jornadas anteriores, el objeto de mi interés y estudio es la problemática de la Educación Obligatoria, entendida como una de las funciones y tareas prioritarias del Estado. En este caso concreto hemos delimitado sus funciones y queremos centrarnos en el estudio de las diversas normas que han regulado la inclusión o atención de los niños con algún tipo de discapacidad en el sistema educativo.

Como no podía ser de otro modo por el interés del tema que nos ocupa, ha habido multitud de normas y matices. No pretendemos abordar su totalidad, que superaría con creces los límites de esta exposición. Nuestra intención es limitar su recorrido a los últimos años, concretamente al estudio de la normativa actual, ley orgánica de educación (Ley 2/2006). Situados en esta perspectiva, trataremos de analizar las normas concretas que organizan y regulan la educación de los alumnos con algún tipo de discapacidad o *handicap* para el estudio. Una vez recogida, estudiada y presentada esta normativa, así como el rastreo de su procedencia, nuestro propósito fundamental consistirá en analizar si se trata de normas eficaces o ineficaces, así como sus posibles matices y consideraciones.

Por lo demás, la ponencia o estudio que presentamos, gira en torno a dos ejes fundamentales:

- 1º. Estudio del origen y desarrollo de la normativa creada o legislada para regular el asunto que nos ocupa: La integración o inclusión del alumnado con necesidades educativas especiales, con ciertas discapacidades, en el sistema educativo. Se trata en este caso de realizar un estudio marco sobre la realidad social existente, así como la evolución de la normativa creada para adecuarse a esta realidad, buscando la eficacia propia del derecho.
- 2º. Una vez presentada y estudiada dicha normativa, así como su evolución y situación actual, nos detendremos en un estudio más jurídico, o de filosofía jurídica; intentaremos matizar su posible

eficacia o ineficacia jurídica. Tendremos que concluir que no existe una afirmación rotunda al respecto, sino que tendremos que hablar de eficacia desde diferentes e importantes matices.

PRESENTACIÓN Y ESTUDIO DE LA NORMATIVA EXISTENTE

Queremos advertir, en primer lugar, que en todo el estudio nos estaremos refiriendo a la enseñanza obligatoria, es decir, desde los 6 a los 16 años, denominada Primaria y Secundaria. La enseñanza no obligatoria cuenta con otro tipo de matices más difusos, precisamente por su no obligatoriedad, en la que en este momento no vamos a detenernos. Como es sabido, en nuestra Constitución, *se afirma que la enseñanza obligatoria ha de ser regulada, organizada y garantizada por el Estado*. Por tanto, en las diversas normativas desarrolladas para este fin, se ha dado una necesaria reflexión sobre esta problemática. A saber, *¿cómo garantizar, organizar y regular este tipo de enseñanza al alumnado que presenta algún tipo de discapacidad?, ¿cómo clasificarla y regularla?*

Como ya se ha dicho, la actual norma educativa que regula la educación obligatoria es la ley 2/2006; *Ley Orgánica de Educación*. Para entender el alcance de su articulado en cuanto a la problemática que nos ocupa, debemos buscar un punto de partida más remoto. Medidas y estrategias que se utilizan hoy en día, destinadas a ofrecer y adaptar la enseñanza reglada a este tipo de alumnado, así como su integración en la sociedad, han sido fruto de una evolución lenta y consensuada, no exenta de avatares y vicisitudes. Por todo ello, si queremos entender el alcance de estas medidas, así como el de sus repercusiones, debemos rastrear su origen y procedencia. Dicho de otro modo, *¿cuál es el origen o punto de partida de la denominada integración en el sistema educativo del alumnado con necesidades educativas especiales?*

CONCEPTO DE ALUMNO CON NECESIDADES EDUCATIVAS ESPECIALES O ESPECÍFICAS

Siempre ha habido esta problemática en la sociedad, es decir, siempre ha habido alumnado con déficit, *handicaps*, o limitaciones en el aprendizaje. Clásicamente se ha diferenciado entre “el alumnado ordinario”,

que recibe una enseñanza normalizada, y el alumnado que tenía algún tipo de problema, que recibía una enseñanza especial. Los primeros se instruían en las escuelas o centros ordinarios y los segundos en centros específicos o colegios de Educación especial. ¿Cuándo empieza a cambiar esta situación?

Resultan clave en este sentido, los años setenta, constituyendo un punto de inflexión fundamental en esta evolución el denominado informe WARNOCK, que se realiza en Inglaterra. Se denomina así en honor a Mary Warnock, que dirigió el mismo, a propósito de una petición realizada por el Departamento de Educación y ciencia británico. Debido a los profundos cambios que introduce este informe, así como a las repercusiones del mismo más allá de sus fronteras, creemos conveniente dedicar un apartado a su estudio.

EL INFORME WARNOCK COMO PUNTO DE PARTIDA

Se trata de un informe que el Departamento de Educación y Ciencia británico encargó a un comité de expertos, entre los que se encontraban como ya se ha dicho la filósofa Mary Warnock¹. Dicho informe estaba destinado a analizar e investigar la situación de la educación de los niños y jóvenes deficientes; la denominada educación especial en Inglaterra.

Aunque el informe completo fue publicado hace unos años, el Comité de Investigación se fundó en 1974, y celebró su última reunión en marzo de 1978. Aún así se puede decir que tiene todavía plena vigencia, por las muchas recomendaciones que han quedado y a las cuales ha dado lugar. Muchos de los términos y conceptos que hoy manejamos sobre educación especial, se encuentran perfilados en este documento.

