

Estudios de Deusto

Estudios de Deusto

Revista de la Universidad de Deusto

**Segunda época. Vol. 53/1
Desde su fundación vol. 74
(Fasc. 114)
Enero-Junio 2005**

Bilbao
Universidad de Deusto
2005

Director:

Ignacio María Beobide

Consejo Asesor:

Ricardo de Angel	Aitziber Emaldi
Iciar Basterretxea	Marta Enciso
Rosario Besné	Ramón Múgica
María Pilar Canedo	Javier San Juan
Javier Caño	Gema Tomás
Jorge Caramés	Demetrio Velasco

Administración:

Publicaciones
Universidad de Deusto - Apartado 1 - E48080 Bilbao
Tfno.: 944 139 000 Fax: 944 456 817

Distribución:

Ediciones Mensajero
Sancho Azpeitia, 2 - E48014 Bilbao
Tfno.: 944 470 358 Fax: 944 472 630

Precios de suscripción:

Europa	26 euros
Otros países	50 \$
Número suelto	14,50 euros

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación, o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

Publicación impresa en papel ecológico

© Publicaciones de la Universidad de Deusto
Apartado 1 - 48080 Bilbao
e-mail: publicaciones@deusto.es

I.S.S.N.: 0423 - 4847
Depósito legal: BI - 2.350-93

Impreso en España/Printed in Spain

Fotocomposición: IPAR, S. Coop. - Bilbao

Impresión: RGM, S.A.

Sumario

Estudios

Germán José María BARREIRO GONZÁLEZ, <i>El patio de Monipodio. La infame academia</i>	11
Fernando GÓMEZ MARTÍN, <i>Insolvencias punibles y Ley Concursal</i>	45
Javier SAN JUAN CRUCELAEGUI, <i>La interpretación e integración de las lagunas de la Convención de Viena de 1980: Los principios en que se inspira y los principios «Unidroit»</i>	111
Manuel M. ^a URRUTIA LEÓN, <i>Del concepto al paradigma de la secularización</i>	163
Demetrio VELASCO, <i>Tocqueville (1805-1859), dos siglos después</i>	183
Manuel M. ^a ZORRILLA RUIZ, <i>De litore deleto: Defensa de los espacios litorales frente a las agresiones urbanísticas</i>	251

ESTUDIOS

EL PATIO DE MONIPODIO. LA INFAME ACADEMIA* (Una visión literaria del Derecho en la Novela Ejemplar *Rinconete y Cortadillo* de Don Miguel de Cervantes Saavedra)

Por Germán José María Barreiro González
Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad de León

*A Pedro Barrerero Solano
y Antonio Fernández Ventura*

Sumario: Prólogo. Capítulo I. El gremio o la cofradía de los ladrones y rufianes. Estructura jerárquica profesional. El maestro Monipodio. Aduana, registro y almojarifazgo. Los oficiales. Los aprendices. La incardinación profesional de Rinconete y Cortadillo. Las reglas de funcionamiento. El reparto de los frutos o beneficios del delito. Capítulo II. *La división y organización del trabajo. El memorial delictivo.* Asignación de tareas. Los puestos de trabajo de Rinconete y Cortadillo. Justicia mera mixta. Capítulo III. *Una inestimable ayuda a la rufianesca: La justicia corrupta y sobornada.* Capítulo IV. *La aldabilla y otras penas, tormentos y castigos* Capítulo V. *Delincuencia y beatería.* Capítulo VI. *La relación del Asturianillo.* Capítulo VII. *Lenguaje y vocabulario jurídico.* Sanciones de Derecho Canónico. El can de Beltrán: ejecución de deuda líquida sin apercibimiento de remate. Conceptos de Derecho Civil sucesorio y contractual general. Capítulo VIII. *Un episodio de violencia doméstica.*

Prólogo

*Rinconete y Cortadillo*** es una de las doce *Novelas Ejemplares* cuyo manuscrito entrega Cervantes al Consejo Real en el año 1612, aunque como precisa Juan Bautista Avalle-Arce «una versión de la novelita existía en 1604, ya que lo menciona en *Quijote*, I, xlvi». El aludido capítulo se titula *Del extraño modo con que fue encantado don Quijote de la Mancha, con otros famosos sucesos*. En él se lee: *El ven-*

* Homenaje a Miguel de Cervantes Saavedra con motivo del IV centenario del nacimiento de Don Quijote de la Mancha.

** En cursiva se ponen solamente textos literales de la Novela; palabras, expresiones o vocablos de la misma así como también de otras obras, capítulos o textos que se citan de Cervantes.

tero se llegó al cura y le dió unos papeles, diciéndole que los había hallado en un aforro de la maleta... El cura se lo agradeció y, abriéndolos, vio que al principio de lo escrito decía: Novela de Rinconete y Cortadillo, por donde entendió ser alguna novela y coligió que, pues la del Curioso impertinente había sido buena, que también lo sería aquella, pues podría ser que fuesen todas de un mismo autor; y, así, la guardó, con prosupuesto de leerla cuando tuviese comodidad. Hagámoslo pues ahora nosotros y veamos, entre otras cosas de interés, qué de Derecho tiene desde una óptica literaria.

La Novela, cuyos principales protagonistas son los pilluelos Pedro Rincón y Diego Cortado, es realmente picaresca —en buena medida de corte religioso— pero al modo cervantino, esto es, sin seguir los cánones de sus grandes predecesores en el género como «El Lazarillo de Tormes» (1554) o «Guzmán de Alfarache» (1599, 1604, de Mateo Alemán).

En ella muestra Cervantes el buen conocimiento que tuvo del mundo del hampa sevillano y de sus reglas de funcionamiento.

Con una óptica criminológica especial —que en buena medida devela la personalidad humana, anímica y social del delincuente— entra Cervantes en el mundo de la delincuencia y en ocasiones —crítica e irónicamente— en el funcionamiento de la administración de la justicia lo que, con cierta frecuencia, se aprecia también en el conjunto de su obra literaria. Muestra aquí, una vez más, su vocación a la vez que su conocimiento del Derecho. Este, en la Novela, como en general en su obra, aparece «no sólo en sus disquisiciones y comentarios, sino también en el lenguaje y conversación de los personajes creados por su imaginación, manifestado en los hechos y sobre todo en el planteamiento de cuestiones y problemas jurídicos» (Enrique Vivó de Undabarrena).

* * *

Salvo en sus inicios —*en la venta del Molinillo, que está puesta en los fines de los famosos campos de Alcudia, como vamos de Castilla a la Andalucía*— la trama de la Novela se desarrolla en Sevilla, una de las ciudades más grandes de Europa en la época —junto con París y Nápoles—, que Cervantes acredita conocer a fondo, —quizás por la etapa de su vida que pasó siendo Comisario de Abastos de Andalucía— situando y dando vida a sus apicarados personajes. *Lugar tan acomodado a hallar aventuras que en cada calle y tras cada esquina se ofrecen más que en otro alguno (Don Quijote de la Mancha, capítulo XIII, de la Primera Parte).*

Así, y entre otros «lugares de trabajo», *la puerta de la Aduana* por donde Cortado y Rincón entran en la ciudad (caña junto a las Ataranzas). *La puerta del Arenal* lugar en el que se hace *el malbaratillo*. *La plaza de San Salvador* (que se situaba junto a la iglesia del mismo

nombre), *la Carnicería* (junto a San Isidoro), *la Pescadería* (en las Ataranzas), *La Costanilla* (mercado cerca de la plaza de San Isidoro) y *la Feria* (alrededor de la Iglesia de Omnium Sanctorum), sitios estos todos en los que Rincón y Cortado desempeñan el *nuevo oficio* de portea-dores animados por *el asturianillo*. *La Contratación* (o Lonja en la plaza de igual nombre, lugar en el que actualmente está situado el Archivo de Indias) y la *Casa de la Moneda* (cercana a la plaza de Santo Tomás), lugares vigilados por *los avispones para seguir a los que sacaban dinero* de tales lugares. *La plaza de la Alfalfa* donde trabaja el *bodegonero* a quien deben propinársele *doce palos de mayor cuantía a escudo cada uno*. O, finalmente, *desde la Torre del Oro... hasta el postigo del Alcázar* con posibilidad de extenderse *hasta San Sebastián y San Telmo* (San Sebastián está en el antiguo campo de Tallada; San Telmo, junto al río), los «distritos» en los que Rinconete y Cortadillo van a desempeñar su oficio de truhanes por primera vez como *cofrades* a las órdenes de Monipodio, cuya casa —con su famoso patio— no se dice aquí dónde se encuentra, pero sí en la Novela Ejemplar, el *Coloquio de los Perros* por boca de Berganza: *en Triana, en una calle junto al Molino de la Pólvora*.

* * *

Para la lectura y análisis de la Novela he utilizado, *Miguel de Cervantes, Novelas Ejemplares I* en la muy cuidada edición, introducción y notas de Juan Bautista Avale-Arce. Editorial Castalia, 1982 que, por cierto, incluye también el texto copiado por Francisco Porras de la Cámara, según la edición de Isidoro Bosarte (*Novela de Rinconete y Cortadillo, famosos ladrones que hubo en Sevilla, la cual pasó así en el año de 1569*). De ella he tomado comentarios y significados de vocablos o expresiones que me han ayudado mucho a entender el texto en detalle y en su conjunto. También, de las grandes obras de Sebastián de Covarrubias Orozco, «Tesoro de la lengua castellana o española», en la edición preparada por el prestigioso Martín de Riquer, Barcelona 1943; Francisco Rodríguez Marín, «Estudios Cervantinos», editorial Atlas, 1947 y José Luis Alonso Hernández, «Léxico del marginalismo del siglo de Oro», Salamanca 1977. Con iguales objetivos y propósitos me han sido de gran utilidad el «Diccionario de Derecho» de Luis Ribó Durán, 1.^a edición, editorial Boch, Barcelona 1987 y de autoría colectiva: el «Diccionario de Autoridades», edición facsímil de la Real Academia Española, editorial Gredos, Madrid 1963; el «Diccionario de Ciencias Sociales», publicado por el Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1975; la «Gran Enciclopedia Larousse», editorial Planeta, Barcelona 1976; el «Diccionario Enciclopédico Espasa», Madrid 1996; el «Diccionario Trivium. Derecho y Economía», 1.^a edición, Madrid 1998 y el

«Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española», vigésimo primera edición, Madrid 1992. Y de uno de sus académicos, Arturo Pérez-Reverte —sin duda alguna en el cuerpo de su generalato, no en el «de infantería»— el artículo «Al final género» publicado en la Revista *El Semanal* el 24 de octubre de 2004, en la serie que el citado académico titula «Patente de corso». Del Quijote, Miguel de Cervantes Saavedra. *Don Quijote de la Mancha*. Edición del Instituto Cervantes. Crítica; la primorosa edición dirigida por Francisco Rico con la colaboración de Joaquín Forradellas y estudio preliminar de Fernando Lázaro Carreter. Biblioteca Clásica, Barcelona 1998, volumen 50. También del gran literato alemán Johan Wolfgang von Goethe «Maximen und Reflexionen» («Máximas y reflexiones»), traducción, introducción y notas de Juan del Solar, Edhasa, Barcelona primera reimpresión, 1996.

La consulta del ordenamiento jurídico español aparte, obras de carácter jurídico y/o sociológico que asimismo me han sido de gran utilidad, las de los grandes estudiosos del Quijote, Rafael Alvarez Vigaray, «El Derecho Civil en las obras de Cervantes», editorial Comares 1987 y Enrique Vivó de Undabarrena, «Cervantes y su vocación al Derecho» (primera parte), Boletín de la Facultad de Derecho, número 21, 2003. Universidad Nacional de Educación a Distancia; del siempre recordado y querido maestro del iuslaboralismo Manuel Alonso Olea, su imperecedera «Introducción al Derecho del Trabajo», 4.^a edición, revisada, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid 1981; y del mismo con María Emilia Casas Baamonde, el clásico e inigualable «Derecho del Trabajo», vigesimoprimer edición, editorial Civitas, Madrid 2003. De Max Weber sociólogo y pensador alemán, «Protestantische Ethik» («La ética protestante y el espíritu del capitalismo»), traducción de Luis Legaz Lacambra, edición de Sarpe en 1984 con el número 46 de la colección «Los grandes pensadores»; obra de imprescindible lectura para entender y comprender cabal y profundamente la civilización occidental.

Carbajal de La Legua.
Otoño del año dos mil cinco

Capítulo I

El gremio o la cofradía de los ladrones y rufianes

Estructura jerárquica profesional

Los gremios «se diversificaron por ramas de la producción o, por mejor decir, surgieron ya diversificados en el sentido de que fueron ofi-

cios determinados, y no la generalidad de ellos, los que primero lograron su autonomía... Desde muy pronto el trabajador por cuenta ajena fue un agremiado de segunda categoría en cuanto que el control del gremio paso a estar en manos de los maestros», que eran realmente empresarios, dividiendo u organizando el trabajo de los demás pero también participando «personalmente en la tarea productiva»... «El trabajador agremiado era profesionalmente un especialista y socialmente un miembro de una jerarquía socio-laboral... El instrumento jurídico utilizado para la formación del especialista y para la atribución del puesto en la estructura jerárquica fue el contrato de aprendizaje... Concluido el aprendizaje, con o sin examen final, el aprendiz adquiría el grado sucesivo en la jerarquía laboral gremial, convirtiéndose en un oficial. El escalón sucesivo y último, normalmente tras un largo período de tiempo como oficial, tras un riguroso examen de aptitud, era la promoción de oficial a maestro... Es claro que este sistema de cualificación laboral presupuso una organización de la producción estructurada sobre el oficio como conjunto de conocimientos profesionales poseídos por el trabajador, en gran parte transmitidos por tradición reservada a los iniciados —éstos eran, en expresión aún usada, los “misterios del oficio”... A su vez, el oficio suponía una serie de conocimientos teóricos y de habilidad en el manejo de instrumentos referidos a procesos productivos completos o muy escasamente parcelados, que es lo que definía y, en la medida en que se conserva sigue definiendo al artesano...».

Tales son, resumidas, algunas de las características principales del gremio según Manuel Alonso Olea amén de otras que se dirán en páginas posteriores que se traen aquí a colación para «mutatis mutandis» comprender mejor la estructura, organización y jerarquía de los «artesanos de la fullería».

* * *

La «cofradía», «congregación», «hermandad», «comunidad», «orden» o «compañía» —expresiones éstas, como se verá más adelante en el Capítulo V, ligadas históricamente entre otras cosas a funciones mutualistas asistenciales y de previsión social— es en realidad una banda de delincuentes —de la que formarán parte Rincón y Cortado— con la estructura y el funcionamiento propio de los gremios profesionales que no son desconocidos por Cervantes. Un gremio de ladrones en definitiva, con sus «oficiales» y «aprendices», es lo que el «maestro» Monipodio gobierna desde el patio de su casa —situada como se dijo, en el barrio de *Triana*— que el mozo llamado Ganchuelo que allí conduce a Rincón y Cortado para conocer a Monipodio, describe del siguiente modo:

Adelantándose un poco,... entró en una casa no muy buena, sino de muy mala apariencia, y los dos se quedaron esperando a la puerta. El salió y luego los llamó y ellos entraron, y su guía les mandó esperar en un pequeño patio ladrillado, que de puro limpio y aljimifado [acicalado] parecía que vestía carmín de lo más fino. Al un lado estaba un banco de tres pies y al otro un cántaro desbocado, con un jarillo encima, no menos falto que el cántaro; a otra parte estaba una estera de enea, y en el medio, un tiesto, que en Sevilla llaman maceta, de albahaca. He aquí «el Patio de Monipodio» —la infame academia— lugar de reunión de la jacarandana sevillana.

* * *

Como sinónimo de gremio, recurre Cervantes las más de las veces a la palabra «cofradía». Y así, dice Cortado a Ganchuelo:

—*Pues nuestra suerte ha querido que entremos en esta cofradía.*

Ya en el patio de la casa de Monipodio, *llegaron... dos bravos y bizarros mozos... los cuales, así como entraron, pusieron los ojos de través en Rincón y Cortado, a modo de que los extrañaban y no conocían y llegándose a ellos, les preguntaron si eran de la cofradía.*

En otros momentos de la narración se lee: *sacó, en esto, Monipodio, un papel doblado... donde estaba la lista de los cofrades...*

Cofrades, por tanto, una vez admitidos como miembros de la cofradía, y conforme a nuestras reglas, dice Monipodio, es *tener necesidad de saber el nombre de los padres de nuestros cofrades.*

Más adelante en el relato, ante la ayuda y el apoyo prometido por Monipodio a Rinconete a fin de que «haga carrera» como delincuente, éste le dice:

—*Todo será para servir a vuesa merced y a los señores cofrades.*

—*Todo me parece de perlas... y querría ser de algún provecho a tan famosa cofradía.*

La «carrera», como se ha de ver, llevará con rapidez a Rincón y Cortado a propuesta de Monipodio a ser *cofrades mayores* y a que les conceda y permita *gozar de las inmunidades de su cofradía.*

* * *

Utiliza también Cervantes las expresiones «congregación», «hermandad», «comunidad», «orden» o «compañía».

Y así dice Ganchuelo al presentar a Rincón y Cortado a Monipodio:

—*Estos son los dos buenos mancebos... vuesa merced los desanime [examine] y verá como son dignos de entrar en nuestra congregación.*

—*Hace nuestra hermandad cada año su adversario [aniversario] con la mayor popa y solemnidad que podemos, explica Monipodio en otro momento del relato; como explica asimismo a Rinconete que los «avispones» —de los que luego se hablará— era la gente de más o de tanto provecho que había en la hermandad.*

Hermandad —no podía ser de otro modo, carente de hospital propio a diferencia del medio centenar de oficios que lo tenían en Sevilla (R. Savatier) «para proteger y amparar a sus miembros» (Manuel Alonso Olea)— con sus correspondientes «hermanos», los rufianes —entre los que hay *hermanos mayores*—.

Llamaron a la puerta; salió Monipodio a ver quien era, y preguntándole respondieron:

—*Abra voacé, sor Monipodio, que el Repolido soy.*

En la riña habida entre los rufianes Chiquiznaque y Maniferro, dice el Repolido:

—*También tenemos acá pandero, sor Chiquiznaque.*

Terminada la reunión en el patio, *los viejos pidieron licencia para irse. Dióselo luego Monipodio, encargándoles viniesen a dar noticia con toda puntualidad de todo aquello que viniese ser útil y conveniente a la comunidad.*

Llamando Monipodio a la disciplina de sus secuaces, monta en cólera y amenaza con quitar la vida a quien ose *quebrantar la más mínima cosa de nuestra orden.*

Ante la noticia de que se acercaba a la casa de Monipodio *el alcalde de la justicia... Nunca [como en este momento se] puso en alboroto y espanto a toda aquella recogida compañía...*

Monipodio *tenía un gran jarro de vino en la una mano y en la otra una copa grande de taberna, la cual, colmándola de vino generoso y espumante brindaba a toda la compañía* (así lo relata Berganza en el *Coloquio de los Perros*).

El maestro Monipodio

Describe Cervantes a Monipodio —cuya ilustración puede verse entre otras obras y lugares en la edición de Antonio de Sancha de 1783— tal como lo conocieron Rincón y Cortado del siguiente modo:

Parecía de edad de cuarenta y cinco a cuarenta y seis años, alto de cuerpo, moreno de rostro, cejijunto, barbinegro y muy espeso; los ojos, hundidos. Venía en camisa, y por la abertura de delante descubría un bosque: tanto era el vello que tenía en el pecho. Traía cubierta una capa de bayeta casi hasta los pies, en los cuales traía unos zapatos enchancletados, cubríanle las piernas unos zaragüelles [calzones] de lienzo, anchos y largos hasta los tobillos; el sombrero era de los de la hampa, campanudo de copa y tendido de falda; atravesábale un tahalí por espalda y pechos, a do colgaba una espada ancha y corta, a modo de las del perrillo: las manos eran cortas, pelosas, y los dedos, gordos, y las uñas, hembras [anchas y cortas] y remachadas; las piernas no se le parecían; pero los pies eran descomunales, de anchos y juanetudos. En efecto, él representaba el más rústico y disforme bárbaro del mundo.

* * *

Las diferencias son más que las afinidades entre Monipodio, personaje imaginario y Roque Guinart personaje real protagonista del Capítulo LX (citado también aunque episódicamente en el Capítulo LXI) de la Segunda Parte de *Don Quijote de la Mancha* titulado *De lo que sucedió a Don Quijote yendo a Barcelona*.

Monipodio no tiene ni el prestigio ni la aceptación popular de Roque. No estamos ante el bandido romántico, generoso y justiciero, sino ante quien el propio Cervantes califica en el final de la Novela como *un hombre bárbaro y desalmado* o según se acaba de decir, como *el más rústico y disforme bárbaro del mundo*.

A diferencia de Roque que comanda a bandoleros, salteadores de caminos que actúan principalmente en descampado atacando y despojando a los viajeros y caminantes, Monipodio dirige y administra desde el patio de su casa en Sevilla una banda de delincuentes y ladrones que, como veremos, opera en no pocas ocasiones con el consentimiento de una corrupta y sobornada justicia.

Monipodio es por tanto el dueño y señor del hampa sevillana y controla toda la delincuencia. Es, señala Berganza en el *Coloquio de los Perros, encubridor de ladrones y pala de rufianes*, es decir, «jefe de ladrones que los oculta y protege con su autoridad, en sus bellaquerías» (José Luis Alonso Hernández). Dice de sí mismo que es el *tuáutem*, esto es, «el sugeto que se tiene por principal y necesario para alguna cosa» («Diccionario de Autoridades»). Es el *padre* o «padrino» y los rufianes sus *hijos* o *sus ahijados*. A Monipodio, dice Berganza, *todos respetaban como a señor y padre*.

Como había oído decir Cortado es *muy calificado y generoso, y además* [con exceso; en demasía] *hábil en el oficio*.

—*¡Y cómo que es calificado, hábil y suficiente!* —respondió el mozo— [Ganchuelo].

«Podría decirse en broma que el hombre está íntegramente compuesto de fallos algunos de los cuales se consideran útiles para la sociedad y otros, perjudiciales, algunos aprovechables, y otros no. De los primeros se habla bien: los llaman virtudes; de los segundos mal, y los llaman vicios» (Johann Wolfgang von Goethe).

* * *

Pese a ser analfabeto —*no sabía leer*— es la condición de *maestro*, varias veces aludida en la Novela, la que mejor describe su posición, cualificación y oficio en el gremio que comanda. Y como tal ejerce, refundiendo en su persona la condición de «empresario y tutor».

Así, y como en este mismo Capítulo se verá con detenimiento, al examinar Monipodio las «aptitudes delictivas» de Rincón y Cortado al objeto de admitirlos en el gremio, viendo su falta de preparación, les dice que ello se solucionará con *media docena de lecciones*.

Cuando el rufián Ganchoso acompaña a Rinconete y Cortadillo *hasta enseñarles sus puestos* «de trabajo», les recuerda que no falten a la junta del domingo *porque, a lo que creía y pensaba, Monipodio había de leer una lección de oposición acerca de las cosas concernientes a su arte*. «Monipodio disertaría el domingo sobre las artes del latrocinio» (Juan Bautista Avalle-Arce). En definitiva una lección «ex cathedra» del maestro Monipodio en el patio de su casa, *la infame academia*.

La condición de maestro se pone ocasionalmente de relieve, en la pompa y solemnidad del trato que se le dispensa:

Así como Monipodio bajó [por las escaleras hasta llegar al patio] *al punto todos los que aguardándole estaban le hicieron una profunda y larga reverencia, excepto los dos bravos* [no son Rincón y Cortado] *que a medio magate* [a medias], *como entre ellos se dice, se quitaron los capelos...*

Llegado Ganchuelo a la casa, hace la presentación a Monipodio de Rincón y Cortado, *trabándoles de las manos*.

Cuando Rinconete y Cortadillo devienen cofrades con la venia de Monipodio y comienzan a «prestar servicios» como tales, *besáronle la mano los dos por la merced que se les hacía*.

Aduana, registro y almojarifazgo

Ya en Sevilla un mozo que sabe que Rincón y Cortado son ladrones les dice:

- ¿Cómo no han ido a la aduana del señor Monipodio?
- ¿Págase en esta tierra almojarifazgo de ladrones, señor galán?
- dijo Rincón.
- Si no se paga —respondió el mozo— a lo menos regístranse ante el señor Monipodio, que es su padre, su maestro y su amparo.

Cervantes recurre a términos jurídico-administrativos, mercantiles y tributarios para dejar constancia de que, en efecto, Monipodio es el patrón y capo de los rufianes: éstos deben pasar por la «aduanas del latrocinio» como pasa toda persona que entra en la ciudad —lo que también hicieron Cortado y Rincón— *por la puerta de la Aduana, a causa del registro y almojarifazgo que se paga*, consistiendo este último en una especie de tributo, impuesto o contribución cuyo pago da derecho de importación o entrada de las mercancías en aquélla.

Tributo parecen que no pagan los rufianes a Monipodio pero sí tienen que estar forzosamente «registrados» como tales ante la «máxima autoridad criminal», a fin de obtener licencia para trabajar en la ciudad como ladrones y rufianes.

En la contestación, no exenta de sorpresa que da Cortado de nuevo recurre Cervantes a términos jurídicos:

- Yo pensé que el hurtar era oficio libre, horro de pecho* [exento de pagar tributo] y *alcabala* [exento asimismo de pagar «tributo o derecho real que se cobra de todo lo que se vende» («Diccionario de Autoridades»); ver Capítulo VI, la relación del asturianillo]; y *que si se paga, es por junto* [«modo adverbial que vale en grueso, o por mayor» («Diccionario de Autoridades»)], *dando por fiadores a la garganta y a las espaldas* [«la garganta para la cuerda, y las espaldas para el látigo» (Juan Bautista Avalle-Arce)]; *pero pues así es, y en cada tierra hay su uso, guardemos nosotros el de ésta.*

El asentimiento dado por Diego Cortado a entrar en la aduana y registro de Monipodio no proviene sólo del convencimiento o de la necesidad ante la realidad de los hechos sino también de la recomendación —no exenta de coacción y amenaza— que les da el mozo que les conduce a la casa del jefe del hampa:

- Les aconsejo que vengan conmigo a darle obediencia, o sino, no se atrevan a hurtar sin su señal, que les costará caro.*

* * *

La obediencia, respeto y temor a Monipodio por todos es una constante en la Novela. De ahí que no falten excusas ni justificaciones al respecto por los cofrades. Así dice un viejo avispón a Monipodio y su banda:

—*Topé... a Lobillo el de Málaga, y dícame que... por venir maltratado no viene luego a registrarse y a dar la sólita [acostumbrada, debida] obediencia; pero que el domingo será aquí sin falta.*

—*También topé... al Judío que intenta trabar juego [con] dos peruleros [indianos ricos retornados]. Dice también que el domingo no faltará a la junta y dará buena cuenta de su persona.*

«Monipodio, para mantener su autoridad, tiene un expediente a que no acude Roque [personaje ya citado de *Don Quijote*] y es denunciar a los alguaciles sobornados, los ladrones díscolos o que abandonaran la compañía, para que fueran castigados por la Justicia» (Rafael Alvarez Vigaray).

Desde la sola óptica del gremio de los ladrones, y rufianes y tomando las expresiones de Max Weber y Manuel Alonso Olea puede decirse que Sevilla no era una «ciudad libre» sino una «ciudad cerrada» puesto que para ejercer los oficios de ladrón y rufián —serían oficios «jurados» que no «libres»; de nuevo utilizando expresiones de Manuel Alonso Olea— era de todo punto necesario formar parte del gremio y someterse a su disciplina. Ningún rufián podía trabajar sin permiso de Monipodio.

Los oficiales

Llegó un caballero mozo a la puerta... Monipodio le entró consigo y mandó llamar a Chiquiznaque, a Maniferro y al Repolido, y que de los demás no bajase ninguno [al patio].

Por el protagonismo que alcanzan en algunos pasajes de la Novela, por la proximidad a Monipodio, por el trato deferente e importante que les da y por la «especialidad» que tienen y las tareas o funciones que aquél les encomienda, no parece que estos tres rufianes tengan «condición profesional» distinta a la de oficiales.

Chiquiznaque, ejecutor de *cuchilladas* como actividad principal.

Maniferro así apodado, *porque traía una mano de hierro, en lugar de otra que le habían cortado por justicia*; ejecutor de *palos*.

Repolido, *respeto* («compañero o rufián de prostituta»; José Luis Alonso Hernández) de Juliana la Cariharta, y según dice ésta quejosa

del maltrato por él recibido, *ladrón desuellacaras* (matón a sueldo que con cuchillo o navaja marcaba las caras) y con la especialidad de ser *bajamanero*, esto es, «el ladrón que entra en una tienda y señalando con la mano una cosa hurta con la otra lo que tiene junto así» (José Luis Alonso Hernández).

También *El Desmochado*, cuya «categoría profesional» es mentada por el propio Monipodio:... *porque tengo por tan buen oficial al Desmochado...* Ejecutor asimismo de *palos* como Maniferro.

Asimismo, *Lobillo el de Málaga*, del que Monipodio dice que es *único en su arte* [de los naipes]... *que para ser uno buen oficial en su oficio, tanto ha menester los buenos instrumentos con que le ejercita como el ingenio con que le aprende* y *el Judío* del que Monipodio últimamente se viene quejando, porque pese a ser *gran sacre* («hábil, sagaz, como el ave de rapiña del mismo nombre»); José Luis Alonso Hernández) y tener *gran conocimiento*, no hace bien su trabajo. Quizás *el Renegado* y *el Centopiés*, así como *el Narigueta* y *el Ganchoso*. Este último, como se dijo, es quien acompaña a Rinconete y Cortadillo a sus «puestos de trabajo» para el desempeño de su actividad.

* * *

No se concreta en la Novela la «categoría profesional», ni por consiguiente su precisa incardinación en la jerarquía del gremio, de dos grupos: los denominados *avispones* y los *palanquines*, aunque como se va a ver, todo hace indicar que ambos tienen también la condición de oficiales.

A pregunta de Rinconete *de que servían en la cofradía dos personajes tan canos, tan graves y apersonados* le responde Monipodio *que aquéllos en su germanía y manera de hablar, se llamaban avispones, y que servían de andar de día y por toda la ciudad avisgando en qué casas se podía dar tiento de noche, y en seguir los que sacaban dinero de la Contratación [lonja] o Casa de la Moneda, para ver donde lo llevaban, y aun donde lo ponían; y en sabiéndolo, tanteaban la grosera del muro de tal casa y diseñaban el lugar más conveniente para hacer los guzpátaros —que son agujeros— para facilitar la entrada*. De modo muy semejante describe José Luis Alonso Hernández al avispón: «el que descubre los sitios propicios para robar y lo comunica a los ladrones para que éstos hagan su oficio. Era un experto en conocer el grosor de los muros con el fin de saber en qué lugar podría hacerse un agujero que permitiese la entrada en la casa».

Con respecto al segundo grupo —y bajo el disfraz de lo que podríamos denominar «trabajadores de mudanzas a tiempo parcial»— precisa Monipodio que:

—*Otros dos que hay son palanquines, los cuales, como por momentos mudan casas, saben las entradas y salidas de todas las de la ciudad, y cuáles pueden ser de provecho y cuáles no.*

Los aprendices

En el escalón más bajo del gremio se encuentran los aprendices, en cuya condición deben estar como mínimo un año antes de su promoción a oficial. Así, le pregunta Rincón a Ganchuelo:

—*¿Es vuesa merced, por ventura, ladrón?*

—*Sí* —respondió el— *...aunque no de los muy cursados; que todavía estoy en el año del noviciado [esto es, del aprendizaje].*

Ganchuelo es, sin duda, aprendiz; otros personajes citados parecen ser asimismo aprendices por la actividad que desempeñan, así por ejemplo *Tafarete centinela de esta mañana*.

Como se va a ver, Rincón y Cortado no van a tener —a lo que parece— realmente la condición de aprendices, pues con insólita rapidez devienen en —o se equiparan a— oficiales tras un entretenido y original proceso de «clasificación profesional».

La incardinación profesional de Rinconete y Cortadillo

Podría decirse que lo que va a acontecer con Rincón y Cortado es lo que en términos jurídicos actuales se conoce como cualificación o categoría profesional que con Manuel Alonso Olea y María Emilia Casas Baamonde responde a «las aptitudes, conocimientos y habilidades y preparación del trabajador para un trabajo determinado, o mejor dicho, para el conjunto de trabajos que define un oficio, especialidad o profesión laborales» y a la vista de aquella cualificación o categoría —y de nuevo con los citados profesores— «se tiene en cuenta al tiempo de contratar y a lo largo de la ejecución del contrato de trabajo, en virtud de la cual se le clasifica profesionalmente».

En los comienzos de la Novela cuando se conocen Pedro Cortado y Diego Rincón, el primero le canta al segundo sus excelencias y cualidades como truhán y ratero:

—*Dejé mi puesto, vine a Toledo a ejercitar mi oficio, y en él he hecho maravillas; porque no pende relicario de toca ni hay faldriquera tan escondida que mis dedos no visiten ni mis tijeras no corten, aunque le estén guardando con ojos de Argos. Y en cuatro meses que estuve en aquella ciudad, nunca fuí cogido entre*

puertas [nunca fui pillado], *ni sobresaltado ni corrido de corchetes* [guardias] *ni soplado de ningún cañuto* [ni delatado a la justicia por un «soplón»].

* * *

Apoda Monipodio a Rincón y Cortado respectivamente *Rinconete* y *Cortadillo* y les dice:

—*Querría saber, hijos, lo que sabeis, para daros el oficio y ejercicio conforme a vuestra inclinación y habilidad.*

Responde Rinconete que él sabe hacer múltiples trampas y fuleterías en el juego de naipes y también que se atrevería *a hacer un tercio de chanza*, [esto es, «el que ayuda a otro en un robo; el que tercia en un robo» (José Luis Alonso Hernández)] *mejor que un tercio de Nápoles*; cómplice, en definitiva, en términos jurídico-penales; precisamente —como nos recuerda Juan Bautista Avalle-Arce— lo que ambos pícaros hicieron en *la venta del Molinillo* al comienzo de la Novela.

—*Principios son —dijo Monipodio— pero todas ésas son flores de cantueso* [trampas de poco valor; insignificantes; el cantueso sirve para perfumar la ropa] *viejas y tan usadas que no hay principiante que no las sepa... pero andará el tiempo, y vernos hemos: que asentando sobre ese fundamento media docena de lecciones, yo espero en Dios que habeis de salir oficial famoso, y aún quizá maestro.*

Cortadillo por su parte le dice:

—*Yo... sé la treta que dicen mete dos y saca cinco* [«robar; meter el ratero dos dedos en una blosa para robar lo que tiene dentro» (José Luis Alonso Hernández)] *y sé dar tiento a una faldriquera con mucha puntualidad y destreza.*

—*¿Sabeis más?* —dijo Monipodio.

—*No, por mis grandes pecados* —respondió Cortadillo.

—*No os aflijais hijo* —replicó Monipodio—, *que a puerto y a escuela habeis llegado donde ni os anegareis ni dejareis de salir muy bien aprovechado en todo aquello que más os conviene.*

* * *

Evaluada los dos pícaros mozuelos por Monipodio no cabe duda de que, inicialmente, son «clasificados profesionalmente» por éste en el escalón más bajo del gremio con la categoría de novicios o aprendices.

Pero ante la buena predisposición mostrada para el oficio y para sufrir los posibles castigos y penas a que se arriesgan —no desconoce Cervantes el régimen disciplinario y sancionador existente en los gremios— Monipodio, con la confirmación de los presentes, *hasta catorce personas de diferentes trajes y oficios*, parece les otorga directamente —o los equipara a— la categoría profesional de oficiales, o cuando menos les da el trato que a éstos corresponde, pasando así fugazmente por la situación de aprendices:

—La situación *me convence, me obliga, me persuade y me fuerza a que desde luego asenteis por cofrades mayores y que se os sobrelleve el año de noviciado.*

Es en este momento cuando los reunidos en el «patio-escuela de la delincuencia» le piden que a Rinconete y a Cortadillo se les permita gozar de las inmunidades de su cofradía.

El respondió que, por darles contento a todos, desde aquel punto se las concedía, advirtiéndoles que las estimasen en mucho, porque eran no pagar media nata del primer hurto que hiciesen; no hacer oficios menores en todo aquel año, conviene a saber: no llevar recado de ningún hermano mayor a la cárcel, ni a la casa, de parte de sus contribuyentes; piar el turco [beber el vino] puro; hacer banquete cuándo, cómo y a dónde quisieren, sin pedir licencia a su mayoral; entrar a la parte, desde luego, con lo que entrujasen [robasen, como se verá] los hermanos mayores, como uno de ellos, y otras cosas que ellos tuvieron por merced señaladísima...

En la parte final de la Novela, Monipodio, en la lista escrita de cofrades que llevaba consigo, les asigna su primer trabajo *poniendo: Rinconete y Cortadillo, cofrades: noviciado, ninguno, Rinconete floreo; Cortadillo bajón*; siendo el floreo el «conjunto de trampas y astucias empleadas para robar en el juego; trampería» y el bajón, «ladrón; que hace disminuir o menoscaba el caudal de alguien con una técnica semejante a la del bajamanero» (José Luis Alonso Hernández).

Besáronle la mano los dos por la merced que se les hacía, y ofreciéndose a hacer su oficio bien y fielmente, con toda diligencia y recato. Ocurre así a modo clásico y en palabras de Cervantes, lo que en los tiempos de hoy sucede cuando se comienza a prestar servicios: la promesa expresa o tácita de que el prestador de los mismos lo hará como dice nuestro Estatuto de los Trabajadores, cumpliendo «con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia», con «la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales [en el caso las «ordenanzas» y «reglas» del gremio]...» «y en su defecto, por los usos y costumbres» [de la rufianesca].

Las reglas de funcionamiento. El reparto de los frutos o beneficios del delito

El gremio tenía «poder normativo laboral... mediante los estatutos y ordenanzas gremiales... fue así un ente asociativo dotado de un poder regulador de las condiciones de trabajo... un grupo social autoregulado» (Manuel Alonso Olea).

La existencia de normas o reglas que hay que cumplir, observar y respetar en el gremio de los ladrones y rufianes, aunque en ocasiones no se explicita cuáles sean, son, sin embargo, patentes en varios momentos de la Novela.

Así, al decir Rincón y Cortado a Monipodio cómo se llamaban, respondió éste:

—*Quiero y es mi voluntad que vos, Rincón os llameis Rinconete y vos, Cortado, Cortadillo, que son nombres que asientan como de molde a vuestra edad y a nuestras ordenanzas.*

Habiéndose hurtado una bolsa con dinero que debía devolverse a un alguacil corrupto y preguntando Monipodio al respecto, *tornó a jurar el mozo que no sabía de ella. Comenzóse a encolerizar Monipodio de manera que parecía que fuego vivo lanzaba por los ojos, diciendo:*

—*¡Nadie se burle con quebrantar la más mínima cosa de nuestra orden, que le costará la vida!*

Tornó de nuevo a jurar el mozo y a maldecirse diciendo que él no había tomado tal bolsa ni vistola de sus ojos; todo lo cual fue a poner más fuego a la cólera de Monipodio y dar ocasión a que toda la junta [de ladrones y rufianes] se alborotase, viendo que se rompían sus estatutos y sus buenas ordenanzas.

* * *

Monipodio no reparte los frutos o beneficios del delito a partes iguales como lo hace el ya citado jefe de los bandoleros catalanes Roque Guinart con los suyos, sino que por el contrario lo hace en atención al lugar que cada uno ocupa en la estructura y jerarquía «profesional» del gremio de delincuentes. Se observan los principios de que lo robado no pertenece sólo al autor del robo, sino que debe repartir y *pagar los derechos* debidos en cada caso y según las circunstancias, y de que todos disfrutan del botín obtenido por alguno o algunos de los cofrades.

Así, a pregunta de Cortado, Ganchuelo responde del siguiente modo:

—*En eso de restituir [lo robado] no hay que hablar, ... porque es cosa imposible, por las muchas partes en que se divide lo hurtado, llevando cada uno de los ministros y contrayentes la suya; y así el primer hurtador no puede restituir nada...* La expresión *ministros y contrayentes* es una «chusca yuxtaposición como si se tratase de matrimonios y no de robos» (Juan Bautista Avall-Arce).

De los *avispones* dice Monipodio que *de todo aquello que por su industria se hurtaba llevaban el quinto, como su Majestad de los tesoros*.

—*Y hay de ellos tan comedidos [—prosigue diciendo Monipodio—] ... que se contentan con mucho menos de lo que por nuestros aranceles les toca*.

Una *canasta de colar* que en realidad contenía vino, a lo que parece producto de un robo perpetrado por *el Renegado y Centopíes*, la llevaron a casa de una vieja quien asegura a Monipodio *que no he tocado a la canasta y que se está tan entera como cuando nació*.

—*Todo se le cree, señora madre —respondió Monipodio— y estése así la canasta, que yo iré allá... y haré cala y cata de lo que tiene, y daré a cada uno lo que le tocara, bien y fielmente como tengo de costumbre*.

Lo anterior no obstante, en el relato se mencionan dos reglas especiales en la distribución de lo robado cuando, como se ha visto, Monipodio, con el beneplácito de la banda, le concede a Rinconete y Cortadillo un «status» especial, esto es, *gozar de las inmunidades de su cofradía*.

La primera —excepcionando la norma general antecitada sobre el reparto del fruto del primer robo— que los dos célebres raterillos no tienen que *pagar media nata del primer hurto que hiciesen*; esto es, no tienen que pagar contribución a la banda. La *media nata* (media annata) consiste en «la renta y frutos, o emolumentos, que produce en un año un beneficio eclesiástico, o un puesto político» («Diccionario de Autoridades»).

La segunda —excepcionando asimismo la norma general consistente en que para el reparto de los beneficios de los robos de los *hermanos mayores* no cuentan los novicios o aprendices— consiste en *entrar a la parte, desde luego, con lo que entrujasen* [robasen, allegasen o reuniesen mediante robo, según José Luis Alonso Hernández] *los hermanos mayores, como uno de ellos*.

Capítulo II

La división y organización del trabajo. El memorial delictivo

La parte de la Novela dedicada a la *Memoria de cuchilladas*, *Memoria de palos* y *Memorial de agravios comunes* ilustra de modo fehaciente la división y organización del trabajo del gremio de ladrones y rufianes que controla y comanda el maestro Monipodio.

Se planifican con detalle y esmero las actividades contratadas por terceros respecto de los que se guarda anonimato; se designan quiénes en concreto han de realizar los trabajos y, en su caso, los lugares de ejecución de los mismos; se fijan plazos para su conclusión y su control; se retribuyen en dinero, admitiéndose (o exigiéndose) entregas a cuenta —señales o anticipos sobre trabajos pendientes de realización— e incluso como se ha de ver pagos en especie o en prenda. Todo ello, naturalmente, como expresión de la más genuina contratación ilícita e ilegal pues aplicando aquí nuestro Código Civil tales contratos son, palmariamente, «contrarios a las leyes, a la moral,... [y] al orden público».

Asignación de tareas

Monipodio... sacó un libro de memoria que traía en la capilla de la capa, y dióselo a Rinconete que leyese, porque él no sabía leer. Abrióle Rinconete, y en la primera hoja vio que decía:

«Memoria de las cuchilladas que se han de dar esta semana».

«La primera, al mercader de la encrucijada: vale cincuenta escudos. Están recibidos treinta a buena cuenta. Ejecutor Chiquiznaque».

—No creo que hay otra, hijo —dijo Monipodio—; pasá adelante y mirá...

Volvió la hoja Rinconete, y vio que en otra estaba escrito: «Memoria de palos». Y más abajo decía:

«Al bodegonero de la Alfalfa doce palos de mayor cuantía a escudo cada uno. Están dados a buena cuenta ocho. El término, seis días. Ejecutor, Maniferro».

—¿Hay más, hijo? —dijo Monipodio.

—Sí otra —respondió Rinconete— que dice así:

«Al sastre corcovado que por mal nombre se llama el Silguero, seis palos de mayor cuantía, a pedimento de la dama que dejó la gargantilla. Ejecutor. El Desmochado». El señalado anonimato no se guarda aquí totalmente.

Respecto de los trabajos pendientes según la *Memoria de palos* interesan dos observaciones.

La primera, que los palos que se han de propinar deben serlo de *mayor cuantía*. Utiliza aquí Cervantes una distinción propia y típica del Derecho Procesal —juicios de mayor y menor cuantía— para resaltar que aquéllos, no son unos palos cualesquiera —habría entonces que decir de «menor cuantía»— sino muy por el contrario de *mayor cuantía*; una paliza en toda regla pues, en la medida en que ésta surge de la susesión de aquéllos.

La segunda que *los palos* que debe recibir el sastre Silguero, se pagan no con dinero contante y sonante sino en especie —con una *gargantilla*— salvo que ésta se entienda como entrega en prenda de los escudos que luego se han de dar por la encomienda realizada, asegurando así el cumplimiento del pago por *la dama*. Sabía así Monipodio que «*melius est pignori incumbere, quam in personam agere*».

—¿Hay más mocito? —dijo Monipodio.

—No, señor —respondió Rinconete.

—Pues pasad adelante —dijo Monipodio—, y mirad donde dice: *Memorial de agravios comunes*.

Pasó adelante Rinconete, y en otra hoja halló escrito:

Memorial de agravios comunes, conviene a saber: redomazos, untos de miera, clavazón de sambenitos y cuernos [cornudo], matracas, espantos, alborotos y cuchilladas fingidas, publicación de nibelos [libelos] etcétera; consistiendo los redomazos en el golpe propiciado con una redoma llena de algo maloliente; la miera es el aceite de enebro, asimismo maloliente (Sebastián de Covarrubias Orozco); clavazón de sambenitos, significa la pública acusación de no ser cristiano viejo; matracas «significa también burla y chasco que se da a uno, zahiriéndole y reprehendiéndole alguna cosa que ha hecho» («Diccionario de Autoridades»).

De la larga lista de *agravios comunes* sólo unos encargos concretos:

Dar unto de miera en una casa cuyo ejecutor es el propio Monipodio —ejemplo aquí, tomando la ya citada frase de Manuel Alonso Olea, de que el maestro participa «personalmente en la tarea productiva»—, y están dados a buena cuenta cuatro escudos, y el principal es de ocho. Clavazón de cuernos, el ejecutor de esto es —dijo Rinconete— el Nariqueta.

—Ya está eso hecho y pagado —dijo Monipodio—. *Mirad si hay más, que, si mal no me acuerdo, ha de haber ahí un espanto de*

veinte escudos; está dada la mitad, y el ejecutor es la comunidad toda, y el término es todo el mes en que estamos, y cumplirás al pie de la letra, sin que falte una tilde... Dadme el libro mancebo, que yo sé que no hay más, y sé también que anda muy flaco el oficio.

Debe hacerse notar que además de las actividades ordinarias o usuales de la cofradía, todas las expuestas y contenidas en las «memorias» constituyen el típico supuesto de trabajo por encargo, cometido que sin embargo no lo fue tanto de los gremios —pues «estos tipos de trabajo... contribuyeron también por su parte a la decadencia de los gremios» (Manuel Alonso Olea)— y que muestra, una vez más, cuan especial era el gremio de ladrones y rufianes sevillano.

*Los puestos de trabajo de Rinconete y Cortadillo.
Justicia mera mixta*

Aceptados ya en la cofradía y concretada su actividad, Rinconete floreo; Cortadillo bajón como se ha visto, se les asigna el distrito de Sevilla, parte sur de la ciudad, en el que concretamente deben «trabajar» esto es, cometer sus fechorías.

Así, a Rinconete «el bueno» y a Cortadillo se les da por distrito hasta el domingo desde la Torre del Oro, por defuera de la ciudad, hasta el postigo del Alcazar... Este distrito os enseñará Ganchoso; y aunque os extendais hasta San Sebastián y San Telmo, importa poco, puesto que es de justicia mera mixta que nadie entre en pertenencia de nadie.

Destacando el rigor y buen orden en la distribución y consiguiente asignación de «puestos de trabajo», Monipodio utiliza una frase, *justicia mera mixta* que refiere nada menos que a la institución jurídica que regula los derechos señoriales de jurisdicción. La frase está formada a su vez sobre esta otra: «mero mixto imperio», «vale decir con justicia para juzgar y castigar, con absoluto dominio jurídico» (Juan Bautista Avalle Arce), en definitiva con plena potestad, la que precisamente ejerce Sancho en un momento determinado sobre la comida, contra lo que era habitual, esto es, el hambre que padecía: siendo invitado don Quijote a cenar por dos caballeros y aceptando la invitación, *quedóse Sancho con la olla con mero mixto imperio, sentóse en la cabecera de mesa y con él el ventero...* (Capítulo LIX de la Segunda Parte).

Capítulo III

Una inestimable ayuda a la rufianesca: La justicia corrupta y sobornada

«Justitia non debet claudicare». De nuevo hace mención Cervantes a la corrupción ya aludida también en varias de sus obras, entre otras, en *Don Quijote* —por ejemplo, en los Capítulos XXII de la Primera Parte y XXXII, LI, LII, LIII y LV de la Segunda Parte—; en *La Gitanilla* y en *El amante liberal*.

Aquí, más que en ninguna otra de las Novelas Ejemplares se utiliza la connivencia de una justicia corrupta y sobornada como medio muy principal, casi imprescindible, para la realización, impune y eficaz, por Monipodio y los cofrades de sus múltiples fechorías.