Seguidamente haremos referencia a algunas de sus conclusiones y sugerencias más destacadas; algunas de las cuales han quedado para la posteridad:

¹ Helen Mary Warnock (1924), pensadora británica, especializada en filosofía moral y filosofía de la educación; miembro de la Academia Británica y miembro del *Independent Broadcasting Authority* (IBA) del Reino Unido de 1973 a 1981. Presidió la comisión británica de investigación sobre educación especial (1974-78). De 1979 a 1985, fue asesora del comité británico sobre experimentación animal y de 1982 a 1984 presidió una comisión de investigación del Reino Unido sobre reproducción asistida.

1. Ningún niño será considerado en lo sucesivo ineducable. La educación es un bien al que todos los niños tienen derecho.
2. Los fines de la educación son los mismos para todos.
3. La educación especial consistirá en la satisfacción de las necesidades educativas de un niño con el objeto de acercarse al logro de estos fines.
4. Las necesidades educativas son comunes a todos los niños. Ya no existirán dos grupos de alumnos: Los deficientes que recibirán educación especial (EE) y los no deficientes que reciben simplemente educación.
5. Si las necesidades educativas forman un continuo, también la educación especial debe entenderse como un continuo de prestación que va desde la ayuda temporal hasta la adaptación permanente a largo plazo del currículo ordinario.
6. Las prestaciones educativas espaciales, tendrán un carácter adicional o suplementario y no alternativo o paralelo.
7. Se termina con la clasificación de los niños de acuerdo con sus deficiencias, frente a ello se habla de sus necesidades educativas especiales o específicas. Con lo que se termina por abolir la clasificación de niños como deficientes. Frente a la expresión dificultad de aprendizaje.
8. Se realiza una clasificación y registro de los niños con necesidades, no se anota su deficiencia sino que se intenta explicitar la prestación requerida.

Solo por estas conclusiones, puede entenderse que este informe marcara un antes y un después en la educación, influyendo en otras muchas naciones, contextos, etc. También estaba en ciernes la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que imprimió un sello especial al propio informe citado.

¿En qué consistió básicamente este cambio?

- Deja de hablarse de necesidades especiales, de alumnos especiales o específicos.

- Aparece el concepto de ACNEE, alumnos con necesidades educativas especiales: todos los alumnos pueden tener necesidades educativas especiales, altas capacidades, diversificación, atención a la diversidad, etc.
- Deber de integrarse e incluirse a todo el alumnado en la educación ordinaria. Se desarrollará el concepto de integración, presente en muchas de las reformas educativas europeas, concretamente en la española que se estaba fraguando a partir de la instauración de la Democracia.
- Necesidad de dotar a los Centros Educativos de expertos en psicopedagogía para que pudieran atender y orientar tanto al alumnado como al profesorado. Se crea el Departamento de Orientación, al cual pertenecen todos estos especialistas en Psicología psicoterapéutica, audición y lenguaje. Este departamento estará encargado de diagnosticar, diseñar y controlar las medidas temporales que puedan darse a los alumnos con necesidades educativas especiales: adaptaciones curriculares, atención durante unas horas por un especialista en psicología psicoterapéutica, atención diversificada en un grupo de referencia, etc.
- Necesidad de crear un nuevo programa de formación y perfeccionamiento del profesorado, de tal modo que los propios especialistas tendrían que salir del núcleo central de profesores existentes, para que la adaptación del nuevo sistema fuera lo más rápida posible.
- Todos los profesores, ya sean de centros ordinarios o especiales, deberán estar en condiciones de reconocer los signos de un ACNEE e identificar a los alumnos con estas necesidades. Incluso han de estar dispuestos a tener 5 o 6 alumnos que necesiten temporal o permanentemente ayuda en su clase ordinaria. Estarán integrados en un grupo de referencia y recibirán atención de especialistas, según determine el Departamento de Orientación.
- No desaparecen los centros específicos, pero solo serán aconsejables para el alumnado que por sus limitaciones severas no pueda ser integrado. El titular o responsable del Departamento de Orientación decide, teniendo en cuenta unos perfiles y normativa marcada para tal fin.

Como consecuencia de todas estas novedades introducidas en la sociedad y el panorama educativo, se concluye la necesidad de reformar el sistema educativo para adaptarlo a las nuevas exigencias. Hay que crear una normativa adecuada que sea capaz de recoger y legislar esta nueva realidad social. La eficacia del Derecho consiste en esta adaptación constante a las nuevas exigencias sociales, introducidas por cambios culturales, políticos, éticos, etc. El caso concreto de España no podía quedar alejado de esta nueva realidad vivida en Europa. Nuestra Constitución estaba recién promulgada, y se viven importantes cambios en materia educativa. En la integración del alumnado con necesidades educativas especiales, merecen destacarse las siguientes tres fases.

Fases de la integración del alumnado con necesidades educativas en el sistema educativo en España.

- 1ª. Años ochenta: Ley 13/1982, ley de Integración Social del Minusválido (LISMI)
- 2ª. Años noventa: Ley 1/1990 de 3 de octubre de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE)
- 3ª. Hoy en día: Ley 2/2006, Ley Orgánica de Educación.