Así, relacionando Monipodio la reprochabilidad de la conducta con la falta o el delito cometido y éstos con la pena —pero siendo consciente de que «quien la hace [no] la paga»— cita como *nuestros bienhechores*, al *guro* [alguacil] *que nos avisa...* y *el escribano, que si anda de buena* [voluntad, disposición] *no hay delito que sea culpa ni culpa a quien se de mucha pena*.

En otro momento del relato avisado Monipodio de que el alguacil se encaminaba a su casa dice:

—*Nadie se alborote..., que es amigo y nunca viene por nuestro daño.*

El aludido alguacil habla con el jefe de los hampones sevillanos y le comenta que hubo un robo de una *bolsilla de ámbar* con dinero a un *sacristán* pidiendo su devolución. Como la bolsita no aparecía, dice encolerizado:

—*¡La bolsa ha de parecer, porque la pide el alguacil, que es amigo y nos hace mil placeres al año!*

Y aparece en efecto al devolverla Cortadillo, el autor del robo, y *sin faltarle nada de lo que el alguacil manifiesta...* viendo lo cual Monipodio dijo:

—*... la bolsa se ha de llevar el alguacil, que es de un sacristán pariente suyo y conviene que se cumpla aquél refrán que dice: «no es mucho que a quien te da la gallina entera, tú des una pierna de ella»* [el refrán «enseña que debemos ser agradecidos a los bienhechores», Campos-Barella citado por Juan Bautista Avall-Arce]. *Más disimula este buen alguacil en un día que nosotros le podemos ni solemos dar en ciento.*

* * *

Pero no siempre la situación es de soborno y corrupción. Monipodio no controla totalmente a la justicia. El y sus agremiados se arriesgan también a ser detenidos, juzgados y condenados por los delitos cometidos. Y así, festejando rufianes y prostitutas el fin de un suceso de violencia doméstica, al que luego se hará referencia, en medio de cánticos y algarabías con una improvisada orquesta de originales instrumentos —*un chapín* [calzado de mujer] a modo de *pandero*; *una escoba de palma nueva* [que, rascándola] *hizo un son que, ... se concertaba con el del chapín...* [y] *dos tejoletas que, puestas entre los dedos y repicadas* [por Monipodio], *llevaba el contrapunto al chapín y a la escoba*— ocurrió el siguiente divertido episodio que muestra un panorama evidentemente muy distinto para Monipodio y su tropa de delincuentes:

Talle llevaban de no acabar tan presto el comenzado cántico, sino sintieran que llamaban a la puerta aprisa, y con ella salió Monipodio a ver quién era, y la centinela le dijo como al cabo de la calle había asomado el alcalde de la justicia, y que delante de él venían el Tordillo y el Cernícalo, corchetes neutrales [funcionarios de justicia, no sobornados, encargados de prender a los delincuentes].

Oyéronles los de dentro, y alborotáronse todos de manera que la Cariharta y la Escalanta se calzaron sus chapines al revés, dejó la escoba la Gananciosa, Monipodio sus tejoletas, y quedó en turbado silencio toda la música; enmudeció Chiquiznaque, pasmóse el Repolido y suspendióse Maniferro, y todos, cuál por una y cuál por otra parte, desaparecieron, subiéndose a las azoteas y tejados, para escaparse y pasar por ellos a otra calle. Nunca ha disparado arcabuz a deshora, ni trueno repentino espantó así bandada de descuidadas palomas, como puso en alboroto y espanto a toda aquella recogida compañía y buena gente la nueva de la venida del alcalde de la justicia. Los dos novicios, Rinconete y Cortadillo, no sabían qué hacerse, y estuviéronse quedos, esperando ver en qué paraba aquella repentina borrasca, que no paró en más de volver la centinela a decir que el alcalde se había pasado de largo, sin dar muestra ni resabio de mala sospecha alguna.

Capítulo IV

La aldabilla y otras penas, tormentos y castigos

Cuando la justicia es incorruptible e insobornable como se decía en el Capítulo anterior y como debe ser, entonces se aplican las penas

y castigos en consonancia con las faltas y delitos cometidos: «ex singulis causis singulae poenae irrogantur»; «poena debet commensurari delicto».

Cuenta Rincón a Cortado su detención por la justicia en una ocasión a consecuencia de un robo:

—*Prendiéronme; tuve poco favor; aunque, viendo aquellos señores mi poca edad, se contentaron conque se arrimasen al aldabilla y me mosqueasen las espaldas por un rato y con que saliese desterrado por cuatro años de la Corte. Tuve paciencia, encogí los hombros, sufrí la tanda y mosqueo y salí a cumplir mi destierro.*

Señala Francisco Rodríguez Marín que a los delincuentes de corta edad se les ataba en las cárceles a una aldabilla —esto es a una pieza de hierro con figura de gancho que entra en una hembrilla— para azotarles con comedimiento al objeto de no causarles grandes verdugones —de aquí que Pedro Rincón diga que le *mosqueasen las espaldas*— y sin exponerlos «a la vergüenza», es decir, sin sacarlos, a la vez que azotarlos, en público.

Rincón sufre también *el destierro*, antigua pena conocida ya en la Gracia clásica. Antigua pena también en nuestro derecho que básicamente consiste en expulsar a una persona de un territorio o lugar concreto por la comisión de determinados delitos. Se contempla ya en el Fuero Juzgo y también en las Partidas de Alfonso X el Sabio en donde se diferencia el destierro definitivo del temporal. Es este último el que como pena se le impone a Pedro Rincón a la vista del delito cometido, mostrando así Cervantes en la elección de la duración el buen conocimiento que de aquél tenía.

* * *

En otros momentos del relato se citan tormentos, penas y castigos ya aludidos por Cervantes en *Don Quijote* —especialmente en el Capítulo XXII de la Primera Parte— y en la *Novela Ejemplar La Gitanilla* entre otras piezas literarias, si bien y en ocasiones *con otros nombres de los que ellos [los ladrones] llaman germanescos o de la germanía* (los significados entrecomillados, tomados de José Luis Alonso Hernández):

El finibusterrae (la horca) *envesados* («azotado porque con los golpes tiene la espalda curtida, como el cordobán, cuero que tiene el envés curtido»); *gurapas ó guras* («galera a la que se condenaba a los delincuentes para que remasen en ella») y *los leños movibles* (Capítulo XXXVII de la Segunda Parte de *Don Quijote*), esto es, las galeras, así nombradas: en el río había *seis galeras, cuya vista les hizo [a Cortado y Rincón] suspirar, y aun temer el día que sus culpas les habían de traer*

a morar en ellas de por vida; ansias (tormento de agua, tormento de toca: se cubre la boca y la nariz con un paño delgado y se fuerza a beber agua de tal modo que entra en la garganta arrastrando consigo la toca, impidiendo la respiración y produciendo en consecuencia la asfixia); *así las sufrió sin cantar* (sin haber declarado o confesado durante el tormento los delitos cometidos); *para sufrir, si fuese menester, media docena... sin desplegar los labios y sin decir «esta boca es mía»*; *el primer desconcierto del verdugo* en el tormento de cuerda («las primeras vueltas que el verdugo da a la clavija para apretar los cordeles al reo»); *la trena* (la cárcel).

Capítulo V

Delincuencia y beatería

La «religiosidad» de Monipodio y de su tropa de pícaros-delincuentes que se aprecia en la Novela, como de seguido se va a ver, pone de manifiesto que Cervantes no sólo era buen conocedor de la estructura y funcionamiento de los gremios, sino también de su origen y sus raíces: su conexión y relación con la beneficencia y la caridad, realización de obras pías y mutua ayuda y socorro entre sus miembros, en definitiva, con finalidades y propósitos fuera de los estrictamente laborales y profesionales.

En efecto, formando Monipodio y sus secuaces, como se dijo, un gremio de ladrones, una de las claves sobre su religiosidad quizás sea el tener en cuenta que, «el origen de los gremios... estuvo en la asociación religiosa y de culto, lentamente transformada en asociación caritativa y de protección y defensa de sus miembros... Fue... el gremio una asociación religiosa y piadosa en sí misma o a través de colegios menores constituidos en su seno o bajo su influencia, y quizá este elemento fue decisivo... para la emergencia misma del gremio, que así había sido primero una asociación de culto, que incorporaría después actividades caritativas fraternales —la asociación “de plegarias y buenas obras” de que habló Lujo Brentano, las “hermandades” a que se había referido Francis Bacon— que naturalmente se fueron extendiendo a todas las de relación fraternal, mutua ayuda y defensa de los agremiados... Participó también el gremio y dedicó recursos crecientes... al sostenimiento de instituciones generales de beneficencia; hospitales, hospicios, fundaciones y asilos, para la atención de pobres, enfermos, peregrinos y viudas y huérfanos, fueron en ocasiones creados o sostenidos por las cofradías, en instituciones independientes o como anejas a las suyas propias» (Manuel Alonso Olea).

Lo señalado ayuda en buena medida a explicar y entender el sentimiento de religiosidad —con frecuentes invocaciones, a Dios, a la Virgen y a los Santos— que muestran los truhanes y rufianes y en general las gentes de mal vivir, personajes todos apicarados, que desfilan en la trama de la Novela. Sin embargo, realmente se contempla una religiosidad especial o particular no exenta de beatería, entendida aquí en sentido negativo —también de uso común en nuestra habla— de afectada virtud, esto es, de falsa o no auténtica religiosidad. Es así como debe verse, en efecto, a estos «pícaros religiosos» que en el fondo pese a sus fullerías, desmanes, tropelías y delitos, creen servir a Dios, no se apartan de él y de la fe que a él les lleva.

* * *

Y así, Pedro Rincón —cuyo padre, dicho sea de paso, *es persona de calidad, porque es ministro de la Santa Cruzada*— pregunta a Ganchuelo:

—*¿Es vuesa merced, por ventura, ladrón?*

—*Sí —respondió él— para servir a Dios y a las buenas gentes.*

Extrañándose Cortado de la contestación, *respondió el mozo:*

— *Señor yo no me meto en tologías; lo que sé es que cada uno en su oficio puede alabar a Dios, y más con la orden que tiene dada Monipodio a todos sus ahijados [que] es tan santa y buena... El tiene ordenado que de lo que hurtáremos demos alguna cosa o limosna para el aceite de la lámpara de una imagen muy devota que está en esta ciudad, y en verdad que hemos visto grandes cosas por esta buena obra... Tenemos más: que rezamos nuestro rosario, repartido en toda la semana, y muchos de nosotros no hurtamos el día del viernes, ni tenemos conversación con mujer que se llame María el día del sábado.*

* * *

En su «religiosidad» —que relacionada con el oficio, curiosamente recuerda el «ethos económico» de la ética protestante al que se refirió Max Weber— no tiene cabida el arrepentimiento, o más propiamente aquí, el propósito de la enmienda. Así, pregunta Cortado:

—*Pero dígame vuesa merced: ¿hácese otra restitución u otra penitencia más de la dicha?*

—*En eso de restituir [lo robado] no hay que hablar —respondió el mozo—... [ver en el Capítulo I, El reparto de los frutos o benefi-*

cios del delito] *cuanto más que no hay quien nos mande hacer esta diligencia, a causa de que nunca nos confensamos, y si se sacan cartas de excomuni3n, jam3s llegan a nuestra noticia, porque jam3s vamos a la iglesia al tiempo que se leen; pero s3 van a la iglesia por motivos relacionados con su oficio, en los d3as de jubileo, por la ganancia que nos ofrece el concurso de la mucha gente.*

* * *

Estando por primera vez Rinc3n y Cortado en la casa de Monipodio, *ll3gose en esto la saz3n y punto en que baj3 el se3or Monipodio, tan esperado como bien visto de toda aquella virtuosa compa3a. Tan esperado; se ha se3alado al respecto que «dada la continua intromisi3n de lo religioso y espiritual en lo picaresco que se observa a todo lo largo de esta novelita, Monipodio, en este momento, se aparece a su congregaci3n (cofrad3a) como una especie de Mes3as laico» (Juan Bautista Avalle-Arce).*

En la casa de Monipodio, *estaba pegada a la pared una imagen de Nuestra Se3ora, de estas de mala estampa, y m3s abajo pend3a una sportilla de palma y... una almof3a blanca [escudilla grande], por do coligi3 Rinc3n que la sportilla ser3a de cepo para limosna, y la almof3a, de tener agua bendita, y as3 era la verdad.*

Estando en esto, entraron en la casa... dos viejos... con sendos rosarios de sonadoras cuentas en las manos. Tras ellos entr3 una vieja... y, sin decir nada, se fue a la sala, y habiendo tomado agua bendita, con grand3sima devoci3n, se puso de rodillas ante la imagen y... habiendo primero besado el suelo y levantados los brazos y los ojos al cielo otras tantas, se levant3 y ech3 su limosna en la sportilla y se sali3 con los dem3s al patio.

* * *

En otro momento del relato Monipodio pregunta a Rinconete y Cortadillo el nombre de sus padres, *porque tenemos de costumbre de hacer decir cada a3o ciertas misas por las 3nimas de nuestros difuntos y bienhechores, sacando el estupendo [estipendio] para la limosna de quien las dice de alguna parte de lo que se garbea [roba], y estas tales misas, as3 dichas como pagadas dicen que aprovecha a las tales 3nimas por v3a de naufragio [sufragio] y caen debajo de nuestros bienhechores.*

* * *

El «extremo culminante, quizá, de la miópica perspectiva que separa virtud y pecado, propia de la cofradía de Monipodio» (Juan Bautista Avalué-Arce), surge cuando el rufián Repolido maltrata a la prostituta la Cariharta por no haberle dado suficiente dinero para jugar a las cartas, pues *me envió a pedir... treinta reales, y no le envié más de veinticuatro, que el trabajo y el afán con que yo los había ganado ruego yo a los cielos que vayan en descuento de mis pecados.*

Preguntando Rinconete a Monipodio quiénes eran y que actividad tenían los *avispones* —a los que ya nos hemos referido con anterioridad—, le responde que *eran hombres de mucha verdad, y muy honrados, y de buena vida y fama, temerosos de Dios y de sus conciencias, que cada día oían misa con extraña devoción.*

En la ya referida disputa entre la Cariharta y el Repolido éste le dice:

—*¡Ea boba... acabemos ya... y mire no se ensanche por verme hablar tan manso y venir tan rendido; porque, ¡vive el Dador!, si se me sube la cólera al campanario que sea peor la recaída que la caída! Humíllese, y humillémonos todos, y no demos de comer al diablo.*

Y ella, cuando sintió que [el Repolido] se iba enojado, salió diciendo:

—*¡Téngale, no se vaya, que hará de las suyas! ¿No ven que va enojado, y es un Judas Macarelo en esto de la valentía?*

Aunque equivocándose en el apodo, demuestra la Cariharta ser buena conocedora de los Evangelios pues, «Judas... por su valentía fue llamado Macabeo, que en lengua griega vale tanto como peleador o valiente guerrero» (Sebastián de Covarrubias Orozco).

* * *

Quejándose Monipodio de que *anda muy flaco el oficio*, continúa señalando que, *tras este tiempo vendrá otro y habrá que hacer más de lo que quisiéremos: que no se mueve la hoja sin la voluntad de Dios.* Una versión más del refrán: «a Dios rogando y con el mazo dando».

Reunida toda la rufianesca en el patio de Monipodio para merendar, dice la vieja [la señora Pipota] que *había rezado a la imagen:*

—*Hijo Monipodio, yo no estoy para fiestas... antes que sea mediodía tengo que ir a cumplir mis devociones y poner mis candelicas a Nuestra Señora de las Aguas y al Santo Crucifijo de Santo Agustín, que no lo dejaría de hacer si nevase y ventiscase.*

Preguntó a sus «colegas de profesión», niñas, si tenían algún cuarto para comprar las candelicas de mi devoción [a lo que] respondió la Gananciosa: tome, ahí le doy dos cuartos: de uno le ruego que compre una para mí, y se la ponga al señor San Miguel; y si puede comprar dos, ponga la otra al señor San Blas que son mis abogados («San Miguel vence al diablo y San Blas es el patrono contra los males de garganta, y la horca afectaba por igual a diablos y gargantas»; Juan Bautista Avalle-Arce).

* * *

Ya al final de la Novela se cuenta que a Rinconete, *dábale gran risa pensar en los vocablos que había oído a Monipodio y a los demás de su compañía y bendita comunidad... especialmente le cayó en gracia cuando dijo [la Cariharta, como se vio] que el trabajo que había pasado en ganar los veinticuatro reales lo recibiese el cielo en descuento de sus pecados... y sobre todo le admiraba la seguridad que tenían y la confianza de irse al cielo con no fallar a sus devociones, estando tan llenos de hurtos, y de homicidios y de ofensas a Dios. Y reíase de la otra buena vieja de la Pipota que dejaba la canasta de colar hurtada, guardada en su casa y se iba a poner candelillas de cera a las imágenes y con ello pensaba en irse al cielo calzada y vestida.*

Capítulo VI

La relacion del asturianillo

Hay un pasaje en la Novela que narra un oficio distinto al de delinquir que en sus múltiples facetas es al que aquélla se refiere de modo reiterado.

Cortado y Rincón llegan a Sevilla y *se fueron a ver la ciudad, y admiróles... el gran concurso de gentes del río, porque era en tiempo de cargazón de flota y había en él seis galeras... Echaron de ver los muchos muchachos de la esportilla que por allí andaban; informáronse de uno de ellos qué oficio era aquél, y si era de mucho trabajo, y de qué ganancia.*

Un muchacho asturiano que fue a quien le hicieron la pregunta respondió que el oficio era descansado y de que no se pagaba alcabala, y que algunos días salía con cinco y con seis reales de ganancia, con que comía y bebía y triunfaba como cuerpo de rey.

El oficio, a lo que parece no mal pagado a la vista de cómo se expresa el mozo, desvela la figura contractual del arrendamiento de servi-

cios materializada en lo que podría denominarse un pequeño transportista autónomo.

Al respecto cabe indicar, por una parte, que no parece ser un oficio agremiado o cuando menos uno con reglas rígidas y estrictas pues Rincón y Cortado vieron que *lo podían usar sin examen*, y además con rapidez, de modo que —una vez adquiridos los utensilios necesarios para la realización del oficio como de seguido se va a ver— *dentro de dos horas pudieran estar graduados en el nuevo oficio, según les ensayaban las esportillas y asentaban los costales*. Y por otra, que ambos pilluelos *determinaron de comprar los instrumentos necesarios para usarle [el oficio]... Y preguntándole al asturiano qué habían de comprar, les respondió que sendos costales pequeños, limpios o nuevos, y cada uno tres espuertas de palma, dos grandes y una pequeña, en las cuales se repartía la carne, pescado y fruta, y en el costal, el pan; y él los guió donde lo vendían, y ellos... lo compraron todo*.

Las cosas objeto de transporte son la comida y alimentos desde la carnicería, pescadería o los mercados hasta las viviendas particulares, bodegones, locales o almacenes. Así, Rincón y Cortado ven bien *la relación del asturianillo* —dicho sea de paso con Juan Baustista Avelle Arce «interesante dato acerca de la migración interna de aquella época»— *por parecerles que venía como de molde para poder usar el suyo [de rateros] con cubierta y seguridad, por la comodidad que ofrecía de entrar en todas las casas, tanto más ganada ya la confianza de los clientes, porque el crédito... era lo que más importaba en aquél ejercicio*.

Pero, el hecho de que encontrasen al asturianillo y a otros muchachos del mismo oficio junto al río, y que aquél les avise *de los puestos dónde habían de acudir*, además de los dichos, *todas las tardes, al río*, lleva a pensar que el oficio se extendía también, dado el caso, a labores de carga y descarga de buques, una suerte por tanto de estibador portuario, transportando mercancías desde el buque a instalaciones, locales o almacenes dentro o fuera de la zona del puerto, y desde éstos a aquél.

Repárese finalmente que el *asturianillo* informa a Diego Cortado y Pedro Rincón de que en su oficio *no se pagaba alcabala*. Como se lee en *El Quijote: y estás en tu casa, donde eres señor della, como el rey de sus alcabalas* (Prólogo a la Primera Parte).

La alcabala, palabra de origen árabe, era un impuesto indirecto sobre el gasto que, en los contratos de compraventa, pagaba el vendedor al fisco y ambos contratantes en el de permuta. Generalmente el porcentaje era del diez por ciento del valor de lo que se vendía o permutaba y cuyo cobro se arrendaba a particulares, actividad que por cierto, y entre otras, desempeñó Cervantes. Este tributo apareció reinando Alfonso X y se generalizó con Alfonso XI en 1342. Las Cortes de Cádiz

lo suprimieron junto a otros impuestos indirectos, pero no desapareció definitivamente hasta la reforma tributaria del Ministro de Hacienda Alejandro Mon ocurrida en 1845. En definitiva, podría decirse, una especie de impuesto de la época sobre el valor añadido.

Capítulo VII

Lenguaje y vocabulario jurídico

Además de todo lo señalado y comentado, la Novela pone una vez más de manifiesto la afición y el gusto de Cervantes por la utilización de fraseología, lenguaje y vocabulario jurídico.

Sanciones de Derecho Canónico

Cortado se declara inocente del ya referido robo a un sacristán de una bolsita con dinero y, entre otras cosas, alega lo siguiente en su defensa:

—*Cuanto más, que cartas de descomuni3n hay, paulinas y buena diligencia, que es madre de la buena ventura; aunque, a la verdad, no quisiera yo ser el llevador de tal bolsa, porque si es que vuesa merced tiene alguna orden sacra, parecermehía a mí que había cometido algún grande incesto o sacrilegio.*

Como señala Francisco Rodríguez Marín, de lo dicho por Diego Cortado se desprende que Cervantes menciona y distingue con claridad dos tipos de sanciones propias del Derecho Canónico. Aunque suponían igual pena, se diferenciaban sin embargo por el rango de la autoridad eclesiástica que las promulgaba: obispos y sus tribunales, las primeras; el Sumo Pontífice, las segundas. Paulina era «la carta o edicto de excomuni3n que se expide en el tribunal de la Nunciatura, u otro pontificio. Llamóse así porque en tiempo del Papa Paulo III [1534-1549], tomó fuerza la costumbre de estos edictos» («Diccionario de Autoridades»).

El can de Beltrán: ejecuci3n de deuda líquida sin apercibimiento de remate

Cuando un mercader le reclama a Monipodio no haber cumplido el encargo acordado y pagado en parte como señal de dar una cuchillada a un enemigo suyo, que asimismo era mercader, el jefe del hampa sevi-

llana pregunta a Chiquiznaque —*oficial a cuyo cargo estaba su negocio— si había cumplido con la obra que se le encomendó de la cuchillada de a catorce.*

El rufián responde diciendo haber herido no al mercader *por tener el rostro tan pequeño que era imposible de toda imposibilidad caber en él cuchillada de catorce puntos* por lo que se la dio a su lacayo.

—*Más quisiera —dijo el caballero [mercader]— que se la hubiera dado al amo una de a siete que al criado una de catorce,* y le reprocha a Monipodio que, pese a lo acontecido, éste diga que ha cumplido su palabra y que, por tanto, el criminal comitente tiene que pagar el resto de los ducados acordados.

Señala al respecto Chiquiznaque:

—*Bien parece que no se acuerda de aquel refrán que dice: «Quien bien quiere a Beltrán, bien quiere a su can».*

—*¿Pues en qué modo puede venir aquí a propósito ese refrán? —replicó el caballero.*

—*¿Pues no es lo mismo —prosiguió Chiquiznaque— decir: «Quien mal quiere a Beltrán, mal quiere a su can»? Y así, Beltrán es el mercader, voacé le quiere mal, su lacayo es su can, y dando al can se da a Beltrán, y la deuda queda líquida y trae aparejada ejecución: por eso no hay más sino pagar luego sin apereamiento de remate.*

De nuevo muestra Cervantes conocimientos jurídicos —en este caso de Derecho Procesal Civil— muy por encima de los comunes. Se insta a que el mercader comitente pague el precio estipulado so pena de acudir a subasta encaminada a la enajenación forzosa de sus bienes con los que satisfacer la deuda contraída.

Conceptos de Derecho Civil sucesorio y contractual general

Bien que de pasada, Cervantes hace referencia a determinados conceptos de Derecho Civil sucesorio y contractual general.

Así, la señora Pipota alabando la conducta de la Gananciosa, prostituta de profesión, de darle *dos cuartos* para poner *candelicas* a la virgen y a los santos de su devoción, le dice:

—*Muy bien harás hija, y mira no seas miserable: que es de mucha importancia llevar la persona las candelas delante de sí antes que se muera y no aguardar a que las pongan los herederos o albaceas.*

Por experiencia familiar, además de por sus propios conocimientos jurídicos, sabe bien Cervantes distinguir —aunque en una misma persona se pueden dar ambas condiciones— diríamos hoy con nuestro Código Civil, entre el heredero, esto es el causahabiente o derechohabiente, en definitiva el sucesor (universal) del fallecido, destinatario del patrimonio relicto, total o parcialmente (circunstancias del legado aparte), continuador por tanto de las relaciones jurídicas del causante no extintas con la muerte; distinguir, decíamos, entre el heredero y el albacea, persona ésta normalmente de la confianza del causante encargada de velar por el cumplimiento de lo dispuesto en el testamento entre otras posibles tareas encomendadas no relacionadas o relacionadas, directa o indirectamente con la última voluntad del causante.