A) Primera Fase. Años ochenta: Ley 13/1982, Ley de Integración Social del Minusválido (LISMI)

Se trata de una ley transitoria, previa y anticipatoria de lo que se estaba fraguando. A modo de piloto funcionó durante unos años, mientras fueron creándose y fraguándose las ideas de Maravall², las cuales dieron lugar a la LOGSE.

La Constitución había introducido una serie de cambios importantes en relación al derecho a la educación, así como en cuanto a la integración social del alumnado con algún tipo de discapacidad, tanto en el sistema de aprendizaje como en su inserción social y laboral. Había que integrar estas nuevas ideas en una ley educativa que las regulara y aunara. La ley 13/1982 no es una ley creada para legislar el sistema educativo, pero

² José María Maravall Herrero, jurista, sociólogo y político español que fue Ministro de Educación y Ciencia (1982-1988) en los gobiernos de Felipe González. Fue el inspirador y promotor más destacado de la reforma educativa en la que se fraguó la LOGSE.

recoge en su sección 3ª un articulado muy importante para entender la posterior ley educativa de integración. Por eso creemos de importancia transcribir algunos de sus artículos más relevantes.

Sección 3.ª De la educación.

Artículo 23.1. El minusválido se integrará en el sistema ordinario de la educación general, recibiendo, en su caso, los programas de apoyo y recursos que la presente Ley reconoce. 2. La Educación Especial será impartida transitoria o definitivamente, a aquellos minusválidos a los que les resulte imposible la integración en el sistema educativo ordinario y de acuerdo con lo previsto en el art. 26 de la presente Ley.

Artículo 24. En todo caso, la necesidad de la educación especial vendrá determinada, para cada persona, por la valoración global de los resultados del estudio diagnóstico previo de contenido pluridimensional.

Artículo 25. La educación especial se impartirá en las instituciones ordinarias, públicas o privadas, del sistema educativo general, de forma continuada, transitoria o mediante programas de apoyo, según las condiciones de las deficiencias que afecten a cada alumno y se iniciará tan precozmente como lo requiera cada caso, acomodando su ulterior proceso al desarrollo psicobiológico de cada sujeto y no a criterios estrictamente cronológicos.

Artículo 26.1. La educación especial es un proceso integral, flexible y dinámico, que se concibe para su aplicación personalizada y comprende los diferentes niveles y grados del sistema de enseñanza, particularmente los considerados obligatorios y gratuitos, encaminados a conseguir la total integración social del minusválido. 2. Concretamente, la educación especial tenderá a la consecución de los siguientes objetivos: a) La superación de las deficiencias y de las consecuencias o secuelas derivadas de aquéllas. b) La adquisición de conocimientos y hábitos que le doten de la mayor autonomía posible. c) La promoción de todas las capacidades del minusválido para el desarrollo armónico de su personalidad. d) La incorporación a la vida social y a un sistema de trabajo que permita a los minusválidos servirse y realizarse a sí mismos.

Artículo 27. Solamente cuando la profundidad de la minusvalía lo haga imprescindible, la educación para minusválidos se llevará a cabo en Centros específicos. A estos efectos funcionarán en conexión con los Centros ordinarios, dotados de unidades de transición para facilitar la integración de sus alumnos en Centros ordinarios.

Artículo 28.1. La educación especial, en cuanto proceso integrador de diferentes actividades, deberá contar con el personal interdisciplinario técnicamente adecuado que, actuando como equipo multiprofesional, garantice las diversas atenciones que cada deficiente requiera. 2. Todo el personal que, a través de las diferentes profesiones y en los distintos niveles, intervenga en la educación especial deberá poseer, además del título profesional adecuado a su respectiva función, la especialización, experiencia y aptitud necesarias. 3. Los equipos multiprofesionales previstos en el art. 10 elaborarán las orientaciones pedagógicas individualizadas, cuya aplicación corresponderá al profesorado del Centro. Estos mismos equipos efectuarán periódicamente el seguimiento y evaluación del proceso integrador del minusválido en las diferentes actividades, en colaboración con dicho Centro.

B) Segunda Fase. Años noventa: Ley 1/1990 de 3 de octubre de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE)

En esta década se definen y perfilan una serie de conceptos fundamentales que siguen vigentes hoy en día. La normativa que empieza a desarrollarse constituyó una auténtica revolución en cuanto a la integración del alumnado con necesidades educativas especiales en el sistema educativo. No había nada hecho, había que crearlo y definirlo todo. Los años de implantación de la LOGSE fueron complejos, pues había que dotar de una nueva infraestructura al sistema educativo español. La normativa se fue adaptando a las nuevas demandas y exigencias sociales, la eficacia del derecho alienta estos cambios vividos en los años noventa. Seguidamente anotaremos algunas de las ideas más importantes que se asientan en esta nueva normativa, muchas de las cuales aún siguen vigentes en la LOE aunque con algunos matices, tal como veremos.

La novedad primera y más importante que introduce esta normativa es la aparición por vez primera del concepto A.C.N.E.E: Alumnado con Necesidades Educativas Especiales; el cual está en relación con la idea de diversidad del alumnado y se concentra en la *“atención a aquellos alumnos que, de forma complementaria y más especializada, precisan de otro tipo de ayudas menos usuales, bien sea temporal o permanentemente”*.

El alumno/a con necesidades educativas especiales es aquel que requiere durante su escolarización o parte de ella, determinados apoyos y atenciones educativas específicas derivadas de discapacidades físicas, psíquicas o sensoriales, de sobre dotación intelectual, de trastornos graves de conducta o por hallarse en situación desfavorecida como consecuencia de factores sociales, económicos, culturales, de salud y otras semejantes.

Aparecen nuevos conceptos como: Adaptación curricular significativa, integrar medios arquitectónicos, metodológicos, etc. Por la especial importancia de esta terminología, presente en la actual LOE, transcribimos seguidamente algunos de los principios fundamentales de la educación a partir de la LOGSE, siendo el concepto de integración de la educación especial en el sistema educativo la más importante de todos ellos.

Principios de la LOGSE

La Ley 1/1990 de 3 de octubre de Ordenación del Sistema Educativo (LOGSE) ha recogido los principios de *normalización e integración* presentes en normas de rango menor que hemos revisado anteriormente. Ya en su artículo 3º, donde se establecen las enseñanzas de régimen general y especial, hace la primera gran precisión cuando fija que *estas enseñanzas se adecuarán a los alumnos con necesidades educativas especiales*. Más adelante dedica el Capítulo V a regular la Educación Especial, a través de los artículos 36 y 37 de los que extractamos los aspectos más importantes:

- El sistema educativo facilitará a los alumnos con necesidades educativas la posibilidad de alcanzar los objetivos establecidos con carácter general para todos los alumnos.

- La identificación y valoración de necesidades educativas se realizará por equipos integrados de profesionales.
- Regirán los principios de normalización e integración.
- Evaluación de resultados con cada alumno al final de curso con el fin de adecuar el plan de actuación.
- El sistema educativo dispondrá de los recursos necesarios; tales como: Profesores especializados, materiales didácticos, organización escolar adecuada, adaptaciones y diversificaciones curriculares, adecuación física y material de los centros, necesidad de detección y estimulación precoz, escolarización en centros de educación especial solo cuando las características del alumno no puedan ser atendidas en el centro ordinario y participación de los padres en las decisiones de escolarización

Alumnos con necesidades educativas especiales (A.C.N.E.E.)

Tanto en las referencias legislativas como en la bibliografía especializada se han utilizado diversas terminologías para referirse a los alumnos con algún tipo de deficiencia física, psíquica o sensorial. Con la LOGSE se introduce el concepto de «*necesidades educativas especiales*» como alternativa a los de deficiente, disminuido, inadaptado, minusválido, etc., lo que representa un cambio importante respecto a anteriores conceptualizaciones. Parte esta concepción de que todos los alumnos necesitan ayudas pedagógicas a lo largo de su escolarización, considerando que ciertos alumnos necesitarán además de ayudas complementarias. Con la expresión «a.c.n.e.e.» se trata además de evitar connotaciones negativas que llevaban anteriores conceptos, evitando los etiquetajes que pudieran afectar negativamente al autoconcepto y la autoestima del alumnado y de las familias. Decir en definitiva que un alumno o alumna presenta necesidades educativas especiales, es una forma de reconocer que para alcanzar los objetivos generales que propone el currículum se necesitará de unas actuaciones especiales por parte de los centros educativos y sus profesores, que no son necesarios con la mayoría de alumnos del grupo.

Centros de integración y centros de educación especial

Con la aprobación de la LOGSE, la educación especial trata de integrarse en la educación ordinaria. Aún así siguen existiendo los centros de educación especial o específicos, pero sólo para el alumnado que no pueda integrarse en el sistema educativo ordinario. Es decir, se produce un doble fenómeno:

- a) Por una parte la Educación Especial se introduce en el sistema educativo como una más de las denominadas «enseñanzas de régimen general», junto a la Educación Infantil, Primaria y Secundaria (ESO, Bachiller y FP específica), con lo que ésta deja de tener un fin subsidiario, proponiendo que los alumnos con necesidades educativas especiales puedan alcanzar los objetivos generales, junto al resto de los alumnos.
 - b) Por otra se regula la coexistencia de dos tipos de centros en función de las características de los alumnos: (1) La de los centros ordinarios de integración cuando afirma que el alumnado con necesidades educativas especiales se regirá por los principios de normalización y de integración escolar; y (2) la posibilidad de que existan centros de educación especial, cuando las necesidades del alumno no puedan ser atendidas por un centro ordinario.
- C) Tercera Fase: Ley Orgánica de Educación, Ley 2/2006

El espacio dedicado a la problemática de integración y atención al alumnado de educación especial, se concreta en el su Título II, “LA EQUIDAD DEL SISTEMA EDUCATIVO”; como una adecuación y adaptación a las nuevas realidades sociales, culturales, etc., acordes al modelo de eficacia que han de perseguir las normas jurídicas.

Recogemos seguidamente los artículos más importantes del Título II, para a continuación detenernos en un análisis más detallado y comparativo con la anterior Ley existente (LOGSE).

TÍTULO II - Equidad en la Educación
CAPÍTULO I - Alumnado con necesidad específica de apoyo educativo

Artículo 71. Principios.

1. Las Administraciones educativas dispondrán los medios necesarios para que todo el alumnado alcance el máximo desarrollo personal, intelectual, social y emocional, así como los objetivos establecidos con carácter general en la presente Ley.

2. Corresponde a las Administraciones educativas asegurar los recursos necesarios para que los alumnos y alumnas que requieran una atención educativa diferente a la ordinaria, por presentar necesidades educativas especiales, por dificultades específicas de aprendizaje, por sus altas capacidades intelectuales, por haberse incorporado tarde al sistema educativo, o por condiciones personales o de historia escolar, puedan alcanzar el máximo desarrollo posible de sus capacidades personales y, en todo caso, los objetivos establecidos con carácter general para todo el alumnado.