* * *

Por otra parte —y como se relató en el Capítulo II sobre la División y Organización del Trabajo— cuando Monipodio no cumple con el delictivo encargo encomendado por el mercader, éste dice:

—*En efecto, conmigo no se ha cumplido como era razón, pero no importa; poco mella me harán los treinta ducados que dejé en señal.*

Utiliza aquí Cervantes el término *señal* (lo hace también por ejemplo en la Novela Ejemplar *La Gitanilla*), para significar lo que en realidad tal expresión significa en el mundo del derecho: parte del precio que se abona por adelantado por una de las partes contratantes para afianzar o asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por la otra. En definitiva, es la entrega a cuenta que —como se vio en el supra mencionado Capítulo— realiza la clientela para que Monipodio y sus rufianes ejecuten el «*Memorial de cuchilladas, palos y agravios*» que han de darse por haber sido contratado.

Capítulo VII

Un episodio de violencia doméstica

Se deja para el final un episodio de la Novela que bien se puede calificar de «violencia doméstica», expresión esta que con Arturo Pérez-Reverte y otros académicos de la Real de nuestra lengua «es más recta y adecuada» que el anglicismo, tan manido últimamente, de «violencia de género». Y lo hacemos por su importancia actual en nuestro país dado su aumento espectacular en los últimos tiempos y porque según estudios de encuesta realizados recientemente, es uno de los problemas

que más preocupa a la población española. Amenazas, agresiones físicas o psíquicas, homicidios o asesinatos constituyen el triste y condenable resultado de esta violencia que, por cierto no es ignorada en *El Quijote* mostrando su preocupación al respecto Teresa Panza (Capítulo V de la Segunda Parte).

En el episodio de la Novela que a continuación se dirá, muestra Cervantes, en el tenor y en el espíritu de la letra, no pocos de los problemas y cuestiones que están en la raíz de esta clase de violencia, y al tiempo acompañándola, le sirven de soporte: normalmente el bajo nivel cultural y económico de agresores y víctimas; el arrepentimiento posterior que en ocasiones muestra o finge mostrar el maltratador; asimismo en ocasiones, la resignación de la víctima acompañada de un sórdido silencio principalmente fruto del miedo; o el perdón de ésta por amor, dependencia económica o psicológica del maltratado o, de nuevo por miedo...

Juliana la Cariharta, *venía descabellada y la cara llena de tolonrones [chichones] y así como entró en el patio [de Monipodio] se cayó al suelo desmayada. Acudieron a socorrerla la Gananciosa y la Escalanta, y desabrochándola el pecho, la hallaron toda denegrida y como magullada.*

Hablando con Monipodio, la Cariharta comenzó a lanzar quejas e impropiedades contra Repolido su *respeto*, por el trato de él recibido.

Y alzándose al instante las faldas hasta la rodilla, y aun un poco más [para mostrar sus carnes], las descubrió llenas de cardenales.

Preguntándole Monipodio cuál podía haber sido la causa de lo que había hecho el Repolido, respondió que no le daba para el juego todo el dinero que él creía que tenía. Y así, prosigue *la Cariharta, esta mañana me sacó al campo... y allí, entre unos olivares, me desnudó, y con la petrina [correa, cinturón] sin excusar ni recoger los hierros... me dio tantos azotes que me dejó por muerta. De la cual verdadera historia son buenos testigos estos cardenales que mirais.*

La Gananciosa tomó la mano a consolarla, diciéndole:

—*Quiero —dijo— que sepas, hermana Cariharta, si no lo sabes, que a lo que se quiere bien se castiga; y cuando estos bellacones nos dan, y azotan, y acocean, entonces nos adoran; si no, confíesame una verdad, por tu vida: después que te hubo Repolido castigado y brumado, ¿no te hizo alguna caricia?*

—*¿Cómo una? —respondió la llorona—. Cien mil me hizo... y aun me parece que casi se le saltaron las lágrimas de los ojos después de haberme molido.*

—*No hay de dudar en eso —replicó la Gananciosa—. Y lloraría de pena de ver cuál te había puesto: que estos tales hombres, y en*

tales casos, no han cometido la culpa cuando les viene el arrepentimiento.

Monipodio que momentos antes había prometido por dos veces a la Cariharta hacerle justicia —y *todos los bravos que allí estaban*— juzga la acción de Repolido como cobarde y delictiva:

- En verdad* —respondió Monipodio— *que no ha de entrar por estas puertas el cobarde envesado [azotado, curtido por los azotes] si primero no hace una manifiesta penitencia del cometido delito.*
 —*¡Ay!* —dijo a esta sazón la Juliana. *No diga vuesa merced, señor Monipodio, mal de aquel maldito: que con cuán malo es, le quiero más que a las telas de mi corazón [lo más profundo e íntimo de éste].*

Al rato llega el Repolido a la casa de Monipodio. Después de una discusión con la Cariharta —que no quería salir a recibirlo— (más ruidosa y aparatosa que real y seria, parece) dijo Monipodio:

- En mi presencia no ha de haber demasías: la Cariharta saldrá no por amenazas, sino por amor mío, y todo se hará bien: que las riñas entre los que bien se quieren son causa de mayor gusto cuando se hacen las paces...*

Como ya se dijo con anterioridad, comenzaron todos a cantar y tocar improvisados y originales instrumentos. Y luego Monipodio dándose gran prisa al meneo de sus tejoletas, dijo:

*Riñen dos amantes: hácese la paz:
 si el enojo, es grande, es el gusto más.*

No quiso la Cariharta pasar su gusto en silencio, porque tomando otro chapín se metió en danza, y acompañó a las demás diciendo:

*Detente, enojado, no me azotes más;
 que si bien lo miras, a tus carnes das.*

- Cántese a lo llano* —dijo a esta sazón Repolido— *y no se toquen estorias pasadas que no hay para qué: lo pasado sea pasado, y tómese otra vereda, y basta.*

* * *

Basta pues, estimados lectores.

FINIS

INSOLVENCIAS PUNIBLES Y LEY CONCURSAL

Fernando Gómez Martín

Auditor y Censor Jurado de Cuentas. Profesor de Derecho Concursal
Universidad de Deusto-Bilbao

Sumario: 1. Insolvencias punibles en el Código Penal de 1995. 2. Doctrina científica. 2.1. Alzamiento de bienes. 2.2. Alzamiento en procesos concursales. 2.3. Delitos concursales. 2.4. Falsedad contable en procesos concursales. 3. Doctrina del Tribunal Supremo. 3.1. Alzamiento de bienes en perjuicio de acreedores (art. 257.1.1.º). 3.2. Actos de disposición patrimonial o generadores de obligaciones obstativos al embargo de bienes (art. 257.1.2.º). 3.3. Actos de disposición de bienes o para contraer obligaciones con la finalidad de eludir responsabilidades civiles *ex delicto* (art. 258). 3.4. Favorecimiento de acreedores (art. 259). 3.5. Insolvencia causada o agravada por el deudor (art. 260). 3.6. Falsedad contable (art. 261). 4. Incumplimiento de deberes contables. 5. Autoría y complicidad. 6. Calificación civil y proceso penal. 7. El Ministerio Fiscal. 8. Concurso de delitos. 9. Prescripción.

Me propongo relacionar las insolvencias punibles con el nuevo concurso de acreedores, regulado en la Ley 22/2003, de 9 de julio, desde la perspectiva contable y financiera, pues su contenido económico es evidente. Para ello, dedicaré la atención al Código Penal de 1995, aprobado por Ley Orgánica núm. 10/1995, de 23 de noviembre, y vigente desde el 24 de mayo de 1996, sin olvidar la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que da nueva redacción a los artículos 259, 260 y 261, para tipificar los delitos de favorecimiento de acreedores, de insolvencia causada o agravada por el deudor y de falsedad contable, respectivamente, en sede concursal.

Cuando el deudor, declarado en concurso, estuviere legalmente obligado a llevar contabilidad (art. 6.3 de la Ley concursal), es decir, si fuese sujeto contable¹, será necesaria la revisión de registros y do-

¹ El concepto de sujeto contable se utiliza con profusión en el Real Decreto 296/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el régimen simplificado de la contabilidad, aunque ya se mencionó en la Disposición final primera Real Decreto 1815/91, de 20 de diciembre, por el que se aprueban las Normas para la formulación de cuentas anuales consolidadas.

cumentos contables *ex art. 75.1.2.º* de la citada Ley, cuya función verificadora se encomienda a la administración concursal, quien podrá apoyarse en auxiliares delegados, si el juez los nombra, y servirá como medio de prueba para la denuncia, entre otros, de los hechos tipificados en el capítulo VII del Título XIII del Libro II del vigente Código Penal.

A la luz de la jurisprudencia y de la doctrina científica consultada, trataré de exponer mi punto de vista, desde la vertiente contable, económica y financiera, con el propósito de destacar su relación con la contabilidad, en la medida que puede servir de apoyo, como medio de prueba, en el esclarecimiento de los tipos regulados en los arts. 257 a 261 del vigente Código Penal.

1. **Insolvencias punibles en el Código Penal de 1995**

En los arts. 259 a 261 se trata de proteger el proceso concursal y se pretende impedir maquinaciones del deudor con los acreedores, para evitar que el deudor defraude a éstos o a los órganos auxiliares de Juez.

El bien jurídico protegido, en el delito de insolvencia, se halla constituido por los derechos de los acreedores a la satisfacción de sus créditos con el patrimonio del deudor, y el contenido del injusto radicará, por tanto, en el peligro o en el daño que tales derechos puedan sufrir a consecuencia de la causación de insolvencia por parte del deudor. Se identifica la insolvencia como estado de hecho, donde el importe de las obligaciones exigibles supera al de los bienes y derechos realizables, y se distingue de la falta de liquidez, para concluir que la cesación en los pagos será el medio normal de manifestación de la insolvencia, aunque no la demostración suficiente, pues un deudor solvente puede dejar de pagar sus obligaciones vencidas.

Conviene detenerse, previamente, en el concepto de insolvencia, desde la óptica mercantil y financiera, que no coincide con el concepto penal, al exigirse, en esta sede, la imposibilidad total o parcial de hacer frente a las obligaciones y que la insolvencia haya sido causada o agravada dolosamente por el deudor para perjudicar a sus acreedores. Las menciones a la insolvencia, en los arts. 258 y 260.1, parece que contemplan situaciones de déficit patrimonial (activo real inferior al pasivo exigible), que determina la insolvencia en el nuevo concurso (art. 2.2: deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles). En cuanto al concepto de crisis económica empresarial, que se contempla como antesala de la insolvencia, con

causas diversas internas o externas, puede relacionarse con la disminución o ausencia de beneficios o, incluso, que se incurra en pérdidas, y como consecuencia directa se produce desequilibrio financiero, que provoca iliquidez y dificulta o impide el cumplimiento de las obligaciones de pago.

Ramos Rubio², después de aclarar que el mencionado Capítulo VII del Título XIII del Libro II del nuevo Código Penal castiga sólo los incumplimientos maliciosos, en ningún caso los incumplimientos debidos a causa fortuita o a la imprudencia o negligencia del deudor, define la insolvencia como la situación o estado de desequilibrio del patrimonio del deudor, cuyos valores realizables no alcanzan a cubrir las prestaciones exigibles, desequilibrio del que se deriva la imposibilidad definitiva de que los acreedores puedan ver satisfechos en su totalidad sus derechos de crédito. Respecto a si los delitos de insolvencia son delitos contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico, se inclina por aceptar que el legislador del nuevo CP, ante la evidencia de que en la mayoría de los delitos que agrupa el Título XIII del Libro II coexisten un atentado a bienes individuales (el patrimonio de la víctima) junto a otro contra bienes colectivos (el orden socioeconómico), se ha visto superado por la dificultad de desentrañar cuál es el predominante en cada caso y ha dejado a jueces y tribunales la tarea de resolver el problema.

Ferrer Barriendos³ estima que el enunciado general de lo que el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 llama «concurso culpable» ha inspirado la nueva regulación de la insolvencia punible en el Código Penal, como categoría única contrapuesta al concurso fortuito, y que es, en esencia, el delito de insolvencia punible tipificado en el art. 260 del CP. Las referencias a «causación o agravación» y la introducción de un concepto jurídico-penal indefinido, como el de «crisis económica», revelan las fuentes donde ha bebido el precepto penal, es decir, en la reforma concursal.

Como he anticipado, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 noviembre, dedica el artículo único a la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777), del Código Penal y, en relación con las insolvencias punibles, se modifican los artículos siguientes:

² RAMOS RUBIO, Carlos, «Las insolvencias punibles en el Código Penal de 1995». *Partida Doble*, núm. 69, julio-agosto 1996, págs. 25-38.

³ FERRER BARRIENDOS, Agustín, «Repercusiones concursales en el nuevo Código Penal», en *Derecho Concursal II* (Cuadernos de Derecho Judicial). Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996, págs. 582-583.

Octogésimo noveno. Se modifica el artículo 259, que queda redactado como sigue:

«Será castigado con la pena de uno a cuatro años de prisión y multa de 12 a 24 meses, el deudor que, una vez admitida a trámite la solicitud de concurso, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los administradores concursales, y fuera de los casos permitidos por la Ley, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, privilegiados o no, con posposición del resto».

Nonagésimo. Se modifica el artículo 260, que queda redactado como sigue:

«1. El que fuere declarado en concurso será castigado con la pena de prisión de dos a seis años y multa de ocho a 24 meses, cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre. 2. Se tendrá en cuenta para graduar la pena la cuantía del perjuicio inferido a los acreedores, su número y condición económica. 3. Este delito y los delitos singulares relacionados con él, cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre, podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del proceso civil y sin perjuicio de la continuación de éste. El importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa. 4. En ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso civil vincula a la jurisdicción penal».

Nonagésimo primero. Se modifica el artículo 261, que queda redactado como sigue:

«El que en procedimiento concursal presentare, a sabiendas, datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquél, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años y multa de seis a doce meses».

Disposición final quinta.

«La presente Ley Orgánica entrará en vigor el día 1 de octubre de 2004, con excepción de la disposición final primera, la disposición final segunda, la disposición final tercera y la disposición final cuarta, que entrarán en vigor el día siguiente al de la publicación de esta Ley Orgánica en el Boletín Oficial del Estado, y de los apartados octogésimo octavo, octogésimo noveno y nonagésimo del artículo único, que modifican los artículos 259, 260 y 261 del Código Penal, que entrarán en vigor el mismo día en que lo haga la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal» [1 de septiembre de 2004].

2. Doctrina científica

Vives Antón y González Cussac⁴ ofrecen una amplia visión sobre las insolvencias punibles, así como la obra dirigida por Quintero Olivares⁵ y la de Muñoz Conde⁶. Otros autores, a los que aludiré oportunamente, han publicado sus estudios sobre esta materia.

Las aportaciones doctrinales permiten deducir que el Código Penal de 1995 comporta una profunda transformación en la regulación de la insolvencia punible, que ya no se incluye dentro de las defraudaciones, sino en un título independiente, dedicado a los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, en el que quedan las insolvencias como la nota común de los alzamientos y concursos, de tal forma que las insolvencias son el género, mientras que alzamientos y concursos son especies del mismo. Se delimita, con mayor precisión, la intervención punitiva, relegando al ámbito del Derecho privado los supuestos en que la pena es innecesaria, reformulando algunos tipos preexistentes, creando nuevos y suprimiendo otros. Este giro político-criminal se traduce en una mayor autonomía del Derecho Penal, al fijarse sus propios presupuestos materiales y de orden procesal, es decir, se abandona la norma penal en blanco y se desvincula del proceso civil (al parecer relativamente, según veremos), desapareciendo toda distinción entre sujetos que sean comerciantes o no lo sean.

La insolvencia se clasifica en dos tipos: contable (insuficiencia o incapacidad patrimonial) y aparente (ocultación de bienes), aunque la insolvencia contable no se considera verdadera insolvencia, es decir, que insolvencia no es igual a activo inferior al pasivo exigible (desbalance), pues los valores realizables del activo pueden resultar superiores a las obligaciones pendientes de cumplimiento. Otra categoría de insolvencia se vincula con el alzamiento de bienes, que entraña un *contradictio in terminis*, pues si el deudor puede hacer frente a sus obligaciones con el patrimonio realizable, no hay insolvencia, y, si no puede, sí la hay.

Garberí Llobregat⁷ estudia la clasificación de los delitos en atención a sus condiciones de perseguibilidad y distingue: delitos públicos,

⁴ VIVES ANTÓN, T.S. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Comentarios al Código Penal de 1995*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, vol. II, págs. 1272-1303.

⁵ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y otros, *Comentarios al nuevo Código Penal*. Pamplona, Aranzadi, 1996, págs. 1174-1194.

⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal-Parte especial*. 11.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, págs. 406-411.

⁷ GARBERÍ LLOBREGAT, José, «Derecho penal de la empresa (delitos económicos + delitos societarios): aspectos procesales». *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 345, año VIII, 4 de junio de 1998, págs. 1-4.

privados y semipúblicos (o, si se prefiere, semiprivados). De su lectura parece deducirse que los encuadrados en el Capítulo VII del Título XIII, dedicado a las insolvencias punibles, son delitos públicos y, consecuentemente, su persecución resulta inexcusable, con independencia de la particular voluntad de *vindicta* o de «retribución» del sujeto pasivo. Esto permite que el Ministerio Fiscal pueda y deba ejercitar la acción penal e instar la incoación del correspondiente proceso penal, en el cual podrán comparecer los acreedores en calidad de «acusadores particulares», espontáneamente o previo el oportuno ofrecimiento de acciones, e incluso cualquier ciudadano en ejercicio de la acción popular. Más frecuente será que los administradores concursales formulen denuncia o deduzcan la correspondiente querrela, en las que intervendrá la representación del Ministerio Público.

Maza Martín⁸ considera:

«...aun cuando... el nuevo Código ha consagrado la independencia sistemática de las insolvencias punibles respecto de las figuras clásicas de defraudación (estafa y apropiación indebida, esencialmente), nos movemos en el ámbito de las defraudaciones, en las que, obligadamente, cierta forma de engaño ha de estar presente, aunque no desempeñe el papel rector de la acción que ostenta en la estafa, como ejemplo prototípico de conducta punible defraudatoria».

Después de tratar sobre el concepto civil y mercantil de la insolvencia, se detiene en la insolvencia punible, que

«adjetiva una mera situación, correspondiente a la esfera de las relaciones crediticias, para identificar ciertos supuestos de conductas que desembocan en aquélla, pero incluyendo elementos intencionales y de otro tipo que, haciéndolas reprochables, llegan incluso... a desnaturalizar, en el ámbito de lo penal, aquel concepto inicial, restringiéndolo, en algunas ocasiones, tanto como excediéndolo, en otras.... es una insolvencia a la que se llega a causa (importancia de la relación de causalidad) de una concreta conducta fraudulenta del deudor y, a partir de la vigencia del nuevo Código Penal, siempre intencionada en este sentido... la distorsión del concepto “civil” de la insolvencia, que se opera a la hora de su significación para el Derecho Penal, no sólo restringe aquél, reduciéndolo estrictamente a la insuficiencia patrimonial provocada (o agravada) voluntariamente en fraude del acreedor, sino que, en sentido inverso, también se extiende a supuestos de la que se conoce como “insolvencia aparente”, es decir, a la que no es real, sino que tan sólo supone la sustracción ficticia de bienes del patrimonio del deudor,

⁸ MAZA MARTÍN, José Manuel, «Las insolvencias punibles», en *Empresa y Derecho Penal (I)*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial (*Cuadernos de Derecho Judicial*), 1999, págs. 271-272- 273-280-281-283-286.

mediante actos fiduciarios, para provocar una mera apariencia de imposibilidad para la satisfacción de la deuda, cuando, en realidad, el deudor cuenta con bienes suficientes para ello».

Analiza, seguidamente, las novedades del CP de 1995, entre las que destaca

«un cambio de criterio legislativo de primer orden, es el de la desvinculación de la norma penal respecto de la civil y mercantil, en esta materia... Sin que ello, por supuesto, pueda hacernos creer que esa desvinculación va más allá de los puntos que la propia reforma operada explícita, pues, obviamente, la necesidad de análisis de los aspectos civiles, mercantiles, etc., del soporte fáctico del delito, seguirá, aún de forma substancialmente distinta en muchos extremos, estando presente... Otra innovación de una trascendencia muy superior de la que, a primera vista, pudiera apreciarse, es la de la extensión del ámbito de estos delitos, en lo que a los créditos impagados se refiere... En efecto, hasta hoy se venía entendiendo que la figura del alzamiento de bienes sólo resultaba de aplicación para el caso de insolvencia ante la obligación de hacer frente a créditos de carácter privado. Por lo que quedaban fuera de la protección que este tipo delictivo pudiera dispensar tanto las obligaciones de pago derivadas de la imposición de una sanción (penal o administrativa), cuanto las tributarias o aquellas otras existentes frente a la Seguridad Social, por ejemplo... Y ya, como última novedad relevante digna de ser reseñada... lo dispuesto en el inciso segundo del apartado 2 del art. 260, cuando dice que “El importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa”, que viene a prescribir, normativamente, lo que, en la práctica, ya era en tantas ocasiones realidad».

2.1. Alzamiento de bienes

Presentan destacado interés los delitos tipificados en los citados arts. 257 y 258, relativos al alzamiento de bienes en perjuicio de acreedores (delitos de peligro, según la doctrina mayoritaria⁹, aunque no faltan autores que lo encasillan como delito de resultado), dada su relevancia en la antesala del concurso de acreedores, pese a que estos tipos penales no se encuentren vinculados directamente a los procesos concursales, salvo la mención del art. 257.3: «3. Este delito será perseguido aun cuando tras su comisión se iniciara una ejecución concursal». Si concurre esta circunstancia, podrá reputarse concurso culpable *ex art. 164.2.4.º* de la Ley Concursal. Respecto de la modalidad de alzamiento regulada en el art. 519 del anterior CP, en el vigente se tipifican

⁹ MAZA MARTÍN, José Manuel, *op. cit.*, págs. 290-291. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *Los delitos de quiebra*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pág. 28.

dos nuevas conductas: el alzamiento procesal o procedimental del art. 257.1.2.º y el alzamiento para eludir la responsabilidad civil derivada del delito, regulada en el art. 258 del CP.

Bueren¹⁰ matiza que la equiparación actual, tanto para el comerciante como para el no comerciante, conlleva una sanción más severa del alzamiento de bienes y ya no tiene relevancia alguna quién es el acreedor ni cuál es el origen o la naturaleza de la deuda cuyo pago se trata de eludir. Se trata de un delito de lesión, no de peligro, y exige dolo directo, por lo que queda fuera el dolo eventual¹¹. Así se declara en el Fundamento de Derecho Primero de la sentencia de la AP de Valencia, de 13.01.1999.

Según Muñoz Conde¹²:

«El alzamiento de bienes, al igual que las demás insolvencias punibles, en principio, es una infracción patrimonial. En él se da esa doble vertiente de “lucro propio y detrimento ajeno”, característica de las infracciones patrimoniales de enriquecimiento. La referencia expresa a los “acreedores” en el núm. 1 del apartado 1 del art. 257 demuestra que son los derechos de éstos, el objeto directo de protección en este delito. Es el patrimonio, pues, el bien jurídico protegido en el delito de alzamiento de bienes, y más concretamente “el patrimonio de los acreedores”...»

Por lo que respecta a las conductas castigadas como alzamiento de bienes, en el art. 257 del Código Penal, cabe distinguir tres supuestos que pueden afectar a distintos bienes jurídicos:

- *Enajenar u ocultar bienes, antes de que los acreedores hayan entablado ningún procedimiento de ejecución contra ellos.*
- *Enajenar u ocultar bienes, una vez que se haya entablado por los acreedores un procedimiento de ejecución contra ellos.*
- *Enajenar u ocultar bienes, una vez pronunciada sentencia firme de ejecución contra ellos, o éstos estuvieran ya embargados o puestos bajo su custodia en depósito...*

Todo lo dicho en relación con los anteriores supuestos, también es aplicable, por tanto, a todos los casos de responsabilidades civiles provenientes de delito, que ahora prevé expresamente el art. 258...».

¹⁰ BUEREN RONCERO, Carlos, «Insolvencias punibles». *II Jornadas Nacionales sobre el Derecho Concursal*. Centro de Estudios Superiores Jurídico-Empresariales. Madrid, 25 de marzo de 1998, pág. 4.