3. Las Administraciones educativas establecerán los procedimientos y recursos precisos para identificar tempranamente las necesidades educativas específicas de los alumnos y alumnas a las que se refiere el apartado anterior. La atención integral al alumnado con necesidad específica de apoyo educativo se iniciará desde el mismo momento en que dicha necesidad sea identificada y se regirá por los principios de normalización e inclusión.

4. Corresponde a las Administraciones educativas garantizar la escolarización, regular y asegurar la participación de los padres o tutores en las decisiones que afecten a la escolarización y a los procesos educativos de este alumnado. Igualmente les corresponde adoptar las medidas oportunas para que los padres de estos alumnos reciban el adecuado asesoramiento individualizado, así como la información necesaria que les ayude en la educación de sus hijos.

Artículo 72. Recursos. 1. Para alcanzar los fines señalados en el artículo anterior, las Administraciones educativas dispondrán del profesorado de las especialidades correspondientes y de profesionales cualificados, así como de los medios y materiales precisos para la adecuada atención a este alumnado. 2. Corresponde a las Administraciones educativas dotar a los centros de los

recursos necesarios para atender adecuadamente a este alumnado. Los criterios para determinar estas dotaciones serán los mismos para los centros públicos y privados concertados. 3. Los centros contarán con la debida organización escolar y realizarán las adaptaciones y diversificaciones curriculares precisas para facilitar a todo el alumnado la consecución de los fines establecidos. 4. Las Administraciones educativas promoverán la formación del profesorado y de otros profesionales relacionada con el tratamiento del alumnado con necesidad específica de apoyo educativo. 5. Las Administraciones educativas podrán colaborar con otras Administraciones o entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro, instituciones o asociaciones, para facilitar la escolarización y una mejor incorporación de este alumnado al centro educativo.

Sección primera. Alumnado que presenta necesidades educativas especiales

Artículo 73. Ámbito. Se entiende por alumnado que presenta necesidades educativas especiales, aquel que requiera, por un periodo de su escolarización o a lo largo de toda ella, determinados apoyos y atenciones educativas específicas derivadas de discapacidad o trastornos graves de conducta.

Artículo 74. Escolarización. 1. La escolarización del alumnado que presenta necesidades educativas especiales se registrará por los principios de normalización e inclusión y asegurará su no discriminación y la igualdad efectiva en el acceso y la permanencia en el sistema educativo, pudiendo introducirse medidas de flexibilización de las distintas etapas educativas, cuando se considere necesario. La escolarización de este alumnado en unidades o centros de educación especial, que podrá extenderse hasta los veintiún años, sólo se llevará a cabo cuando sus necesidades no puedan ser atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios. 2. La identificación y valoración de las necesidades educativas de este alumnado se realizará, lo más tempranamente posible, por personal con la debida cualificación y en los términos que determinen las Administraciones educativas. 3. Al finalizar cada curso se evaluarán los resultados conseguidos por cada uno de los alumnos en función de los objetivos propuestos a partir de la valoración inicial. Dicha evaluación permitirá proporcionarles la

orientación adecuada y modificar el plan de actuación así como la modalidad de escolarización, de modo que pueda favorecerse, siempre que sea posible, el acceso del alumnado a un régimen de mayor integración. 4. Corresponde a las Administraciones educativas promover la escolarización en la educación infantil del alumnado que presente necesidades educativas especiales y desarrollar programas para su adecuada escolarización en los centros de educación primaria y secundaria obligatoria. 5. Corresponde asimismo a las Administraciones educativas favorecer que el alumnado con necesidades educativas especiales pueda continuar su escolarización de manera adecuada en las enseñanzas postobligatorias, así como adaptar las condiciones de realización de las pruebas establecidas en esta Ley para aquellas personas con discapacidad que así lo requieran.

Artículo 75. Integración social y laboral.

1. Con la finalidad de facilitar la integración social y laboral del alumnado con necesidades educativas especiales que no pueda conseguir los objetivos de la educación obligatoria, las Administraciones públicas fomentarán ofertas formativas adaptadas a sus necesidades específicas.

2. Las Administraciones educativas establecerán una reserva de plazas en las enseñanzas de formación profesional para el alumnado con discapacidad.

Sección segunda. Alumnado con altas capacidades intelectuales

Artículo 76. Ámbito.

Corresponde a las Administraciones educativas adoptar las medidas necesarias para identificar al alumnado con altas capacidades intelectuales y valorar de forma temprana sus necesidades. Asimismo, les corresponde adoptar planes de actuación adecuados a dichas necesidades.

Artículo 77. Escolarización.

El Gobierno, previa consulta a las Comunidades Autónomas, establecerá las normas para flexibilizar la duración de cada una de las etapas del sistema educativo para los alumnos con altas capacidades intelectuales, con independencia de su edad.

Sección tercera. Alumnos con integración tardía en el sistema educativo español

Artículo 78. Escolarización.

1. Corresponde a las Administraciones públicas favorecer la incorporación al sistema educativo de los alumnos que, por proceder de otros países o por cualquier otro motivo, se incorporen de forma tardía al sistema educativo español. Dicha incorporación se garantizará, en todo caso, en la edad de escolarización obligatoria.