¹¹ Para que concurra ha de darse la conjunción de dos elementos: a) Que el sujeto activo prevea como altamente probable que de su conducta pueda derivarse un resultado anti-jurídico (elemento intelectual del dolo); y, b) Que, ello no obstante, aun sin querer directamente causar dicho resultado, al menos lo acepte en su fuero interno (elemento volitivo).

¹² MUÑOZ CONDE, Francisco, «El bien jurídico protegido en el delito de alzamiento de bienes», en *Empresa y Derecho Penal (II)*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial (Cuadernos de Derecho Judicial), 1999, págs. 232-264.

Dado que los tipos penales *ex art. 257* pueden perseguirse desvinculados de los procedimientos concursales, cuando fueren descubiertos después de iniciarse un proceso concursal, se cuestiona si la administración concursal viene obligada a denunciar la posible existencia de alzamiento de bienes por el deudor, al conocer hechos causantes de este presunto delito, en el ejercicio de sus funciones de verificación patrimonial (masa activa). Estimo que la respuesta será afirmativa, pero ¿ante el juzgado de primera instancia al que sirven o en el juzgado de instrucción? La prudencia aconseja ponerlo en conocimiento del juez que dirige el concurso, en solicitud de que acuerde su traslado al Ministerio Fiscal o deduzca testimonio para el Juzgado de Instrucción, por si procediese la apertura de causa penal contra el responsable. En efecto, los artículos 259 y ss. de la LECr. regulan la denuncia, que es una obligación de cualquier ciudadano (salvo alguna excepción) y, especialmente, en aquellos que por sus cargos, profesiones u oficios tuvieran noticia de algún delito público, hasta el punto de que el incumplimiento de la obligación deriva en sanción. La formalización de la misma puede hacerse ante cualquier clase de autoridad (policía, fiscal, juez de guardia o juez civil), sin que tenga especial transcendencia o interés para el denunciante, por cuanto que es un problema de competencia funcional o territorial, que en nada afecta al mismo y, en todo caso, la autoridad receptora de la denuncia trasladará la misma a quien fuera competente.

Los órganos auxiliares del procedimiento concursal mercantil, es decir, la administración concursal, deben comprobar el cumplimiento de la legislación contable y verificar las cuentas anuales o estados financieros intermedios, de cuya función revisora pueden deducir si se han ocultado, hecho desaparecer o transmitido a terceros bienes propios del deudor, con la finalidad de no satisfacer los derechos de los acreedores. En definitiva, pueden investigar si se ha producido segregación de bienes del patrimonio del deudor, cuyo resultado es que el acreedor ha sido privado de las garantías de su crédito y el deudor conserva su patrimonio, aunque ocultándolo.

Bueren¹³ estudia el delito de alzamiento en sus distintas modalidades:

«La conducta típica descrita en el art. 257-1.1.º CP consiste en alzarse con sus bienes en perjuicio de los propios acreedores. De lo anterior se desprende la exigencia de cuatro elementos: una relación jurídica obligacional, un ánimo defraudatorio, una modalidad de conducta y un resultado de insolvencia».

¹³ BUEREN RONCERO, Carlos, *op. cit.*, págs. 8-10.

Uría Fernández¹⁴ aborda, entre otras cuestiones, el concurso del delito de alzamiento de bienes *ex art. 257 CP* con otras insolvencias punibles, así como el alzamiento *ex art. 258* respecto de los créditos tributarios y su devengo.

2.2. Alzamiento en procesos concursales

El art. 259 del CP sanciona el supuesto de realización de cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones para favorecimiento de acreedores o anticipación de pagos, como se ha venido denominando en la doctrina y jurisprudencia, con posposición de otros.

Se trata de un delito que exige el requisito de que el producto obtenido (del acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones) se haya destinado a pagar a uno o varios acreedores, preferentes o no, con posposición del resto. La excepción sobre casos permitidos por la ley puede ser causa de desorientación, pues desconozco ley alguna que permita tales actos sin autorización judicial y, si existiera, no encuentro sentido a su mención expresa, pues parece más seguro que quien obra legalmente no incurre en delito. He pensado en los acreedores con derecho de ejecución separada, aunque la Ley concursal restringe el tradicional derecho de ejecución separada *ex art. 55*, con la excepción del art. 76.3 (titulares de créditos con privilegio sobre buques y aeronaves), así como en los actos previstos en el art. 40.7¹⁵, cuando la administración concursal los haya convalidado o confirmado. La doctrina consultada considera que forma parte de la descripción del tipo y quiere decir que es un elemento que debe ser probado, lo que se lleva a cabo, sin esfuerzo, ante la sola ausencia de norma legal que permita lo que el tipo penal castiga. Ahora bien, al estar integrado en el tipo quiere decir que sería atípica la acción descrita cuando «*sea permitido por la ley*». El legislador quizá haya querido referirse a supuestos de bienes inembargables, personalísimos, parafernales de la esposa del concursado, etc.

¹⁴ URÍA FERNÁNDEZ, FRANCISCO, «La protección penal de los derechos de crédito de la Hacienda Pública: el delito de alzamiento de bienes ¿Novedades en el Código Penal de 1995?», *Crónica Tributaria*, núm. 80/1996, págs. 115-131.

¹⁵ «*Los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en este artículo [autorización de la administración concursal, caso de intervención, o sustitución por la misma, en supuestos de suspensión] sólo podrán ser anulados a instancia de la administración concursal y cuando ésta no los hubiese convalidado o confirmado*».

González Cussac¹⁶ observa:

«... si se acepta que el bien jurídico protegido es el derecho de los acreedores a la satisfacción de sus créditos de conformidad a la preferencia establecida, ha de aceptarse la posibilidad de la responsabilidad criminal del acreedor beneficiado, a título de partícipe. Siempre que, naturalmente, exista inducción, cooperación necesaria, o complicidad, lo que implica conocimiento de la situación concursal y de la preferencia de pago, y voluntad de infringirla en beneficio propio».

Añade:

«... cabe la posibilidad que la autoridad judicial o los órganos del proceso universal [administradores concursales] otorguen una autorización ilícita al deudor, para que anticipe el pago a ciertos acreedores y en perjuicio del resto. En estos casos, hay que distinguir tres grandes grupos de supuestos. Uno primero en el que incluiríamos hipótesis donde no existe acuerdo, pacto o consilium fraudis con el deudor ni con los acreedores beneficiados. El segundo, donde efectivamente se demostrara la existencia de una confabulación entre el juez o los órganos auxiliares y los acreedores privilegiados. Y tercero, cuando en el acuerdo hubiera intervenido el deudor y los garantes del proceso universal. En ninguno de los dos primeros casos podrá aplicarse nunca alguno de los delitos comprendidos en el Capítulo VII, incluido el artículo 259. La razón es muy sencilla: sin la intervención del deudor no puede existir autor, y consiguientemente tampoco podrá haber hecho principal (insolvencia). En realidad el deudor efectúa el pago con la autorización del juez o de los órganos, luego nunca podrá darse el tipo del artículo 259, pues concurre un elemento negativo del mismo. Y tampoco actuará el deudor con ánimo de perjudicar a los demás acreedores, pues más bien actúa “engañado” o cuanto menos de buena fe. Descartado en ambos casos la apreciación de un delito de insolvencia, queda por averiguar si pueden responder penalmente en calidad de otros títulos. En efecto, al margen de la anulación de los acuerdos ilícitos y de la restitución del orden jurídico, los jueces podrían responder como autores de delitos de prevaricación, dolosa o imprudente (arts. 446 y siguientes); cohecho (arts. 419 y siguientes); o malversación de caudales públicos (arts. 432 y siguientes). Si ha existido acuerdo con los acreedores beneficiados, además del posible delito de cohecho, podrían responder en calidad de partícipes en el delito especial de funcionario. Siempre naturalmente han de considerarse las reglas generales del error. En el caso que sean los órganos auxiliares los que tomen el acuerdo ilícito, sin participación judicial, y con independencia del

¹⁶ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, «Insolvencias punibles», en *Suspensión de pagos, quiebra e insolvencias punibles: doctrina, jurisprudencia y formularios*, Juan Hernández Martí (coordinador). Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, vol. III, págs. 2117-2120.

acuerdo con los acreedores beneficiados, se plantea el problema acerca de su condición de funcionarios públicos. Si la respuesta fuera positiva, incluso podrían responder por prevaricación de autoridad o funcionario (art. 404) y también por cohecho (arts. 419 y siguientes). Y si la conducta se calificara de apropiación indebida sería de aplicación el artículo 438... Pero si no se considera funcionarios a los órganos auxiliares, que es la interpretación dominante y probablemente la más correcta, podrían ser castigados por el tipo común de apropiación indebida (art. 252) o de malversación de caudales de conformidad a lo expresamente dispuesto para estas personas en el artículo 435.3.º... El tercer grupo de casos, es el que más nos interesa, pues abarca los supuestos donde el juez o los órganos auxiliares, de acuerdo con el deudor, y probablemente con los acreedores beneficiados, autorizan ilícitamente el anticipo de pagos. Aquí lo determinante es constatar la existencia de un auténtico comportamiento de autor por parte del deudor. Si así se constata, nada impedirá considerar al juez o a los órganos auxiliares como partícipes, bien sea a título de inducción o de cooperación necesaria. Más difícil resulta pensar en la responsabilidad a título de complicidad simple, pues es obvio que sin la ilícita autorización del juez o de los órganos auxiliares, no se hubiera podido cometer de este modo el delito. Además, tendrá que considerarse si la actuación de éstos puede integrar algunos de los delitos de funcionarios, falsedades, o apropiación indebida antes referidos. Por lo que se refiere a los acreedores privilegiados, si ha existido acuerdo con el deudor y los garantes de la par conditio creditorum, nada impide su responsabilidad por cualquiera de los títulos de partícipe. Por último, ha de advertirse que para que exista participación criminal en el delito del artículo 259, desde luego tendrá que estar admitida a trámite la solicitud de concurso. De modo que aquí existe una nueva condición temporal que afecta tanto a los autores como a los partícipes. Por eso se ha dicho que basta con la admisión a trámite, aunque esté recurrida, si luego se confirma (Ocaña Rodríguez)».

Se tipifica el alzamiento singular en los procedimientos de ejecución colectiva, según Conde-Pumpido¹⁷, como tutela de la *pars conditio creditorum*, y estudia la responsabilidad civil de estos delitos de alzamiento, para poner de manifiesto que la obligación cuyo pago se elude es preexistente y mantiene su eficacia tras la ejecución del delito, por lo que reconocer su existencia y condenar en vía penal a una indemnización, cuyo importe fuera el valor de la prestación de la obligación impagada, nada agregaría al *statu quo ante*. Por ello, lo único que puede hacer desaparecer las consecuencias del delito es el reponer la

¹⁷ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, «Las insolvencias punibles en el nuevo Código Penal». Ponencia presentada en las Jornadas sobre *Responsabilidades en el nuevo Código Penal. Delitos societarios*, organizadas por Eurotraining. Madrid, 26 y 27 de noviembre de 1996.

situación patrimonial del deudor al momento previo al alzamiento de bienes, a través de la nulidad de los negocios jurídicos realizados como mecanismos fraudulentos, para que los bienes afectos a la responsabilidad patrimonial sean los existentes en aquel momento. Se destaca que aunque el alzamiento se debata en sede penal, tiene naturaleza civil, por lo que rigen los principios del ordenamiento jurídico privado, para la nulidad del acto o negocio jurídico que fue el mecanismo del alzamiento de bienes, a saber: a) principios dispositivos y de rogación; b) respecto a los derechos de terceros de buena fe, que tendrán derecho a ser oídos. Sólo cabe la nulidad cuando todas las partes intervinientes estén confabuladas (*consilium fraudis*). Este delito de alzamiento singular (favorecimiento de acreedores o anticipación de pagos) puede dar lugar a la existencia de cómplices, que el nuevo Código Penal, en su art. 28, considera también autores, por su cooperación necesaria para la ejecución con un acto sin el cual el delito no se hubiera efectuado.

Alonso¹⁸ destaca que, en el caso de los cómplices, se produce en el nuevo Código Penal una agravación de la situación respecto de la anterior, pues en el anterior el cómplice era castigado con una pena inferior a un grado al autor, y el nuevo Código Penal, en su art. 28, considera también autores a los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado, siendo evidente, por tanto, que el acreedor que celebra un concierto particular con el deudor en los supuestos previstos en el art. 259, tiene la condición de autor, por cuanto sin él no es posible la comisión del delito, y, en consecuencia, será también reo del delito previsto en ese artículo y recibirá la misma pena que el deudor. Por este motivo, el nuevo Código Penal no dedica, como el antiguo, una regulación especial a los cómplices, en la medida en que su conducta se encuentra perfectamente inmersa en la prevista para el concurso (art. 166 de la Ley Concursal).

La expresión «...una vez admitida a trámite la solicitud de concurso...», resolución que solamente se pronuncia en caso de concurso necesario, según el art. 15¹⁹ de la Ley Concursal, no en el voluntario, puede llevar a confusión, debido a que la estructura del tipo parece querer exigir que los actos de disposición que castiga deben ser cometidos teniendo el deudor conocimiento de la pendencia de un procedimiento de concurso y, por tanto, cuando le sea notificada su declaración (arts. 14.1 y 21.5 de la Ley Concursal).

¹⁸ ALONSO, José M.ª, «Las insolvencias punibles», *Revista Dirección y Progreso-APD*, núm. 146, julio 1996, pág. 113.

¹⁹ «1. Cuando la solicitud hubiera sido presentada por cualquier legitimado distinto al deudor, el juez dictará auto admitiéndola a trámite...»

El descubrimiento y denuncia de este ilícito penal corresponde, en particular, a la administración concursal, consecuencia de sus funciones de verificación (arts. 40²⁰, 43²¹, 45²², 71²³ y 82²⁴ de la Ley Concursal).

2.3. Delitos concursales

El art. 260 sanciona el fraude en las situaciones de insolvencia concursal, es decir, cuando la crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre. Se trata de un delito de resultado, que requiere el perjuicio a los acreedores y no es un delito de enriquecimiento. Delito de lesión, por tanto, y no de peligro. Delito doloso que excluye la imprudencia.

Ferrer Barriendos²⁵ considera que el elemento objetivo del tipo presupone la previa declaración judicial y no basta, por tanto, que se dé

²⁰ «1. En caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad. 2. En caso de concurso necesario, se suspenderá el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales...».

²¹ «Conservación y administración de la masa activa. 1. En el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, se atenderá a su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso. A tal fin, los administradores concursales podrán solicitar del juzgado el auxilio que estimen necesario. 2. Hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, no se podrán enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa sin autorización del juez. 3. Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior los actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, en los términos establecidos en el artículo siguiente».

²² «Libros y documentos del deudor. 1. El deudor pondrá a disposición de la administración concursal los libros de llevanza obligatoria y cualesquiera otros libros, documentos y registros relativos a los aspectos patrimoniales de su actividad profesional o empresarial. 2. A solicitud de la administración concursal, el juez acordará las medidas que estime necesarias para la efectividad de lo dispuesto en el apartado anterior».

²³ «1. Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta».

²⁴ «1. La administración concursal elaborará a la mayor brevedad posible un inventario que contendrá la relación y el avalúo de los bienes y derechos del deudor integrados en la masa activa a la fecha de cierre, que será el día anterior al de emisión de su informe. En caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en el inventario la relación y el avalúo de los bienes y derechos privativos del deudor concursado, así como las de los bienes y derechos gananciales o comunes, con expresa indicación de su carácter».

²⁵ FERRER BARRIENDOS, Agustín, *op. cit.*, pág. 552.

una situación económica de insolvencia, sino que requiere el estado jurídico de insolvencia, que determina su declaración.

Según Bueren Roncero²⁶, para que la conducta típica del art. 260.1 quede configurada se requiere que la actuación se haya llevado a cabo dolosamente, englobando el dolo tanto los casos de dolo directo como los de dolo eventual, y que se haya producido un perjuicio. Dicho perjuicio representa un doble papel, ya que, por un lado, es el resultado del delito y, por otro lado, es situación típica determinante de la penalidad, de forma que si no se produce el perjuicio, la conducta no será penada, razón por la cual la tentativa resulta impune. La actuación dolosa a la que se ha aludido puede consistir tanto en la causación como en la agravación de la insolvencia.

Respecto a lo que debe entenderse bajo el término «agravación», el Tribunal Supremo ha señalado, en sentencia de 12 de febrero de 1997:

«El tipo penal, tal como ha sido precisado en la doctrina, no sólo se da cuando las operaciones dolosas han causado la quiebra, sino también cuando las mismas han agravado la situación crítica de la entidad mercantil. Por agravación de ésta se debe entender el perjuicio injustificado de la masa de acreedores. En este sentido, es preciso señalar que la Ley Penal y su complemento normativo mercantil (art. 890 C. de C.), no requiere un mínimo de perjuicio patrimonial».

Introduce este artículo 260, en su apartado 1, el término de «crisis económica», concepto jurídico indeterminado, a no ser que se mencione como sinónimo de insolvencia, que para la doctrina mercantil y financiera presenta matices diferenciados. El concepto de insolvencia no es unívoco, pues se extiende a zonas imprecisas que van desde no pagar (sobreser en el cumplimiento de las obligaciones) hasta no poder pagar, total o parcialmente, por carecer de patrimonio neto (activo inferior al pasivo exigible), es decir, por pérdida total del capital social (descapitalización, que no desbalance). Respecto a las expresiones «crisis económica» e «insolvencia» del referido art. 260, la conjunción «o» (*situación de crisis económica o la insolvencia*), en este y otros casos del CP, invita a considerar sinónimos los conceptos de crisis económica e insolvencia, y que se producen, en general, cuando el importe de las obligaciones exigibles resulte superior, en un momento dado, al de los bienes y derechos que sean realizables, pues aun admitiendo que no sean conceptos sinónimos (desde el punto de vista gramatical, que no jurídico) parece obvio que no toda crisis económica empresarial (disminución de beneficios, crecimiento, producto, mercado, etc.) acarrea

²⁶ BUEREN RONCERO, Carlos, *op. cit.*, pág. 11.

el incumplimiento de obligaciones, luego la conclusión puede ser que el término «crisis económica» trata de abarcar toda la casuística que se produce, pero siempre dentro de los límites del tipo, es decir, el concurso, englobándolo en el concepto genérico señalado, cuando el importe de las obligaciones exigibles sea superior al de los bienes y derechos realizables, y que puede manifestarse en las dificultades de pago a acreedores (insolvencia).

Bueren²⁷, después de destacar que este art. 260 recoge el tipo básico de los delitos concursales, expone que el resultado de la actuación debe ser la insolvencia o crisis económica del deudor, exigiéndose un nexo causal entre el comportamiento doloso y la producción del resultado, de tal forma que por «insolvencia» cabe entender aquella situación en la que el importe de las obligaciones exigibles superara al de los bienes y derechos realizables, mientras que el término «crisis económica» constituye un concepto indeterminado cuya interpretación se deja al juez, lo cual es criticable atendidos los principios imperantes en el ámbito penal, principalmente el de legalidad. Considero que se ha pretendido asimilar «crisis económica» con iliquidez o insolvencia provisional e «insolvencia» con descapitalización o ausencia de recursos propios.

El concepto de «crisis económica» fue definido correctamente, a mi juicio, en el Anteproyecto de Ley Concursal²⁸, en los términos siguientes: «estado patrimonial que lesione o amenace gravemente el interés de los acreedores a la satisfacción normal y ordenada de sus créditos». Aunque se plantea como mera hipótesis, es de temer que los redactores de esta Ley Penal (nuestros parlamentarios, aunque más bien me inclino por los prelegisladores) hayan podido tener a la vista el citado Anteproyecto, cuyo art. 300 determina:

«Se calificará como culpable (el concurso) cuando en la producción o agravación de la crisis económica haya existido dolo o culpa grave del deudor persona física, de sus representantes legales, en su caso, o, tratándose de personas jurídicas, de sus administradores o liquidadores»;

y, en el art. 301:

«Se presumirá la existencia de dolo o culpa grave, sin posibilidad de prueba en contrario:... 2.º Cuando (el deudor) se hubiese alzado con todo o parte de sus bienes».

²⁷ BUEREN RONCERO, Carlos, *op. cit.*, pág. 11.

²⁸ Redactado por la Ponencia Especial y revisado y aprobado por la Sección de Derecho Mercantil, con la colaboración de las Secciones de Derecho Civil y Derecho Procesal, de la Comisión General de Codificación; publicada por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1983.

El Borrador del referido Anteproyecto de Ley Concursal presentado por la Comisión Codificadora, en septiembre de 2000, al Ministerio de Justicia, dispone en el art. 163:

«1. El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho».

La Propuesta de Reforma de Ley Concursal²⁹ en el art. 205.3 señala:

«El concurso se calificará como culpable, además, en los siguientes casos: 1.º Cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones con la finalidad de retrasar, dificultar o impedir la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución que se hubiera iniciado o fuera de previsible iniciación».

El Borrador del Anteproyecto de Ley Concursal de la Comisión General de Codificación presentado en septiembre de 2000, así como el Anteproyecto de Ley preparado por el Ministerio de Justicia, con fecha 7 de septiembre de 2001, al igual que el Proyecto de Ley aprobado por el Consejo de Ministros, en sesión celebrada el 5 de julio de 2002, en el art. 163, dispone:

«1. El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho. 2. En todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos:... 4.º Cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto con efectos patrimoniales que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación».

Sin modificación alguna, durante el debate parlamentario, el mismo texto recoge la nueva Ley Concursal en el art. 164.

En los arts. 1.º y 9.º del referido Anteproyecto de 1983 se establece como presupuesto objetivo para la declaración del concurso la situación de crisis económica del deudor común y se especifican los hechos

²⁹ Redactada por el Profesor Angel Rojo Fernández-Río. Suplemento al Boletín de Información núm. 1768, de 15.02.1996, del Ministerio de Justicia.

reveladores de dicha situación. Esta posibilidad se apunta por el profesor Nieto Martín³⁰:

«...¿cuándo puede decirse que una empresa está en crisis económica? Hasta ahora poseemos dos conceptos económicos que pueden servirnos de introducción al concepto de crisis: “sobreendeudamiento” (desbalance) e “iliquidez”. No obstante, es posible encontrar otra expresión, que habitualmente se utiliza en el derecho concursal, que nos acerca con mayor precisión al núcleo del concepto de crisis: “la amenaza de lesión a los intereses de los acreedores”. Es más, si se realiza una interpretación auténtica del art. 260 esta última es la noción a la que el legislador probablemente quiere remitirnos con el empleo del término “crisis económica”. En efecto, si escudriñamos en la génesis del art. 260 del CP vemos cómo el concepto de crisis económica está tomado de los trabajos preparatorios del Anteproyecto de Ley Concursal de 1983. El art. 260 del CP procede, casi sin modificaciones, del art. 256 del Proyecto de CP de 1980. Precepto que a su vez es reflejo del art. 300 del Anteproyecto de Ley Concursal de 1983: “El concurso se calificará de culpable o fortuito. Se calificará como culpable cuando en la producción o agravación de la crisis económica haya existido dolo o culpa grave del deudor...”. Es cierto que entre ambos preceptos existen diferencias, pero aquí me interesa reseñar una coincidencia fundamental: la utilización del concepto de crisis económica. Pues bien, este término, era definido en el art. 9 del Anteproyecto de Ley Concursal como equivalente a: “amenaza de lesión de los intereses de los acreedores”...».

Una cuestión de tiempos verbales, en el mentado art. 260, dificulta su comprensión, dado el lenguaje penal, cuando se refiere a que la situación de crisis económica o insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre, y parece comprender temporalmente cualquier momento, anterior o posterior a la tramitación del proceso concursal, aunque durante ésta será más difícil, por virtud de la limitación de facultades al deudor concursado o su suspensión *ex* citado art. 40. Puede entenderse que agravar significa profundizar en la insolvencia. Se excluyen, al exigirse el dolo, las causadas o agravadas de manera fortuita o imprudente, y la determinación de cuándo hay dolo corresponde a los Tribunales, pero podrá presumirse su existencia cuando concurren alguno de los supuestos tasados en el citado art. 164.1³¹ de la Ley concursal.

³⁰ NIETO MARTÍN, Adán, *El delito de quiebra*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, págs. 167-170.

³¹ «El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho».

Ferrer Barriendos³² analiza las cuestiones planteadas e interpreta que la expresión «situación de crisis económica» puede que no contenga elemento valorativo alguno, limitándose a referirse a la «situación» de hecho, sin más sentido de trascendencia jurídica, salvo la inevitable advertencia de que el Código Penal no se refiere a situaciones de hecho «preconcursoales», sino a estados jurídicos ya declarados, según se desprende en enunciado inicial del mismo precepto, por lo que sería incoherente hablar de «situación de crisis económica o insolvencia» como algo distinto de un concurso de acreedores formalmente declarado. Coincide en la posibilidad de que la expresión «situación de crisis económica» sea el resultado de un poco cuidadoso trasplante de lo que dice el art. 300 del Anteproyecto de Ley Concursal, en su redacción por la Comisión de 1983. Curiosamente aquella redacción es uno de los aspectos significados de cambio de criterio en la definición que contiene la propuesta de Anteproyecto del profesor Rojo en 1995, al excluir la referencia a «estado de crisis económica» y referirse exclusivamente a la causación o agravación de la «insolvencia». Si realmente fuera el resultado de aquel trasplante del precepto citado del Anteproyecto de 1983, con la idea de que sirviera como punto referencial, de «momento» para la jurisprudencia y en su día por remisión a un texto concursal nuevo, se considera poco adecuado, pues el Anteproyecto de 1983 parte precisamente de una perspectiva de máxima anticipación de la intervención procesal en los estados de crisis económica y, consecuentemente, los actos concretos que tipifica como definitorios de la situación de «estado de crisis económica» no son los más adecuados para servir de soporte a la reacción penal. En todo caso, no sería acertada la interpretación de remitirse a estas circunstancias del anteproyecto concursal, porque la idea del legislador penal es la de crear un tipo amplio caracterizado por el dolo, pero no un tipo en blanco de remisión a un texto no vigente. Concluye su razonamiento y entiende que la expresión «la situación de crisis económica o la insolvencia» debería referirse esencialmente a aquellas situaciones de hecho que producen lo que habitualmente se denomina «iliquidez y/o insolvencia» y que el legislador penal ha intentado referirse a la realidad de las situaciones, con independencia de las calificaciones jurídicas.

Sobre participación de extraños (*persona que actúe en su nombre*), González Cussac³³ analiza el concepto de inducción, cooperación necesaria o complicidad, y se detiene en la contribución de un asesor, que

³² FERRER BARRIENDOS, Agustín, *op. cit.*, págs. 555-558.

³³ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, «Insolvencias punibles», *op. cit.*, vol. III, págs. 2185-2186.

«consiste sólo en asesorar y no en efectuar otras actividades o ejercer además otras facultades. Ocurre, sin embargo, que dada la complejidad de las relaciones económicas y jurídicas características del tráfico mercantil, no siempre resultará sencillo trazar una nítida diferencia entre las labores de asesoramiento y la realización de otros actos, generalmente “en nombre y representación” del deudor. De ahí que en ocasiones las facultades de los profesionales sean múltiples. Y quizás por esta razón, en la mayoría de las veces nos encontraremos en el ámbito del artículo 31 del Código Penal, con lo cual, la complejidad de la estructura de ciertas sociedades, puede aumentar, modificar o derivar la solución. Pero en principio, está fórmula legal, se refiere exclusivamente a los autores y no a los partícipes, por lo que su tratamiento es indiferente hacerlo aquí o al estudiar el citado precepto. Un criterio orientativo, o cuanto menos a considerar, será si el asesor o profesional desempeña su labor desde fuera de la estructura social, o por el contrario se encuentra integrado en la plantilla de la empresa. Difícilmente puede hablarse de inducción dentro de las tareas propias de un asesor, ya sea interno o externo. Porque el artículo 28 del Código Penal requiere de una inducción directa a ejecutar los hechos constitutivos de delito. Esto es, determinar al deudor a la realización de la insolvencia, creándole la voluntad criminal. Recuérdese que la llamada incitación al deudor que ya ha resuelto o decidido cometer la quiebra (omnimodo facturus), no es auténtica inducción. En cualquier caso, como expresamente ha declarado la jurisprudencia, la responsabilidad criminal de los asesores a título de partícipes, no exonera de responsabilidad al deudor, esto es, al verdadero autor (S. de 5 de mayo de 1994). En lo relativo a la responsabilidad a título de cooperación necesaria o simple complicidad, debe hacerse desde dos consideraciones. La primera, referida sobre todo a los asesores o profesionales vinculados formalmente a las estructuras sociales, pasa por descartar su actuación a título de autor. Para ello habrá que atender a sus funciones y competencias, tanto en sentido formal, como en sentido material, para descartar que en realidad actúen como administradores de derecho o de hecho, y por tanto en régimen de coautoría. Igualmente deben descartarse los casos donde el asesor o profesional es manejado como un instrumento completamente ciego, que se comporta sin voluntad alguna. Nos encontraríamos ante hipótesis de autoría mediata».

En el descubrimiento y denuncia de este presunto delito, la administración concursal puede acopiar pruebas deducidas del ejercicio de sus funciones revisoras de la gestión económica del deudor, a través de la contabilidad, y será el órgano jurisdiccional penal quien establecerá qué actuaciones considera determinantes para causar o agravar dolosamente la situación de crisis económica o la insolvencia.

El citado art. 164.1 de la Ley Concursal califica de culpable la conducta del deudor por el mismo hecho que el art. 260.1 tipifica el delito

de insolvencia punible, lo que permite deducir que cuando se califique el concurso culpable por dicha causa, podrá deducirse testimonio para el Juzgado de Instrucción, por si se hubiese incurrido en dicho ilícito penal.

En el apartado 2 del art. 260 se mencionan términos imprecisos para graduar la pena: cuantía del perjuicio inferido a los acreedores, su número y condición económica, que quedará al arbitrio judicial, previo dictamen pericial, si así se acuerda.

En el apartado 3 del art. 260 se deroga tácitamente el art. 896 del C. de C., ahora expresamente derogado por la Ley Concursal, al permitir se persiga este delito y otros singulares relacionados con él, sin esperar a la conclusión del proceso civil.

En el nuevo concurso de acreedores, queda clara la independencia de ambas jurisdicciones, según la exposición de motivos:

«Los efectos de la calificación se limitan a la esfera civil, sin trascender a la penal ni constituir condición de prejudicialidad³⁴ para la persecución de las conductas que pudieran ser constitutivas de delitos. La ley mantiene la neta separación de ilícitos civiles y penales en esta materia».

El inciso final del apartado 3 del art. 260 establece que el importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse a la masa, y ello será posible: a) si se condena a los administradores de sociedades mercantiles; b) cuando se tratase de un empresario individual, en particular, si alcanzare mejor fortuna, pues todos sus bienes integran la masa activa del concurso; y, c) si se condenare a los cómplices de estos delitos.

Ferrer Barriendos³⁵ entiende que la operatividad del proceso penal, una vez liberado de la traba del presupuesto de procedibilidad, va a constituir un mecanismo que superará o completará, tanto en la satisfacción de sentimientos vindicativos de los acreedores, como en utilidad patrimonial, a las actuales regulaciones de la sección de calificación y también la de reintegración de la masa el concurso, significando que muchas de las acciones rescisorias y de impugnación del art. 71 y

³⁴ «Artículo 189. Prejudicialidad penal. 1. La incoación de procedimientos criminales relacionados con el concurso no provocará la suspensión de la tramitación de éste. 2. Admitida a trámite querrela o denuncia criminal sobre hechos que tengan relación o influencia en el concurso, será de competencia del juez de éste adoptar las medidas de retención de pagos a los acreedores inculcados u otras análogas que permitan continuar la tramitación del procedimiento concursal, siempre que no hagan imposible la ejecución de los pronunciamientos patrimoniales de la eventual condena penal».

³⁵ FERRER BARRIENDOS, Agustín, *op. cit.*, pág. 560.

siguientes de la Ley concursal están basadas en circunstancias de hecho (simulaciones, confabulaciones), que quedan bajo la órbita de preceptos penales concretos o que constituyen agravación de la insolvencia, y que, por vía responsabilidad civil derivada de la acción penal, podrán volver a la masa en condiciones más eficaces.

En el apartado 4 del art. 260 se declara la independencia del orden civil y penal, cuando establece que la calificación de la insolvencia en el orden civil no vincula a la jurisdicción penal, al igual que dispone el art. 163.2³⁶ de la Ley Concursal. Según el magistrado Bueren³⁷, esto implica un avance significativo para los acreedores respecto de la situación anterior, en la que el acreedor defraudado tenía que esperar durante años para poder perseguir en vía penal al deudor insolvente.

2.4. *Falsedad contable en procesos concursales*

El art. 261 castiga la falsedad contable o falsedades instrumentales y puede lograr se eviten algunos fraudes procesales, si consigue salir al paso del abuso que cunde, a veces, en el escenario judicial, al sancionar la presentación de datos falsos relativos al estado contable, más bien documentos contables, que integran las cuentas anuales (balance, cuenta de pérdidas y ganancias y memoria) o estados financieros intermedios, cuando se acompañan a la solicitud de declaración de concurso, es decir, puede cometerse antes de la declaración de concurso, al provocar indebidamente su inicio.

González Cussac³⁸ observa:

«... ha de señalarse que el artículo 261 tiene una evidente naturaleza “falsaria”, esto es, que responde a la idea de simulación. Se castiga pues, al sujeto que presenta como auténtico o verdadero, algo que no lo es. Aquí consiste en presentar como verdaderos determinados datos contables que no lo son; o sea, simular que son ciertos... Por tanto, se castiga faltar a la verdad en la contabilidad, plasmarlo documentalmente y presentarlo a las personas encargadas de declarar el concurso.... Para terminar de afinar la naturaleza del artículo 261, es necesario mostrar su similitud con la llamada «estafa procesal», como así ha sido indicado por la doctrina (Nieto Martín). Esta se contiene ahora en el artículo 250.2.º, sancionando cualquier comportamiento realizado con engaño y ánimo de lucro, tendente a inducir a error a un

³⁶ «La calificación no vinculará a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal que, en su caso, entiendan de actuaciones del deudor que pudieran ser constitutivas de delito».

³⁷ BUEREN RONCERO, Carlos, *op. cit.*, pág. 14.

³⁸ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, «Insolvencias punibles», *op. cit.*, vol. III, págs. 2280-2281.

juez, para que como consecuencia del mismo, dicte una resolución injusta, que comportará un acto de disposición patrimonial en perjuicio de tercero. Aquí, el engaño ha de consistir precisamente en la simulación de un pleito, de forma que se subvierta la naturaleza del proceso (Vives Antón/González Cussac: “Comentarios...”, vol. II; y SS de 7 de junio de 1989; 23 de febrero de 1990 y 30 de noviembre de 1992). Y en verdad son muchos los rasgos comunes entre ambas disposiciones, como ocurre con la nota esencial de instrumentalizar a un juez, mediante la consabida secuencia de engaño, error, declaración judicial, acto de disposición patrimonial, y perjuicio a terceros. Ahora bien, también existen diferencias esenciales entre ambas normas. Porque además de las peculiaridades ya apuntadas del artículo 261 (ámbito, contabilidad y finalidad específica), hay que destacar otras dos. La primera, que en ninguna clase de insolvencia existe acto de disposición del patrimonio ajeno, sino que por su naturaleza, el sujeto activo comete la infracción a través de su propio patrimonio, lesionando así el derecho de crédito de los acreedores. Y segundo, que aquí el engaño no consiste necesariamente en la simulación de un pleito, esto es, en un fraude que subvierta la naturaleza del proceso, sino que el engaño radica justamente en la presentación de datos contables falsos».

Maza Martín³⁹ concreta:

«El agente del delito será, en principio, el deudor que pretende su propia declaración concursal... Sin embargo, hay que tener en cuenta que, como el delito consiste en el uso del documento falso, la conducta de quien llevara a cabo esa falsedad, si no lo hiciera en connivencia con el deudor, no pudiendo, por lo tanto, ser considerado copartícipe de la infracción, resultará impune, al tratarse de una mera “falsedad ideológica”. Algún autor se plantea la posibilidad de que también fueren sujetos activos de esta figura los acreedores, que perseguirían forzar al deudor al abono de su deuda, ante la “amenaza” del procedimiento concursal. Aunque esa hipótesis es, en principio, rechazada por la mayor parte de la doctrina, tal posibilidad, a mi juicio, bien excepcional en la práctica, encajaría perfectamente en la descripción típica del precepto, por lo que considero que no puede excluirse totalmente».

Este precepto, según comenta Ramos Rubio⁴⁰, constituye una novedad relativa en el nuevo CP y trae a la memoria, de nuevo, el Anteproyecto de Ley Concursal⁴¹, cuyo art. 302 señala:

³⁹ MAZA MARTÍN, José Manuel, *op. cit.*, págs. 331-332.

⁴⁰ RAMOS RUBIO, Carlos, *op. cit.*, pág. 37.

⁴¹ ANTEPROYECTO DE LEY CONCURSAL, Madrid, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, 1983.

«En el concurso de un empresario se presumirá, además, la existencia de dolo o culpa grave... 3.º. Cuando hubiese cometido falsedad en la contabilidad o en la relación de acreedores y demás documentos que hubiera aportado al concurso».

El requisito de la finalidad, destacado en este art. 261: *«lograr indebidamente la declaración de aquél»*, requiere un análisis más detenido, salvo que se relacione con los arts. 6.3 y 7 de la Ley Concursal.

González Cussac⁴² comenta:

«... la presentación de datos falsos ajenos a la contabilidad no constituye el objeto de esta figura, por lo que deberán aplicarse las reglas generales. De conformidad a la legislación mercantil, la expresión legal ha de entenderse referida exclusivamente a la valoración de las partidas contables, a los libros de contabilidad y a las cuentas de activo y pasivo (Moreno Verdejo). Es indiferente que estos datos falsos contables afecten a la situación financiera, fiscal o empresarial (Quintero Olivares). Se ha destacado en este sentido, la importancia de la contabilidad, que se consagra en las exigencias legales que rodean la documentación que ha de presentarse en el marco de un procedimiento concursal... Todo ello pues, pone de manifiesto la transcendencia de la contabilidad, y especialmente de su elemento más representativo que es el balance. De ahí la necesidad que sea ajustado a la realidad (Sagrera Tizón). Por tanto, el concepto de “estado contable” no se extiende a la memoria, ni tampoco a las certificaciones del consejo de administración. Su falsificación y presentación deberá sancionarse, en su caso, conforme a los artículos 392 y 396 respectivamente».

Maza Martín⁴³ puntualiza:

«La conducta típica consiste en la presentación de datos falsos, de carácter contable y consignados documentalmente, en procedimiento de concurso. Por lo tanto, lo sancionado no es la confección del documento con contenido falso, sino su uso, presentándolo en un procedimiento civil, de las clases dichas.... Esos datos contenidos en el documento deberán ser además efectivamente falsos, por lo que no estaremos ante este delito cuando se trate, tan sólo, de meras discrepancias contables. Por otro lado, la falsedad ha de constar en verdaderos documentos de contabilidad (especialmente los balances), por lo que su incorporación en otros, como, por ejemplo, las memorias a aportar por el deudor o las proposiciones de pago, no constituye delito. Sí que lo sería, por contra, la inclusión, en el pasivo de la ejecución colectiva, de créditos inexistentes. Imprescindible asimismo es que el autor de la conducta conozca la falsedad de lo que presenta, pues, expresamente,

⁴² GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, «Insolvencias punibles», *op. cit.*, vol. III, págs. 2284-2285.

⁴³ MAZA MARTÍN, José Manuel, *op. cit.*, págs. 332-333.

la norma incluye la frase “a sabiendas”. Por lo que no son posibles las formas culposas.... La presentación habrá de efectuarse, en todo caso, antes de la declaración de la situación de ejecución colectiva. La aportación de datos falsos posterior a este momento quedará fuera de la descripción del artículo comentado».

En el nuevo concurso de acreedores, cuando el deudor estuviera obligado legalmente a llevar contabilidad, deberá presentar determinados documentos contables *ex art.* 6.3 y, si hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud, es causa de calificación de concurso culpable, como presunción absoluta, según el art. 164.2.2.⁴⁴ de la Ley Concursal. Sin embargo, considero que si los acreedores instantes de la solicitud de concurso necesario de su deudor presentasen datos falsos relativos al estado contable (extractos de cuenta, documentos de las cuentas anuales: balance, cuenta de pérdidas y ganancias y memoria) para lograr indebidamente aquella declaración, pueden incurrir en el delito tipificado en este art. 261. No obstante, González Cussac⁴⁵ mantiene el criterio de que el sujeto activo puede ser cualquiera que tenga capacidad para presentar datos falsos en un procedimiento de quiebra, concurso o suspensión y que el tipo requiere que éste sea necesariamente el deudor, pues sólo él está inmerso en un procedimiento concursal y sólo él puede aportar datos sobre su estado contable. Es decir, que de acuerdo a la legislación mercantil, sólo el deudor aparece obligado a presentar la contabilidad de sus negocios, de modo que la conducta típica de presentar datos falsos, sólo puede cometerse por quien normativamente tiene la obligación de hacerlo. De esta forma la autoría queda estrechamente vinculada y determinada por la descripción de la conducta típica. De ahí que si sólo el deudor está obligado a presentar su contabilidad, sólo él puede presentarla, luego sólo el deudor puede ejecutar directamente el hecho típico. En conclusión, para ser autores en sentido estricto (art. 28 primero CP) debe poseerse la condición de deudor. Como quiera que sólo puede ser cometido por el deudor, conforma un delito especial, en el que han de tenerse presentes las reglas generales aplicables a esta clase de infracciones. En cualquier caso, al tratarse de un delito «especial propio», sólo podrá hablarse de «autoría» si el sujeto ostenta la condición de

⁴⁴ «2. En todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos:... 2.º Cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos».

⁴⁵ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, «Insolvencias punibles», *op. cit.*, vol. III, pág. 2290.

deudor. De igual forma, únicamente existirá «coautoría», si además de la ejecución conjunta y del acuerdo de voluntades, todos los sujetos poseen la condición de deudores. Quienes no la tengan, responderán en su caso como partícipes. Y, del mismo modo, «la autoría mediata» se dará exclusivamente en los supuestos en los que el sujeto cualificado, esto es, el deudor, se sirva de un sujeto no cualificado o *extraneus*, como instrumento para realizar el tipo. Pero nunca podrá estimarse en el caso contrario.

Además, se ha planteado la posibilidad de que se castigue a los administradores concursales, si incluyesen datos falsos relativos al estado contable del deudor en el informe que vienen obligados a emitir, *ex art.* 75 de la Ley Concursal. Me parece más seguro descartar tal posibilidad, pues el art. 261 del C. Penal considera solamente autor al deudor. Otra cosa es que los órganos auxiliares concursales puedan incurrir en delitos de falso testimonio *ex arts.* 459 y 460 del C. Penal, si faltaren a la verdad maliciosamente en su dictamen o la alterare con reticencias, inexactitudes o silenciando hechos o datos relevantes que les fueran conocidos.

Bueren⁴⁶ realiza la exégesis del art. 261 CP:

«Introduce... la estafa procesal contable. Surge así un delito de estructura falsaria que precisa de la concurrencia de cuatro requisitos: la existencia de un procedimiento concursal, la presentación dolosa de datos falsos relativos al estado contable del deudor, que la conducta se haya realizado “a sabiendas” y la finalidad típica, consistente en la obtención indebida de la declaración concursal. El primer requisito, la existencia de un procedimiento concursal, se cumple con la declaración de concurso, declaración que adopta la forma de auto. Segundo, el término “presentar” hace referencia a la incorporación al proceso de los datos falsos relativos al estado contable, datos cuya falsedad presupone la comisión de un delito de falsedad en documento mercantil contemplado en el art. 392 CP. En tercer lugar, la conducta debe cometerse “a sabiendas”, i.e., el conocimiento del agente debe abarcar la condición de falsos de los datos presentados, incluyéndose tanto el dolo directo como el eventual. En cuarto y último lugar, se requiere que la conducta persiga una finalidad típica, por lo que sólo en el caso de perseguirse el fin descrito, la conducta resulta punible; así, nos hallamos ante un elemento subjetivo del tipo. Esta finalidad típica consiste en la obtención indebida de la declaración del estado concursal. El adjetivo “indebida” alude a la manipulación de los datos que provoca una aparente situación de insolvencia...».

⁴⁶ BUEREN RONCERO, Carlos, *op. cit.*, págs. 11-12.

Las funciones de la administración concursal permitirán poner de relieve, tras la revisión de la contabilidad del deudor, si se han dado los requisitos del tipo castigado por el art. 261 del CP.

3. Doctrina del Tribunal Supremo

Acudiré a la jurisprudencia, propiamente dicha, sobre las insolvencias punibles tipificadas en el nuevo Código Penal, por lo que he recopilado, con la ayuda del profesor Fernández Teruelo⁴⁷, las sentencias del Tribunal Supremo que resuelven sobre los artículos 257 a 261 del vigente Código Penal, para seleccionar algunas que considero más relevantes y acotarlas.

3.1. Alzamiento de bienes en perjuicio de acreedores (art. 257.1.1.º)

—STS (Sala de lo Penal), de 12.03.2001:

«Fundamentos de Derecho. Quinto. 2. El delito de alzamiento de bienes constituye una infracción del deber de mantener íntegro el propio patrimonio como garantía universal en beneficio de cualquier acreedor (artículo 1911 del Código Civil). Aparece sucintamente definido en los artículos 519 CP/1973 y 257.1.º CP/1995 que utilizan dos expresiones muy ricas en su significación, conforme han sido reiteradamente interpretadas por la Doctrina y por la jurisprudencia de esta Sala: “alzarse con sus bienes” y “en perjuicio de sus acreedores”. Prescindiendo del concepto tradicional que tuvo en nuestra historia, referido al supuesto de fuga del deudor con desaparición de su persona y de su patrimonio, en la actualidad alzamiento de bienes equivale a la sustracción u ocultación que el deudor hace de todo o parte de su activo de modo que el acreedor encuentra dificultades para hallar bienes con los que poder cobrarse. Tal ocultación o sustracción, en la que caben modalidades muy diversas, puede hacerse de modo elemental apartando físicamente algún bien de forma que el acreedor ignore dónde se encuentra, o de modo más sofisticado, a través de algún negocio jurídico por medio del cual se enajena alguna cosa en favor de otra persona, generalmente parientes o amigos, o se constituye un gravamen o se sustrae algún elemento del activo patrimonial de modo que se impide o dificulta la posibilidad de realización ejecutiva, bien sea tal negocio real, porque efectivamente suponga una transmisión o gravamen verdaderos pero fraudulentos, como sucede en los casos tan frecuentes de

⁴⁷ FERNÁNDEZ TERUELO, Javier G., Profesor de Derecho Penal. Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo.

donaciones de padres a hijos, bien se trate de un negocio ficticio que, precisamente por tratarse de una simulación, no disminuye en verdad el patrimonio del deudor, pero en la práctica impide la ejecución del crédito porque aparece un tercero como titular del dominio o de un derecho que obstaculiza la vía de apremio.

La expresión “en perjuicio de sus acreedores” que utilizan los mencionados artículos ha sido siempre interpretada por la Doctrina de esta Sala, no como exigencia de un perjuicio real y efectivo en el titular del derecho de crédito, sino en el sentido de intención del deudor que pretende salvar algún bien o todo su patrimonio en su propio beneficio o en el de alguna otra persona, obstaculizando así la vía de ejecución que podrían seguir sus acreedores. De tal expresión así entendida se deducen tres consecuencias: 1.ª Han de existir uno o varios derechos de crédito reales y existentes, aunque puede ocurrir que, cuando la ocultación o sustracción se produce, todavía no fueran vencidos o fueran ilíquidos y, por tanto, aún no exigibles, porque nada impide que, ante la perspectiva de una deuda, ya nacida pero todavía no ejercitable, alguien realice un verdadero y propio alzamiento de bienes; 2.ª La intención de perjudicar al acreedor o acreedores constituye un elemento subjetivo del tipo; 3.ª Se configura así este tipo penal como un delito de tendencia en el que basta la intención de perjudicar a los acreedores mediante la ocultación que obstaculiza la vía de apremio, sin que sea necesario que esta vía ejecutiva quede total y absolutamente cerrada, ya que es suficiente con que se realice esa ocultación o sustracción de bienes, que es el resultado exigido en el tipo, pues el perjuicio real pertenece, no a la fase de perfección del delito, sino a la de su agotamiento.

La jurisprudencia de esta Sala viene exigiendo ese resultado para la consumación de este delito utilizando la expresión insolvencia y la doctrina encuadra esta infracción junto con los delitos de quiebra y concurso bajo la denominación de insolvencias punibles, criterio sistemático que acoge nuestro Código Penal vigente al incluir todos ellos en el mismo Capítulo VII del Título XIII del Libro II CP bajo la denominación “De las insolvencias punibles”, de modo semejante al CP/1973. Conviene precisar que como resultado de este delito no se exige una insolvencia real y efectiva, sino una verdadera ocultación o sustracción de bienes que sea un obstáculo para el éxito de la vía de apremio. Y por eso las sentencias de esta Sala, que hablan de la insolvencia como resultado del alzamiento de bienes, siempre añaden los adjetivos total o parcial, real o ficticia (sentencias de 28.05.1979, 29.10.1988 y otras muchas), porque no es necesario en cada caso hacerle la cuenta al deudor para ver si tiene o no más activo que pasivo, lo cual no sería posible en muchos casos precisamente por la actitud de ocultación que adopta el deudor en estos supuestos.