2. Las Administraciones educativas garantizarán que la escolarización del alumnado que acceda de forma tardía al sistema educativo español se realice atendiendo a sus circunstancias, conocimientos, edad e historial académico, de modo que se pueda incorporar al curso más adecuado a sus características y conocimientos previos, con los apoyos oportunos, y de esta forma continuar con aprovechamiento su educación.

ESTUDIO COMPARATIVO LOGSE/LOE Y SU RELACIÓN CON LA EFICACIA JURÍDICA QUE RIGE EL DERECHO

Una vez conocidas y analizadas las dos normativas más importantes y recientes en materia educativa (LOGSE y LOE), nos centraremos a partir de este momento en su comparación, para determinar hasta qué punto tienen o no relación con el concepto de eficacia como característica central del Derecho. Las normativas cambian buscando una mayor eficacia, o dicho de otro modo, para integrar, regular y legislar la nueva realidad social que va surgiendo. ¿Cuales son los cambios más importantes entre ambas normativas?

1. Se utiliza el término ACNEAE frente a ACNEE. ACNEAE *versus* ACNEE. O lo que es lo mismo: Alumnos con Necesidades Específicas de Apoyo Educativo, frente al anterior concepto de Alumno con Necesidades Educativas Especiales. ¿Por qué este cambio?, ¿qué se pretende?, ¿Qué entraña esta diferencia?

- *Específicas, frente a especiales.* Se abandona definitivamente el término especiales, ya no se habla de necesidades especiales, sino de medidas específicas, las cuales es preciso concretar y determinar. El término “especiales” podría interpretarse como

discriminatorio. Se intenta no marcar diferencias, no discriminar y orientar la formación de forma más concreta.

- *Apoyo educativo.* Medidas concretas de apoyo, que requieren de especialistas que las programen, concreten y evalúen. La atención de este tipo de alumnado requiere dos tipos de profesionales:
 1. Profesorado ordinario. Todo el profesorado puede tener en su clase algún tipo de a.c.n.e.a.e. Tendrá que reconocerlo, atenderlo, adaptar los contenidos de su materia para ellos, velar por su integración con el resto del grupo, etc.
 2. Profesorado especialista, es decir, profesores de psicología psicoterapeuta, Audición y Lenguaje, profesorado de ámbito, de diversificación, etc.

2. Se especifican más claramente los tipos de ACNEAEs; es decir, de alumnos con necesidades de apoyo educativo, además de motóricos, psíquicos, sensoriales, afectivo emocionales, etc. Las tipologías se especifican claramente en cada caso, dedicando una sección de la norma para regular cada caso concreto. Son las siguientes, recogidas anteriormente en el articulado de la LOE transcrito:

- *Por presentar dificultades específicas de aprendizaje.*
- *Por sus altas capacidades intelectuales.*
- *por haberse incorporado tarde al sistema educativo.*
- *Por condiciones personales o de historia escolar.*

3. Se plantean programas específicos, destinados a integrar a todo el alumnado en el sistema educativo reglado y ordinario. Esto quiere decir que las Administraciones educativas tienen la potestad de plantear y diseñar programas específicos para el alumnado que requiere algún tipo de adaptación curricular, hasta poder estar en condiciones de alcanzar los objetivos mínimos marcados para cada etapa y nivel educativo. Desde esta perspectiva se crean:

- **Grupos de Diversificación curricular.** Consiste en la posibilidad de crear dentro de un grupo de referencia, un subgrupo de entre 10-15 alumnos que se denominará de Diversificación. Este grupo tendrá los contenidos curriculares adaptados en torno a dos

ámbitos: sociolingüístico (8 horas) y científico tecnológico (8 horas), y el resto de materias y horario lo imparten con el grupo de referencia. Están diseñados pensando en el alumnado de 3º y 4º de Secundaria, que es donde pueden ofrecerse, con la intención de que este alumnado que requiere una atención más diversificada pueda alcanzar el título de Secundaria.

- **Aulas de Enlace.** Se trata de un programa que se ofrece a ciertos Centros de zona para que puedan atender al alumnado inmigrante que desconoce el castellano. En estas aulas pueden estar un máximo de 9 meses con profesorado que atiende sus niveles curriculares, pero al mismo tiempo les ofrece apoyo en el aprendizaje del castellano. Puede haber entre 6 y 15 alumnos, y están asignados a un grupo de referencia, al cual se van incorporando cuando alcanzan ciertos niveles de castellano.
- **Programas de enriquecimiento curricular.** Se crean para atender al alumnado con altas capacidades y se ofrece en horario no lectivo pero complementario.
- **Programas de Cualificación Profesional Inicial.** Se trata de Programas diseñados para el alumnado que por sus características de desfase curricular ofrece dificultades para poder obtener el título de Secundaria. Se les ofrece la posibilidad de al menos iniciar algún programa de formación profesional, y una vez concluido éste, de forma opcional, intentar también alcanzar el título de Secundaria.
- **Aulas de Compensación educativa.** Medida organizativa extraordinaria de promoción educativa para garantizar la atención educativa y favorecer la integración escolar del alumnado. Los alumnos que se incorporen a un aula de compensación educativa seguirán el currículo de la educación secundaria obligatoria debidamente adaptado a sus capacidades, intereses y necesidades específicas, con un enfoque eminentemente práctico.