Desde luego no se puede exigir que el acreedor, que se considera burlado por la actitud de alzamiento del deudor, tenga que ultimar el

procedimiento de ejecución de su crédito hasta realizar los bienes embargados (sentencia de 6.05.1989), ni menos aun que tenga que agotar el patrimonio del deudor embargándole uno tras otro todos sus bienes para, de este modo, llegar a conocer su verdadera y real situación económica. Volvemos a repetir: lo que se exige como resultado en este delito es una efectiva sustracción de alguno o algunos bienes, que obstaculice razonablemente una posible vía de apremio con resultado positivo y suficiente para cubrir la deuda, de modo que el acreedor no tiene la carga de agotar el procedimiento de ejecución, precisamente porque el deudor con su actitud de alzamiento ha colocado su patrimonio en una situación tal que no es previsible la obtención de un resultado positivo en orden a la satisfacción del crédito.

Por lo tanto, producida la ocultación de bienes con intención probada de impedir a los acreedores la ejecución de sus derechos, ya no es necesario ningún otro requisito para la existencia de este delito. Ahora bien, es incompatible este delito con la existencia de algún bien no ocultado y conocido, de valor suficiente y libre de otras responsabilidades, en situación tal que permitiera prever una posible vía de apremio de resultado positivo para cubrir el importe de la deuda, porque en ese caso aquella ocultación no era tal y resultaba inocua para los intereses ajenos al propio deudor y porque nunca podría entenderse en estos supuestos que el aparente alzamiento se hubiera hecho con la intención de perjudicar a los acreedores, pues no parece lógico estimar que tal intención pudiera existir cuando se conservaron otros elementos del activo patrimonial susceptibles de una vía de ejecución con perspectivas de éxito.

En conclusión, el concepto de insolvencia, en cuanto resultado necesario exigido para el delito de alzamiento de bienes, no puede separarse de los adjetivos con los que la jurisprudencia de esta Sala lo suele acompañar, total o parcial, real o ficticia, y debe referirse siempre a los casos en los que la ocultación de elementos del activo del deudor produce un impedimento o un obstáculo importante para una posible actividad de ejecución de la deuda, de modo tal que sea razonable prever un fracaso en la eventual vía de apremio. En definitiva, algo que se encuentra ínsito en el mismo concepto de alzamiento de bienes en perjuicio de los acreedores y que no puede constituir un elemento del tipo nuevo a añadir a la definición del artículo 257.1.1.º del Código Penal actual (519 CP anterior), salvo que se entienda en la forma antes puesta».

—STS (Sala de lo Penal), de 10.05.2001:

«Fundamentos de Derecho. Unico. Partiendo de los hechos probados, a los que necesariamente nos hemos de ceñir dada la vía en realidad elegida por el recurrente, de ellos se puede inferir que si bien el primero de los requisitos (deuda líquida, vencida y exigible) queda reflejado en la narración fáctica (aunque pudiera ser dudoso desde otras

perspectivas), lo que entendemos no concurren son los otros dos elementos, el objetivo de haberse creado una situación de insolvencia y el subjetivo del dolo específico de defraudar. Así tenemos:

- a) Según se dice en el último párrafo de los hechos probados, el acusado reconoció desde el principio su deuda, habiéndola saldado antes del inicio del juicio, lo que provocó el apartamiento del deudor del procedimiento. No cabe duda que esto por sí solo no evita la comisión del delito, sino únicamente la aplicación, según acordó la Sala de instancia, de la atenuante 5.ª del artículo 21 del Código Penal (reparación del daño). Ahora bien, si nos fijamos en el contenido de la propia sentencia y en el examen de los autos en lo que aquí interesa, según nos permite el artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, podemos llegar a la conclusión que esa restitución efectuada, sobre todo su modo de realizarla, nos pone de relieve que no existió verdadera ocultación del patrimonio para evitar el embargo de los bienes y, por tanto, que en el momento de llevarse a cabo esa medida el deudor no se hallaba en situación de insolvencia, ni total, ni parcial. No otra cosa significa que para realizar el pago de la deuda en cantidad nada despreciable (casi quince millones de pesetas) no necesitó acudir, ni a préstamos, ni a moratorias, ni a avales de clase alguna. Además hay que añadir que el embargo resultó fallido respecto a unas concretas participaciones sociales de las que había sido propietario el acusado, pero es casi seguro (por lo indicado) que tal resultado no se hubiera producido si el acreedor hubiera perseguido o señalado otros bienes pertenecientes al deudor que, lógicamente, existían.*
- b) De todo ello también cabe inferir que el requisito subjetivo de la intencionalidad no se puede apreciar en la acción llevada a cabo por el inculpado para colocarse en insolvencia en perjuicio del acreedor, pues ello no puede inferirse de la venta de unas acciones o participaciones en diversas sociedades cuando su patrimonio era más amplio y susceptible de responder adecuadamente de lo debido».*

—STS (Sala 2.ª) 27.11. 2001:

Desestima el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto contra la sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid condenando a los recurrentes. Expone la Sentencia que, hoy, el delito de alzamiento de bienes consiste en una actuación sobre los propios bienes destinada a mostrarse, real o aparentemente insolvente, parcial o totalmente, frente a todos o frente a parte de los acreedores, con el propósito directo de frustrar los créditos que hubieran podido satisfacerse sobre dichos bienes. Como resultado de este delito no se exige una insolvencia real y efectiva, sino una

verdadera ocultación o sustracción de bienes que sea un obstáculo para el éxito de la vía de apremio. Por tanto, producida la ocultación de bienes con intención probada de impedir a los acreedores la ejecución de sus derechos, y el resultado de insolvencia, ya no es necesario acreditar ningún otro requisito para la existencia del delito. El concepto de insolvencia, según la Sala, en cuanto resultado necesario exigido para el delito de alzamiento de bienes, no puede separarse de los adjetivos total o parcial, real o ficticia, y debe referirse siempre a los casos en los que la ocultación de elementos del activo del deudor produce un impedimento importante para una posible actividad de ejecución de la deuda, de modo que sea razonable prever un fracaso en la eventual vía de apremio.

—STS (Sala de lo Penal), de 15.11.2002:

«Fundamentos de Derecho. Tercero. Es doctrina reiterada de esta Sala (cfr. Sentencias 14 de noviembre de 1999 [RJ 1999\8711], 23 de septiembre de 1998 [RJ 1999\8711] y 28 de febrero de 1996 [RJ 1996\1331], entre otras muchas) que el delito de alzamiento requiere para poder ser estimado la concurrencia de los siguientes elementos: a) la existencia de un derecho de crédito por parte del acreedor y, en consecuencia, de unas obligaciones dinerarias por parte del deudor, generalmente vencidas, líquidas y exigibles; b) la ocultación, enajenación real o ficticia, onerosa o gratuita de los propios bienes, o cualquier otra actividad que sustraiga los bienes citados al destino solutorio al que se hallan afectos; c) situación de insolvencia, total o parcial, real o aparente del deudor, consecuencia de dicha actividad; y d) concurrencia de un elemento subjetivo tendencial, consistente en la intención de causar perjuicio al acreedor, intención que excede del resultado típico, ya que el alzamiento es un delito de mera actividad, perteneciendo el perjuicio real a la fase de agotamiento del delito. Y de modo bien patente concurren los anteriores elementos en el caso que examinamos: está perfectamente acreditado que el acusado tenía pendiente el pago del crédito que le fue concedido por la entidad que ejerce la acusación particular como igualmente resulta acreditado que el único bien con el que podía hacer frente al pago de esa deuda lo enajena, junto a su esposa, a favor de la madre de esta última, para evitar afrontar esa deuda en cuanto quedaba en situación de insolvencia. Es perfectamente lógica y acorde con las reglas de la experiencia la inferencia alcanzada por el Tribunal de instancia acerca del ánimo tendencial de ambos acusados de causar un perjuicio a los derechos de crédito que correspondían a la entidad acreedora. El Tribunal de instancia razona con acierto sobre la pluralidad de indicios que le han permitido alcanzar esa convicción que deja reflejada en el relato de hechos que se declaran probados.

Quinto. La declaración de nulidad de los negocios jurídicos celebrados por el deudor que se alza con sus bienes en perjuicio de sus

acreedores es una consecuencia del vicio de la voluntad de que adolecen al estar impulsados por la decisión de dar cobertura lícita a un propósito delictivo que no es otro que defraudar las legítimas aspiraciones de los acreedores de hacerse pago con la totalidad de los bienes en virtud del principio de responsabilidad universal proclamado en el Código Civil. Existe una voluntad simulada cuyo único propósito es deshacerse del patrimonio con objeto de impedir u obstaculizar la aprehensión de los bienes como cobertura del pago en metálico de las obligaciones contraídas. La consecuencia lógica de todo ello, como ya se ha dicho, es la nulidad de los negocios jurídicos transmisivos y así se viene declarando de manera constante por la jurisprudencia de esta Sala (Cfr. Sentencia de esta sala de 8 de julio de 1992 [RJ 1992\6147]).

Es asimismo constante doctrina de esta Sala, como son exponentes, entre otras, las Sentencias de 4 noviembre 1981 (RJ 1981\4289), 3 diciembre 1983 (RJ 1983\6764), 11 junio 1984 (RJ 1984\3539), 14 diciembre 1985 (RJ 1985\6326), 19 enero 1988 (RJ 1985\6326) y 27 enero 1990, 16 marzo (RJ 1992\2274) y 12 junio 1992 (RJ 1992\5213) y 26 de marzo de 1993 (RJ 1993\2584), que la responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes no debe comprender el montante de la obligación que el deudor quería eludir, debido a que esta obligación no nace del delito y porque la consumación de esta figura delictiva no va unida a la existencia de lesión o perjuicio patrimonial, sino a la colocación en un estado de insolvencia en perjuicio de los acreedores; por ello, lo que procede es la restauración del orden jurídico alterado por las acciones simuladas de venta de fincas declarando la nulidad de las escrituras públicas de compraventa de las fincas vendidas por los procesados, así como la cancelación de las respectivas inscripciones en el Registro de la Propiedad, reponiendo las fincas vendidas a la situación jurídica en que se encontraban en la fecha de los respectivos contratos, reintegrando al patrimonio del deudor los bienes indebidamente sacados del mismo, sin perjuicio de que los acreedores puedan ejercitar las acciones correspondientes para la efectividad de su crédito.

En el supuesto que examinamos, la transmisión del inmueble se realizó en fraude del acreedor y mediante actos viciados en cuanto, como señala la propia sentencia de instancia, se estableció un precio ficticio y no consta que ni siquiera se hubiera entregado, ni se produjo la transmisión real de la vivienda, y el Tribunal sentenciador expone que ello supone un negocio con causa ilícita que es nulo de pleno derecho y que no produce efecto alguno y la responsabilidad civil, acorde con la doctrina que se ha dejado antes expresada, entraña la restauración del orden jurídico y económico alterado por la conducta delictiva de los acusados y consecuentemente la nulidad de la venta realizada por los dos cónyuges condenados a la madre de la esposa, sin que pueda alegarse indefensión por parte de la compradora que ha sido parte en la causa y que ha podido ejercitar sus acciones, oponiéndose a esa declaración de responsabilidad civil, sin que sea óbice para esa declaración

el que la compradora no haya sido condenada penalmente, y sin olvidar que la declaración de nulidad no empece a los derechos de crédito que pudiera ostentar contra su hija y yerno, limitándose la responsabilidad civil a un pronunciamiento de nulidad de la venta e inscripción en el registro, anulando los actos jurídicos patrimoniales que los acusados provocaron con su conducta delictiva y reintegrando así al patrimonio del deudor los bienes ilícitamente extraídos del mismo mediante tales actos viciados, ya que la declaración penal de la existencia del delito y del propósito defraudatorio nos sitúan ante un acto revestido de apariencia válida pero viciado por aplicación de las normas generales de la validez de los contratos (artículo 1261 del Código Civil [LEG 1889\27]) y más concretamente al estar afectado por una causa ilícita, lo que ocasiona la imposibilidad de surtir efecto alguno (artículo 1.275 del Código Civil)».

3.2. Actos de disposición patrimonial o generadores de obligaciones obstativos al embargo de bienes (art. 257.1.2.º)

—STS (Sala de lo Penal), de 22.06.1999:

«Fundamentos de Derecho. Segundo. Infracción del art. 519 CP/1973. La Audiencia excluyó el dolo típico de este delito por las razones expuestas en el fundamento jurídico cuarto. Sin embargo, de ninguno de los argumentos de la Audiencia surge que los acusados ignoraran que mediante la venta realizada provocaban formalmente su insolvencia y a la vez frustraban la ejecución de las ejecuciones de las acciones del Banco. Dicho con otras palabras: al transferir la finca a su hija los acusados sabían que frustraban la posibilidad normal de su ejecución y que de esa manera, además, detraían del patrimonio una garantía de sus deudas con sus acreedores. Este conocimiento es suficiente para la configuración del dolo del tipo del art. 519 CP/1973 (art. 257.2.º Código Penal). Por el contrario, la Audiencia ha partido de un concepto de “dolo específico” que se refiere, en realidad, a un cierto propósito de defraudar diverso del dolo en sí mismo. El tipo del alzamiento de bienes no requiere tal propósito, dado que el autor que conoce los elementos del tipo objetivo ya tiene todo el conocimiento necesario para comprender que produce un daño a sus acreedores. Por otra parte, el destino dado al dinero obtenido de la enajenación a su hija no excluye el dolo. En efecto, la cancelación de la hipoteca que ya existía sobre el inmueble y la devolución de préstamos a dos hijos, no excluyen el dolo, dado que en nada afectan el conocimiento que el autor tenía de los elementos del tipo».

—STS (Sala de lo Penal), de 10.09.1999:

«Fundamentos de Derecho. Primero. Es cierto que el artículo 257.2 del Código Penal de 1995 hace expresa mención de aquel acto de dis-

posición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación, no obstante, olvida el recurrente que esa previsibilidad en la iniciación del proceso de reclamación, cuando el acto generador de la deuda ya se había producido, está implícito en el texto derogado, como ha sido recogido en reiteradas sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo y el legislador del Código de 1995 ha venido a incluir expresamente en el tipo lo que la doctrina de esta Sala venía entendiendo igualmente abarcado por el delito de alzamiento de bienes tipificado en el artículo 519 del Código Penal de 1973, es decir, todos aquellos supuestos en los que se ha producido el hecho generador de la deuda aunque ésta aún no se haya ejercitado y el deudor provoca una situación perjudicial para los derechos económicos del acreedor.

Ciertamente, así lo ha venido declarando esta Sala como son exponentes, entre otras, las siguientes sentencias:

- a) Sentencia de 8 de octubre de 1996 en la que se expresa que: «el requisito objetivo que exige el tipo lo constituye la existencia de uno o varios créditos reales y exigibles en su día de los que sea deudor el acusado del delito, sin la necesidad de que esos créditos estén vencidos o fueran líquidos en el momento del alzamiento, de ahí que digamos “exigibles en su día”, pues entender la necesidad del vencimiento como requisito comisorio sería tanto como desnaturalizar la esencia de este acto defraudatorio, ya que es precisamente el temor a que llegue el momento del cumplimiento de la deuda lo que induce en pura lógica al vendedor a evitarlo con la necesaria anticipación, deshaciéndose de todos sus bienes o parte de ellos para así caer en insolvencia total o parcial e impedir a los acreedores o dificultarles el cobro de lo debido...».*
- b) En la Sentencia de esta Sala, de 8 de octubre de 1993, se dice que: «el delito de alzamiento de bienes requiere, para su apreciación y nacimiento a la vida jurídica, de los siguientes elementos: a) la existencia de uno o más créditos contra el sujeto activo, generalmente preexistentes y reales, y de ordinario vencidos, líquidos y exigibles, si bien es frecuente que los defraudadores, ante la inminencia del advenimiento de un crédito, se adelanta a su vencimiento, liquidez o exigibilidad, frustrando las legítimas expectativas de los acreedores, mediante la adopción de medidas de desposesión de sus bienes, con el fin de burlar los derechos de aquellos y eludir así su responsabilidad patrimonial; b) un elemento dinámico o de la actividad, consistente en destruir u ocultar su activo, real o ficticiamente; c) un elemento tendencial, finalístico o dolo específico de defraudar las expectativas legítimas generadas en el acreedor de poder cobrar sus*

créditos, y d) que como consecuencia de las maniobras torticeras y defraudatorias devenga el deudor total o parcialmente insolvente, o experimente una acusada, aunque ficticia, disminución de su acervo patrimonial, imposibilitando o dificultando el cobro de sus créditos a los acreedores (vid. SS., entre otras muchas, 24 noviembre 1989, 2 noviembre 1990 y 21 enero y 14 febrero 1992)».

- c) En la Sentencia de esta Sala de 25 de febrero de 1993, en un supuesto parecido al que ahora examinamos, se declara que «si bien es cierto que la escritura de capitulaciones matrimoniales fue anterior al señalamiento de la indemnización... el recurrente, pues, ante la perspectiva de la resolución del contrato y señalamiento de la indemnización ya solicitada, el 21 mayo, otorga la escritura de capitulaciones matrimoniales el 3 junio anterior, en la cual, se adjudica a su esposa el único bien inmueble existente en la sociedad de gananciales, de tal forma, que aunque la fijación de la indemnización fue un mes después de aquel otorgamiento, dicha adjudicación provocó la imposibilidad de hacerla efectiva, y en consecuencia, se le declare insolvente por la Magistratura. La Sentencia de esta Sala de 26.02.1990 declaró que, aunque han de existir uno o varios derechos de crédito reales y existentes, puede ocurrir que cuando la ocultación se produce, no fueran vencidos o fueran ilíquidos, y por ende, aún no exigibles, pero ello no impide que, ante la perspectiva de una deuda ya nacida, pero aún no ejercitable, alguien realice un verdadero y propio alzamiento de bienes...».
- d) En la Sentencia de 11 de septiembre de 1992 se expresa que: «también constituye doctrina de esta Sala, harto reiterada en estos últimos años, la de que el delito de alzamiento de bienes existe y se consuma aunque la actividad ocultadora del agente se origina y produzca en momentos en que el crédito todavía no puede estimarse vencido, y, por ende, exigible; siendo frecuente que los defraudadores, avistando tal vencimiento futuro, se anticipen al mismo, tratando de frustrar las futuras y legítimas expectativas de sus acreedores (cfr., entre muchas, SS. 4.02.1991, 6.03.1991, 20.04.1991 y 4.07.1991)».
- e) Y en la Sentencia de 24 de noviembre de 1989 se expresa que «esta figura delictiva, ha sido estudiada reiteradamente por este Tribunal (v. SS. 27.09.1973, 11.01.1974, 31.01 y 6.06.1977, 15.04 y 30.12.1978, 28.05.1979, 17.10.1981, 10.2 y 7.03.1986, 22.4 y 4, 7, 8 y 27.11.1987 y 29.06.1989), deduciéndose, de esa doctrina jurisprudencial y de las aportaciones de la doctrina científica que, los requisitos o elementos estructurales de la infracción analizada, son los siguientes: 1.º Un punto de partida o presupuesto básico, integrado por la existencia de uno más créditos, generalmente, preexistentes, reales, y de ordinario venci-

dos líquidos y exigibles, empleándose las locuciones o adverbios “generalmente” o “de ordinario”, pues es muy frecuente que, los defraudadores, ante la inminencia del vencimiento de un crédito futuro, de su liquidez o de su irremisible, y ya citado, vencimiento, augurando un evidente perjuicio para sus intereses patrimoniales, se anticipen o adelanten al nacimiento del crédito o créditos, o a su vencimiento, liquidez o exigibilidad, frustrando o abortando las futuras y legítimas expectativas de sus acreedores, mediante la adopción de medidas de desposesión de sus bienes, tendentes a burlar y eludir su responsabilidad patrimonial, la que, como ya se ha dicho, no por tener que materializarse en el futuro, dejará de llegar y constituir amenaza potencial para el deudor remiso en el cumplimiento de sus obligaciones...».

Segundo. Queda perfectamente aclarado en el relato histórico de la sentencia de instancia que al acusado, cuando otorgó la escritura de capitulaciones matrimoniales, ya le constaba que el señor F. le había reclamado, con anterioridad, la cantidad que con engaño le había entregado y que era inminente la presentación de una denuncia que podría generar un pronunciamiento sobre responsabilidad civil cuya eficacia quedaba frustrada, como pudo comprobarse con posterioridad, con la adjudicación de bienes realizada a favor de su esposa.

En orden al elemento subjetivo del delito, es doctrina reiterada de esta Sala que se cumple cuando concurre un ánimo o propósito encaminado a defraudar las legítimas expectativas de los acreedores eludiendo el pago o cumplimiento de sus obligaciones merced a la desposesión de sus bienes, ocultándolos, enajenándolos o haciéndolos desaparecer mediante actos o negocios jurídicos fingidos que denotan el deseo de eludir la responsabilidad patrimonial que le pueda ser exigible, que en este caso, como bien razona el Tribunal de instancia, se infiere de un otorgamiento de capitulaciones matrimoniales que, a falta de otra explicación lógica, responde al intento de sustraer el dinero recibido del denunciante de los efectos de la acción penal que iba a ejercitar.

Y, por último, respecto a la inexistencia de una situación de insolvencia legal o fingida, lo cierto es que la expresión “en perjuicio de sus acreedores”, que emplea la dicción del art. 519 CP, ha sido interpretada por la doctrina de esta Sala —cfr. SS. 13.02.1992, 14.02.1992, 13.05.1992 y 17.09.1992—, no como exigencia de un perjuicio real y efectivo en el titular de un derecho de crédito, sino en el sentido de intención del deudor que pretende poner a salvo algún bien o todo su patrimonio en su propio beneficio o en el de alguna persona muy allegada, obstaculizando así la vía de apremio de los acreedores. Es por ello que el alzamiento de bienes se configura como un delito de tendencia en el que basta que se lleve a cabo esa ocultación de bienes para que se dé el resultado exigido por el tipo, ya que el perjuicio real no pertenece a la fase de perfección del delito sino a la de agotamiento. Y en el su-

puesto que examinamos igualmente se pronuncia el Tribunal de instancia sobre la lograda ocultación de bienes mediante la disolución de la sociedad de gananciales y la desposesión sobre los inmuebles de que era titular el marido, dificultando los exigibles derechos económicos del denunciante, como ha resultado evidente de las actuaciones practicadas en las que el acusado, tras ser requerido de pago, ha manifestado carecer de bienes para afrontar la deuda y que necesitaba solicitar un crédito, lo que tampoco queda acreditado que hubiera hecho, habiendo satisfecho únicamente una cantidad mínima de la suma fijada como responsabilidad civil en el proceso penal».

—STS (Sala de lo Penal), de 21.01.2000:

«Fundamentos de Derecho. Tercero. Ha de señalarse, asimismo, que el hecho de que se hubiese acordado el desahucio del acusado del local donde ejercía su negocio, es en realidad irrelevante, pues el mismo ha reconocido de modo expreso que el negocio fue continuado en el mismo local a través de un nuevo contrato arrendaticio por una sociedad constituida ad hoc por su esposa y su hijo a la que de facto se traspasó el “espacio comercial” como señala el hecho probado (es decir, el “fondo de comercio” incluida la “clientela” al continuar ejercitando la misma actividad comercial en el mismo lugar), sin figurar formalmente el acusado (aunque reconoce que continuó atendiendo el negocio en calidad de “asesor”) para evitar que la empresa familiar receptora del activo negocial tuviese que responder también del pasivo, y de ese modo burlar el embargo, expresamente trabado con anterioridad, sobre los “frutos” del negocio por su principal proveedor. Es decir que, embargados los frutos de un negocio de fotografía instalado en una céntrica calle valenciana para responder de una sustanciosa deuda con su proveedor (“Kodak”), el acusado traspasa la tienda a una sociedad constituida por su esposa y su hijo, de modo que los “frutos” del negocio, que continúa abierto y funcionando en el mismo lugar, con la misma clientela, dedicado a la misma actividad comercial y atendido por el mismo grupo familiar, quedan formalmente liberados del embargo, haciendo ineficaz la medida garantizadora judicialmente acordada. La maniobra fraudulenta es tan manifiesta que excusa de cualquier consideración adicional, justificándose plenamente la condena impuesta por el delito del art. 257 del Código Penal de 1995».