4. Todos los Centros educativos tendrán que diseñar su propio Programa de Atención a la Diversidad (P.A.D.) El plan de atención a la diversidad debe ser entendido como el conjunto de actuaciones, adaptaciones al currículo, medidas organizativas, apoyos y refuerzos que un

centro diseña, selecciona y pone en práctica para atender a su diverso alumnado. Con este planteamiento se pone de manifiesto que en todos los centros educativos existe alumnado diverso y diferente, y que las medidas educativas y los currículos deben poder adaptarse a estos niveles. El plan diferencia entre medidas ordinarias y extraordinarias.

ANÁLISIS SOBRE LA EFICACIA JURÍDICA DE LA NORMATIVA EXPUESTA Y SUS POSIBLES MATICES Y PLANTEAMIENTOS

Una vez presentada la normativa que regula la integración del alumnado con necesidades específicas de apoyo educativo, nos detendremos en un estudio más jurídico o de filosofía jurídica: intentaremos matizar su posible eficacia o ineficacia jurídica.

En primer lugar habría que comenzar recordando qué se entiende por “Eficacia del derecho”. La definiremos como la “capacidad administrativa para regular y legislar una realidad o hecho social”. La Administración del Estado tiene como una de sus funciones prioritarias, proponer la normativa adecuada que pueda dar respuesta, ordenación y cumplimiento de las tareas que tiene asignadas en la Constitución española. Desde este punto de vista el Derecho ha de entenderse como un medio valiosísimo que permite regular, legislar, orientar y dirigir la realidad social hacia los objetivos, metas y principios deseados. Su eficacia radica en lograrlo de forma adecuada. La normativa se orienta hacia esta eficacia, y sufre cambios, adaptaciones o variaciones cuando se desajusta de su pretensión original. Por tanto, la eficacia jurídica alienta el propio dinamismo y transformación del Derecho.

Dicho esto como premisa general sobre la eficacia del Derecho, con el objeto de precisar la de la norma estudiada, podríamos aún realizar algunas precisiones. El propósito de esta precisión consiste en determinar los posibles matices de la eficacia del derecho, y más concretamente los de la normativa estudiada.

Según el estudio de la profesora M. Prieto Valdés³ podrían diferenciarse diferentes niveles o grados de eficacia jurídica:

³ PRIETO VALDÉS, M. (2001); “Validez, Vigencia, Eficacia y Legitimidad. Relación y distinción”, en Revista de trabajos científicos *Cuba siglo XXI* (Sección de pensamiento y política). Es profesora titular de la Facultad de Derecho, Universidad de la Habana.

- **Eficacia funcional**, definida como la correlación entre la norma y el hecho social que pretende regular. “Eficacia en cuanto a la utilidad real de la norma en la sociedad, a la real correlación entre lo jurídicamente dicho y el hecho social”. En el caso concreto de la norma educativa de integración del alumnado con necesidades educativas específicas, habría que determinar si cumple las expectativas programadas, si verdaderamente integra a este alumnado en la sociedad, lo prepara para cumplir un papel social, etc.
- **Eficacia material**, entendida como la existencia real de las instituciones y mecanismo necesarios para asegurar el cumplimiento de la norma. En el caso concreto de la norma que nos ocupa, se trataría de analizar si verdaderamente existen los recursos necesarios para llevarla a cabo, si existe suficiente profesorado y preparación de los mismos para abordar esta problemática, si los centros están dotados de medios suficientes para integrar a este alumnado, si los gastos están en proporción con los resultados, etc.
- **Eficacia ideológica o legitimidad**, en la que se valora si la norma tiene como objetivo la consecución del ideal de justicia que pretende la sociedad alcanzar. En el caso concreto de la normativa analizada, destinada a integrar al alumnado con necesidades educativas, se trataría de valorar si esta pretensión se ajusta a los proyectos éticos que queremos lograr en nuestra sociedad. En este caso habría que tener en cuenta marcos legislativos más amplios, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los derechos fundamentales de nuestra Constitución, etc. En cualquier caso, se trataría de investigar si esta norma se integra en el respeto a los valores en ellas marcados. En definitiva, si se trata de una ley justa desde el punto de vista ético.

CONCLUSIONES Y REFLEXIONES PARA EL DEBATE

Para terminar esta ponencia, anotaré algunas conclusiones en torno a los tres niveles de eficacia jurídica señalados. Se trata de conclusiones personales derivadas de la práctica docente con este tipo de alumnado, así como del estudio detallado de la norma vigente en esta materia. Conclusiones, en cualquier caso, sometidas a posibles revisiones y planteamientos diferentes.

1. En cuanto a la eficacia funcional de la norma, habría que mencionar dos conclusiones y opiniones bien diferenciadas.

- (a) Por un lado es cierto que se ha producido una integración funcional del alumnado con necesidades educativas dentro del contexto más general del alumnado ordinario. Es habitual encontrar en los centros docentes, en un mismo grupo y aula, alumnado denominado de “integración” o con necesidades educativas específicas, con el resto de alumnos. Esta integración es real y el alumnado ordinario, en este momento, acoge de forma normalizada a este tipo de alumnos. Es habitual encontrar alumnos en sillas de ruedas o con otro tipo de *handicaps*, al lado de alumnos denominados ordinarios. En un principio produjo una cierta sorpresa entre familias, profesorado y alumnado; pero hoy en día resulta un fenómeno asumido y entendido. Este aspecto funcional está pues consolidado y superado.
- (b) Pero aún podríamos plantearnos otro tipo de eficacia funcional. A saber, ¿realmente este tipo de alumnado recibe la preparación y atención necesaria para poder alcanzar una integración social o un puesto de trabajo similar al resto de alumnos? En este sentido se han levantado voces críticas contra la eficacia funcional de la normativa de integración educativa. Las críticas más frecuentes se centran en señalar que el alumnado que requiere adaptaciones curriculares muy significativas, realmente no llega a alcanzar los contenidos mínimos, y por tanto no puede titular como el resto de alumnos ordinarios. Esto es cierto, y, en efecto, los alumnos que precisan de adaptaciones curriculares muy significativas (es decir, de hasta tres y cuatros cursos por debajo del que está cursando), no puede obtener el título de la Enseñanza Secundaria. Lo que habrá que plantearse es si los conocimientos que se les imparten a través de estas adaptaciones son adecuados para los perfiles profesionales que se les pueden ofrecer. En un principio el profesorado en general fue bastante crítico y reacio a esta posible integración, pero en la actualidad, se ha podido comprobar que la socialización que adquieren estos alumnos al estar integrados en grupos ordinarios, es muy positiva para su posterior inserción social y laboral, aunque sea de cualificación inferior.

2. En cuanto a la eficacia material de la norma, también se han dado y pueden darse diferentes versiones, que podrían concretarse en estas dos.

- (a) Los que piensan que la integración social y académica de este tipo de alumnado es muy deficiente por falta de recursos. Es decir, los que piensan que no se han dado suficientes recursos y medios para que se cumpla adecuadamente la normativa expuesta. Esta falta de recursos, piensan, puede apreciarse en distintos niveles tales como: falta de profesorado especializado; falta de información y formación necesaria al profesorado en general; falta de recursos materiales en los centros para atenderlos, como superación de barreras arquitectónicas, soportes informáticos adecuados, etc.
- (b) Los que piensan que, por el contrario, los recursos que acapara este alumnado resultan injustificados. Los partidarios de esta segunda tesis, manifiestan que el alumnado con algún tipo de necesidad educativa, emplea muchos más recursos y medios que el alumnado ordinario, y, sin embargo, los resultados que obtienen están muy por debajo. Se trata de una interpretación fuera de contexto, pues pone en el mismo horizonte unos resultados con otros; por tanto es una interpretación muy injusta de la situación y problemática específica del alumnado con necesidades educativas.

3. En cuanto a la eficacia ideológica o legitimidad de la norma, puede encontrarse una cierta unanimidad. La norma resulta acorde o está en consonancia con los valores éticos y morales de una sociedad que respeta los Derechos humanos y la igualdad de oportunidades. Se trata, pues, de una norma legítima desde este punto de vista, acorde al proyecto ético de los Derechos Humanos y de una sociedad que ha aprobado una Constitución que acoge como derechos fundamentales el derecho a la educación, el derecho a la igualdad de oportunidades y a la no discriminación por cualquier causa posible. A estos derechos fundamentales habría que añadir los derechos de la infancia, donde se desarrollan y fraguan las cualidades esenciales de la personalidad y la integración social y ciudadana.

En conclusión, podemos hablar de eficacia de la norma estudiada, es decir, de haber alcanzado su pretensión de regular un hecho social

demandado y acogido plenamente por la sociedad en que se desarrolla. Aún así, la eficacia de la norma nunca es plena y total, razones por las que diferentes épocas y situaciones revisan la normativa existente, buscando cotas más altas de eficacia. En este sentido, la normativa estudiada no está exenta de revisiones y cambios posibles, buscando ajustarse lo más posibles a los grados de eficacia analizados. Esta búsqueda de la eficacia, en sus diferentes niveles, es la que alienta la vida misma del Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- AMAYA, R. (1993). Diagnóstico pedagógico. Fundamentos teóricos. Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones.
- BATAZAN PALOMERAS, L. (1996). Investigación y diagnóstico en educación. Una perspectiva psicopedagógica. Málaga. Aljibe.
- BOWER, T. (1982). El desarrollo perceptivo del niño. Madrid. Morata.
- CIDAD MAESTRO, E. (1991). Modificación de conducta en el aula e integración escolar. Madrid. Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED).
- DEFIOR CYTOLER, S. (1996). Las dificultades de aprendizaje: un enfoque cognitivo. Lectura, escritura, matemáticas. Málaga. Aljibe.
- GARCÍA VIDAL, J. Y GONZÁLEZ MANJÓN, D. (1992). Evaluación e informe psicopedagógico. Madrid. EOS.
- GIROLAMO, G. Y REICH, J. H. (1996). Trastornos de la personalidad y de la conducta. Meditor.
- GONZÁLEZ, E. (1995). Necesidades educativas especiales. Intervención psicoeducativa. Madrid. Editorial CCS.
- M. E. C. (1994). Guía de Integración. Madrid. Dirección General de Renovación Pedagógica.

- M. E. C. (1994). La Educación Especial en el marco de la LOGSE: situación actual y perspectivas de futuro. Madrid, Dirección General de Renovación Pedagógica.
- MONTERO, D. Y MARTÍNEZ, S. (1994). El ICAP: una herramienta en la mejora de la planificación y la intervención en servicios para personas con discapacidad. Siglo Cero.
- RODRIGUEZ SACRISTÁN, J. (1995) Psicopatología del niño y del adolescente. Universidad de Sevilla.
- SÁNCHEZ MANZANO, E. (1992). Introducción a la Educación Especial. Madrid. UCM.
- SÁNCHEZ MANZANO, E. (1993). Psicopedagogía y Educación Especial. Madrid. UCM.