—STS (Sala de lo Penal), de 12.04.2000:

«Fundamentos de Derecho. Primero. Debe tenerse en cuenta que el delito por el que han sido condenados, de insolvencia punible previsto y penado en el art. 257.1.2.º del Código Penal se articula por la conjunción de los siguientes elementos:

- a) Existencia de créditos vencidos, líquidos y exigibles por parte de unos acreedores, constituidos en el presente caso por la resolu-*

- ción anticipada del préstamo concedido por Bancaja al concurrir los requisitos pactados en el contrato.*
- b) La sustracción por el deudor al destino solutorio de sus obligaciones, de bienes propios, realizado de cualquier modo, tales como enajenación real o ficticia, onerosa o gratuita o simulación fraudulenta de créditos. En el presente caso se está en presencia de unas fraudulentas escrituras públicas de donación de bienes inmuebles efectuadas a los hijos del matrimonio.*
 - c) La consecución de un estado de insolvencia real o aparente, ya sea total o parcial. Y en el presente caso con las enajenaciones efectuadas el matrimonio se quedó sin patrimonio.*
 - d) La concurrencia como hilo conductor que encauza y da sentido a todas las operaciones, de un dolo específico de causar perjuicio a los acreedores, que actúa como elemento subjetivo tendencial, debiéndose recordar que el delito de alzamiento está concebido como mera actividad —o si se quiere de resultado en cuanto a la ocultación— en la medida que no requiere la real causación del perjuicio a los acreedores, por ello puede decirse que se consume con la realidad del alzamiento de los bienes a través de su ocultación, pero no es un delito de lesión, porque no exige la realidad del perjuicio que se buscaba».*

—STS (Sala de lo Penal), de 31.01.2001:

«Fundamentos de Derecho. Segundo. Es doctrina reiterada de esta Sala (cfr. Sentencias 14 de noviembre de 1999, 23 de septiembre de 1998 y 28 de febrero de 1996, entre otras muchas) que el delito de alzamiento requiere para poder ser estimado la concurrencia de los siguientes elementos: a) la existencia de un derecho de crédito por parte del acreedor y, en consecuencia, de unas obligaciones dinerarias por parte del deudor, generalmente vencidas, líquidas y exigibles; b) la ocultación, enajenación real o ficticia, onerosa o gratuita de los propios bienes, o cualquier otra actividad que sustraiga los bienes citados al destino solutorio al que se hallan afectos; c) situación de insolvencia, total o parcial, real o aparente del deudor, consecuencia de dicha actividad; y d) concurrencia de un elemento subjetivo tendencial, consistente en la intención de causar perjuicio al acreedor.

Y de modo bien patente concurren los anteriores elementos en el caso que examinamos: está perfectamente acreditado que los acusados, únicos socios de la Sociedad Anónima Laboral Transmagil, eran conscientes de que esta sociedad había sido condenada judicialmente a pagar una determinada cantidad a Transportes y Contenedores de Albacete, SL y que los únicos bienes que poseía la Sociedad Anónima Laboral mencionada eran los camiones, remolques y tarjetas de transporte que se mencionan en el relato fáctico y que pusieron a su nombre o al de parientes, sustrayéndolos del patrimonio de la sociedad y ha-

ciendo ilusorio el derecho de crédito nacido del pronunciamiento condenatorio firme al no quedar bienes con los que poder afrontarlo.

Es de recordar la doctrina de esta Sala, como es exponente la Sentencia de 8 de octubre de 1996, de que el requisito objetivo que exige el tipo lo constituye la existencia de uno o varios créditos reales y exigibles en su día de los que sea deudor el acusado del delito, sin la necesidad de que esos créditos estén vencidos o fueran líquidos en el momento del alzamiento, pues entender la necesidad del vencimiento como requisito comisorio sería tanto como desnaturalizar la esencia de este acto defraudatorio, ya que es precisamente el temor a que llegue el momento del cumplimiento de la deuda lo que induce en pura lógica al vendedor a evitarlo con la necesaria anticipación, deshaciéndose de todos sus bienes o parte de ellos para así caer en insolvencia total o parcial e impedir a los acreedores o dificultarles el cobro de lo debido.

Y en orden al tipo subjetivo es perfectamente lógica y acorde con las reglas de la experiencia y la lógica la inferencia alcanzada por el Tribunal de instancia acerca del ánimo tendencial de ambos recurrentes de causar un perjuicio a los derechos de crédito que correspondían a la Sociedad Mercantil Transportes y Contenedores Albacete, ya que queda fuera de duda que estos acusados tenían perfecto conocimiento de la reclamación judicial interpuesta por los representantes de esa Sociedad mercantil a la Sociedad Anónima Laboral de la que eran socios los cuatro acusados como igualmente eran conscientes de que los únicos bienes que tenía la sociedad para poder afrontar sus deudas eran los camiones, remolques y tarjetas de transporte que pusieron a su nombre o al nombre de allegados sin contraprestación alguna».

—STS (Sala de lo Penal), de 24.04.2001:

«Fundamentos de Derecho. Tercero. En el caso de autos la sentencia censurada ha explicitado un conjunto de pruebas de naturaleza indiciaria, confluyentes todas a la culpabilidad de los cuatro acusados, cumpliendo con todos y cada uno de los requisitos jurisprudenciales que acabaron de reseñar. Así, se cuenta con los siguientes hechos indubitadamente acreditados:

- a) La transacción se realiza dos días después del embargo. El inmueble se embarga el día 2 de octubre de 1996 y la venta se consumó el día 4 del mismo mes y año.*
- b) El parentesco existente entre el matrimonio vendedor y el comprador. Los compradores son la hermana y cuñado del vendedor.*
- c) El precio señalado en la venta, es menos de la mitad, que el de mercado, según tasación judicial, debidamente practicada, con intervención de los acusados.*
- d) La contradicción de los acusados, en sus declaraciones sumariales y en el plenario, entre unos y otros, en extremos relevantes, como el precio pagado, modo de abonarlo, etc.*

e) *Carencia de motivo razonable de la adquisición.*

- *Por un lado, se alega por los compradores que su decisión de compra tenía por objeto estar cerca de la familia; pero el colegio de los niños está más próximo a la casa en la que se vive.*
- *Hasta el momento de dictar sentencia (enero de 1999), se mantiene la misma situación, en la ocupación de los inmuebles que antes de celebrar el contrato (octubre de 1996); esto es, vendedores y compradores, siguen viviendo en la misma casa.*
- *Los ingresos que por todos los conceptos perciben los compradores, alcanzarían, si aceptamos su versión, de tendencia lógicamente exculpatoria, 280.000 ptas. mensuales; estaban pagando una hipoteca de 40.000 ptas. y ahora añaden 100.000 ptas. más, al mes, en su endeudamiento.*
- *Los compradores sólo aportan documentos de pago a partir de 1998, en lugar de justificarlos desde que se realizó la venta; circunstancia anómala e inexplicable, en cualquier compraventa normal.*

Con todos esos datos indiciarios, la Sala sentenciadora de instancia ha podido alcanzar conclusiones razonables. Razonable es la insuficiencia desvirtuadora de los argumentos de los recurrentes. Por mencionar alguno, reseñamos brevemente, los que tratan de atacar los indicios con mayor carga incriminatoria. Se dice por el vendedor, que desconoce el embargo; y no sabe qué responder, cuando se le exhibe el documento núm. 33, en que consta su práctica efectiva y la firma estampada de dicho acusado que no niega. Así como, considera poco menos que imposible, que con dos días de preparación se pueda formalizar, en una Notaría, un contrato de compraventa. La Sala de instancia, en su facultad crítica, ha entendido, con fundamento, que puede hacerse, sobre todo cuando se demanda del Notario una intervención propia de un caso de urgencia. Por tal debe entenderse, aquella intervención, que realizada extemporáneamente o con retraso, carecería de sentido. La situación demandaba rapidez, y el Notario, profesional en libre competencia, es lógico y usual que atienda el requerimiento de urgencia, hecho por un cliente, si quiere ser eficaz».

—STS (Sala de lo Penal), de 20.7.2004:

«Fundamentos de Derecho. Tercero. En el presente caso la inferencia obtenida por la Audiencia a partir de los actos dispositivos reflejados en el factum (ARP 2003, 103) no es ilógica o arbitraria y sí adecuada a las reglas de la lógica y la experiencia, sin que los recurrentes hayan aducido razones convincentes contrarias a dicha conclusión. Por otra parte, el artículo 257.2 CP, último inciso, se refiere a la realización de cualquier acto de disposición patrimonial que dilate, dificulte

o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo... iniciado o de previsible iniciación, es decir, sobre la base de una deuda existente su condición de líquida y exigible basta con que esté determinada en relación con una fecha concreta, como sucede en el presente caso. En cuanto a la solvencia de los recurrentes, basta señalar que en el motivo anterior no han designado ni un sólo documento del que deducir la existencia de otros bienes suficientes para afrontar la deuda con independencia de los inmuebles que fueron objeto de disposición con posterioridad a la concesión del crédito. El derecho a la propiedad y las facultades del propietario están sujetas a las limitaciones establecidas por las Leyes, lo que significa que la invocación de los preceptos enunciados en el motivo carece por sí sola de eficacia para la resolución del caso, teniendo en cuenta que los hechos probados han sido correctamente subsumidos en el tipo penal aplicado, que no contiene positivamente una limitación del derecho de propiedad sino que en rigor lo que sanciona es el abuso de aquellas facultades en perjuicio de los acreedores legítimos».

3.3. Actos de disposición de bienes o para contraer obligaciones con la finalidad de eludir responsabilidades civiles ex delicto (art. 258)

—STS (Sala de lo Penal), de 9.06.1999:

«Fundamentos de Derecho. Cuarto. La modalidad específica de alzamiento de bienes orientada a eludir la responsabilidad civil ex delicto, tipificada por el legislador de 1995 en el art. 258 del Nuevo Código Penal, responde inicialmente a superar la polémica acerca de la subsunción típica en la modalidad básica del delito de alzamiento de bienes de aquellos supuestos en que el autor de un hecho delictivo se situaba en situación de insolvencia, para eludir las responsabilidades civiles derivadas de su acción, con anterioridad a que se dictase sentencia condenatoria. Por lo demás nos encontramos ante una concreción o especificación legal del tipo básico, sancionada con la misma pena, y que requiere la concurrencia de los elementos esenciales integrantes del delito de alzamiento de bienes.

En el caso actual constan debidamente acreditados los elementos objetivos integrantes del tipo delictivo: 1.º) el acusado es responsable de un hecho delictivo, e incluso ha sido condenado por sentencia firme; 2.º) con posterioridad a su comisión, inmediatamente después de la sentencia condenatoria, ha realizado actos de disposición consistentes en vender en escritura pública el piso de su propiedad, único bien inmueble de su patrimonio, por un precio declarado de siete millones de pesetas, que el acusado hizo suyo; 3.º) con dicho acto de disposición se hizo totalmente insolvente, al menos de forma aparente, quedando absolutamente desatendidas las responsabilidades civiles derivadas del hecho delictivo y definitivamente declaradas en la sentencia condena-

toria, careciendo el acusado de otros bienes que pudiesen ser objeto de ejecución.

Por lo que se refiere al elemento subjetivo, es decir, haber actuado con la finalidad de eludir las responsabilidades civiles derivadas del hecho delictivo, al tratarse de un elemento intencional o interno no puede ser acreditado de modo objetivo y directo, debiendo necesariamente inferirse, de modo racional, a través del análisis de los datos externos o circunstancias objetivas que permitan deducir la concurrencia de dicha intencionalidad, conforme a las reglas del criterio humano, como conclusión lógica y racional de las circunstancias concurrentes.

En el caso actual la Sala sentenciadora infiere racionalmente dicha intencionalidad de circunstancias objetivas que la muestren de manera palmaria o evidente, como son, en primer lugar, la inmediatez con que se procede a la realización del acto de disposición tras la sentencia condenatoria (el acusado es condenado como autor de un hecho delictivo señalándose unas responsabilidades civiles superiores a doce millones de pesetas, en Sentencia de 21 de octubre de 1996, dictada de conformidad, e inmediatamente, el 5 de noviembre de 1996, realiza el acto de disposición, transfiriendo a nombre de un tercero el piso de su propiedad). En segundo lugar el hecho de que la vivienda transferida constituía el único bien inmueble que figuraba en el patrimonio del acusado, por lo cual con su transmisión se situaba en aparente situación de insolvencia, eliminando el único bien susceptible de ejecución forzosa. Y, en tercer lugar, la ocultación o distracción de los fondos supestandamente recibidos, siete millones de pesetas, como precio declarado en la escritura, que no se destinan ni siquiera en una mínima medida al pago de las responsabilidades civiles declaradas en la sentencia, poniendo claramente de relieve la intencionalidad de eludir su abono».

—STS (Sala de lo Penal), de 3.05.2001:

«Fundamentos de Derecho. Tercero. En el motivo tercero, que se ampara en el art. 849.1.º LECr., se denuncia una infracción, por aplicación indebida, del art. 258 CP. Es posible que, en el ánimo de la parte recurrente, el éxito de este motivo se encuentre subordinado al del anterior y así parece confirmarlo la innecesaria alusión al derecho a la presunción de inocencia. La realidad es, sin embargo, que la aplicación debida del art. 258 CP debe ser reconocida sin alteración alguna de la declaración de hechos probados. Esta ha quedado intacta tras la desestimación del segundo motivo de casación y ello no es obstáculo para que sea estimado el tercero. Se ha dicho que el art. 258 CP, introducido ex novo por el nuevo Texto de 1995, ha venido a zanjar una cuestión largamente discutida tanto en la doctrina como en la jurisprudencia: la de si constituye delito de alzamiento de bienes la conducta del autor de un delito que, antes de haber sido condenado por el mismo pero a sabiendas de que ha generado un perjuicio del que tendrá que responder mediante una indemnización, se alza con los bienes

y se coloca en situación que le imposibilita o dificulta de modo sensible la satisfacción de dicha obligación. Entre quienes opinaban que la obligación ex delicto nace de la infracción criminal y quienes sostenían que la deuda no surge hasta que se dicta la Sentencia en que se declara la responsabilidad —penal y civil— el legislador se ha inclinado por la primera tesis. Hay que reconocer que no lo ha hecho con toda la claridad que hubiera sido deseable pues ha considerado sujeto activo del delito al “responsable” de cualquier hecho delictivo, pero ello no debe ser obstáculo para que el delito a que nos referimos pueda ser cometido simplemente con actos realizados “con posterioridad” a la comisión del hecho del que pueda derivarse la responsabilidad civil aunque ésta no haya sido declarada todavía. Esta interpretación parece la más razonable si se lee el nuevo tipo a la luz del anterior art. 257 en cuyo apartado 1.2.º se considera autor de delito equivalente al alzamiento de bienes previsto en el núm. 1.º del mismo apartado a quien, con el fin de perjudicar a sus acreedores, “realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación”. La última frase del precepto —“iniciado o de previsible iniciación”— es tan amplia que cabe preguntarse sobre la necesidad de crear el tipo que hoy ocupa el art. 258 CP pues para quien ha cometido un hecho delictivo productor de un daño o perjuicio es más que previsible que se inicie contra él un procedimiento penal en que se aseguren primero y se ejecuten después las responsabilidades civiles nacidas del delito. Pero, con independencia de que haya sido necesario o no configurar el tipo específico de alzamiento del responsable de un delito, de lo que no puede dudarse ya es de que las acciones descritas en el mismo son punibles por el mero hecho de que se realicen después de la comisión del hecho delictivo y sin necesidad de que la responsabilidad sea declarada en sentencia.

Ahora bien, el nuevo delito debe ser interpretado también de acuerdo con las categorías elaboradas por la jurisprudencia en torno a la figura genérica del alzamiento de bienes que antes se contenía en el art. 519 CP/1973 y ahora lo está en el art. 257.1.1.º CP vigente. Una característica negativa del delito, entroncada con ese esencial elemento subjetivo que es el propósito de defraudar al acreedor o acreedores burlando y eludiendo la responsabilidad patrimonial universal establecida en el art. 1911 CC —SS., entre otras muchas, de 2.11.1990, 14.02.1992 y 7.03.1996— es que no hay alzamiento de bienes —SS. de 14.04.1990 y 25.10.1990— cuando aquello que sustrae el deudor a la posible vía de apremio del acreedor fue empleado en el pago de otras deudas realmente existentes, pues lo que con este delito se castiga es la exclusión de algún elemento patrimonial a las posibilidades de ejecución de los acreedores en su globalidad y no individualmente determinados, ya que esta figura criminal no es una tipificación penal de la

violación de las normas civiles o mercantiles relativas a la prelación de créditos. En esta misma línea, la S. de 2.12.1991 afirmaba ser “indudable” que la infracción del orden de prelación de créditos por parte del deudor no constituye por sí misma el comportamiento típico del delito de alzamiento de bienes. Se decía en esta Sentencia que dicha conducta estaba prevista en el art. 524.5.º CP/1973 pero sólo con referencia al concursado, lo que se consideraba una “primera razón” para excluir su tipicidad en relación con el art. 519. La conclusión es hoy aún más lógica si se tiene en cuenta la significación del tipo establecido en el art. 259 CP/1995, en el que la naturaleza delictiva de “cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones —realizado por el deudor— destinado a pagar a uno o varios acreedores, preferentes o no, con posposición del resto”, depende de que se haya admitido a trámite la solicitud de quiebra, concurso o suspensión de pagos, no se haya obtenido la preceptiva autorización judicial o de los órganos concursales y no se trate de uno de los casos permitidos por la ley.

En la declaración de hechos probados de la Sentencia recurrida consta que el primero de los recurrentes, Francisco G. M., retiró del Banco donde tenía depositado su patrimonio en efectivo, mediante órdenes y autorizaciones que cursó a sus hermanas, un total de 2.443.476 pesetas que le pertenecían, con las que aquéllas hicieron frente, encontrándose Francisco en prisión, a “gastos corrientes” de la casa familiar por importe de 616.093 pesetas y al pago de los honorarios de peritos, abogados y procuradores que le prestaron servicios profesionales en el procedimiento penal que al mismo se le seguía, por una cantidad ascendente a 1.597.140 pesetas. Este destino que dieron las hermanas de Francisco, de acuerdo con sus instrucciones, al dinero obtenido con los reintegros bancarios, impidió ciertamente que se asegurasen sus responsabilidades civiles, calculadas en diez millones de pesetas, mediante el embargo de su cuenta de ahorros acordado en la correspondiente pieza separada del mencionado procedimiento. Pero fácilmente se advierte que lo hecho por el acusado, mediante las operaciones por las que ha sido condenado, no fue en definitiva sino reservar la mayor parte de su patrimonio en efectivo para el pago de deudas reales preexistentes —los llamados gastos corrientes— y para la atención de las que habían de nacer, casi con toda seguridad, de la necesidad de defender sus intereses de acusado en aquel procedimiento. Prescindiendo, pues, de la no relevante cantidad que resulta de restar del dinero dispuesto por las hermanas del acusado el invertido en el pago de otras obligaciones —cantidad insuficiente para deducir de ella ánimo defraudatorio— lo que del factum de la Sentencia recurrida se desprende no es una conducta orientada a ocultar o hacer desaparecer el patrimonio para burlar los derechos de los acreedores, sino otra muy distinta inspirada por la decisión, vista la insuficiencia del caudal disponible, de otorgar preferencia a unos créditos, ya existentes o de segura aparición, sobre otros. Como quiera que esta conducta, según ya

hemos razonado, no es subsumible en el art. 258 CP por no revestir los caracteres del delito de alzamiento de bienes, cuya definición doctrinal no puede dejar de ser tenida en cuenta en la interpretación de aquel precepto, debemos estimar el tercer motivo del recurso y declarar efectivamente infringida dicha norma penal por aplicación indebida. Desaparecido el delito, es claro que no tiene sentido, por superfluo, entrar a examinar los recursos en que se cuestiona la responsabilidad penal de las otras dos acusadas, condenadas en la Sentencia de instancia por su cooperación en el supuesto delito, por lo que procede, sin más razonamientos, la estimación de dichos recursos juntamente con el que ha sido objeto de nuestra fundamentación y el pronunciamiento de una segunda Sentencia más conforme a derecho».

3.4. Favorecimiento de acreedores (art. 259)

—STS (Sala de lo Penal), de 28.04.2003:

«Fundamentos de Derecho. Primero.— La AP de Barcelona condenó a los acusados como autores responsables de un delito de insolvencia punible previsto y penado en el art. 260 CP (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777).

Los hechos de que traen causa la mencionada calificación jurídica y el subsiguiente pronunciamiento condenatorio, consisten, sustancialmente, en que los ahora recurrentes eran administradores solidarios de la entidad mercantil “Distribuciones Coalco, S.A.”, que presentaba una situación solvente hasta el día 30 de abril de 1994 según el balance de esta fecha. No obstante, en 8 de julio de 1994, la empresa presentó solicitud de quiebra, aportando un balance de situación de la sociedad a dicha fecha que presentaba un déficit de 21.219.000 ptas., declarándose la misma por Auto de 13 de julio por el Juzgado de Primera Instancia N.º 3 de los de Barcelona, retrotrayéndose los efectos de la misma al día 11 de abril de 1994.

El dato fáctico esencial en el que se base la sentencia condenatoria y que a juicio del Tribunal de instancia constituye la acción típica sancionada en el art. 260 CP, consiste, según el factum, en que en el período comprendido entre el 1 de mayo y el 8 de julio de 1994, los acusados “... acordaron cobrar parte de los créditos de los que eran acreedores frente a la sociedad, extrayendo de las cuentas sociales, según los balances de situación, la cantidad de 15.498.000 ptas. que se incorporó al patrimonio de Romeo, con la aquiescencia de Alejandro, ocasionando un perjuicio a la masa de acreedores por importe de aquella cantidad detraída”.

Segundo.— Sin necesidad de entrar en el análisis de los otros motivos en los que se alega que, en cualquier caso, los acusados habrían actuado con error de tipo y/o de prohibición que excluiría el dolo como elemento esencial constitutivo de la figura delictiva, el reproche debe

ser estimado. En efecto, la sentencia establece que los acusados, al margen de ser los coadministradores de la entidad, eran titulares de unos derechos de crédito contra aquélla, al igual que otros acreedores de la empresa, y que al entrar ésta en período de crisis económica, hicieron efectivos dichos créditos, lo que, naturalmente, provocó una disminución del activo de la sociedad y la consiguiente negativa repercusión en las expectativas de los demás acreedores a percibir sus créditos.

Cabe señalar que la sentencia recurrida circunscribe a esta conducta la acción penalmente sancionada en el art. 260 CP, al destacar que de ese modo se actuó... con perjuicio de los acreedores, al disminuir considerablemente el activo y en consecuencia alterando el principio de pago ordenado y de igualdad de pérdidas” (fundamento de derecho Quinto). Sin embargo, tratándose del ejercicio legítimo de un derecho no cabe reputar que esta conducta sea constitutiva de la acción maliciosa y fraudulenta que constituye el núcleo del delito previsto en el art. 260, y, en el supuesto de autos, concretado en agravar dolosamente la situación de crisis económica de la empresa, ya que la disminución del activo de ésta es inexorable consecuencia de cumplir la obligación previamente adquirida con los acreedores que hacen efectivo su derecho crediticio, resultado que hubiera sido el mismo de ser cualquiera otro acreedor el que hubiese ejercitado su derecho.

En realidad, lo que expresa el relato histórico es que la única actividad de los acusados susceptible de relevancia en el orden penal es —como se destaca en la fundamentación jurídica de la sentencia— la quiebra del régimen de prelación de créditos y la eventual vulneración de los principios de pago ordenado de la masa de acreedores de la entidad concursada, y así lo expone razonadamente el Fiscal, añadiendo que la tipificación del artículo 259 revela que a sensu contrario son impunes también en la quiebra del art. 260 CP las alteraciones de la preferencia de créditos anteriores a la admisión a trámite del procedimiento concursal sin perjuicio de su ilicitud jurídico-mercantil y de los efectos de la retroacción.

Siendo un hecho probado que el pago de los créditos de que eran titulares los acusados se realizó con anterioridad a la solicitud de declaración de quiebra voluntaria, tampoco podría ser aplicable el art. 259 CP toda vez que el tipo exige que junto a la realización de “cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones destinado a pagar a uno o varios acreedores, preferentes o no, con posposición del resto”, tal actuación ha de llevarse a cabo “una vez admitida a trámite la solicitud de quiebra, concurso o suspensión de pagos...”, requisito éste que no concurre en el caso de autos y que —al margen del principio acusatorio— impide la incardinación de los hechos en el referido tipo penal. La estimación del motivo exime del examen del resto y, en consecuencia, procede casar la sentencia de instancia dictándose otra nueva por esta Sala con pronunciamiento absolutorio de los acusados».

3.5. *Insolvencia causada o agravada por el deudor (art. 260)*

—STS (Sala de lo Penal), de 15.12.1997:

«Fundamentos de Derecho. Noveno. El motivo primero, con apoyo en el n.º 1.º del art. 849 LECr., alega la inobservancia del art. 260.1 y 2 del vigente Código Penal, al producirse un error de derecho en la aplicación de tal artículo (sic). Luego señala que no se dan en el recurrente los requisitos de tal precepto. El inatacable factum describe la constitución por el ahora recurrente y el coacusado en Madrid de una sociedad H. L., S.A., con un capital social de veinticinco millones de pesetas, fijando el domicilio social en Llodio y la finalidad la adquisición de la planta embotelladora de Vinícola Internacional, S.A. (conocida como “Bodegas A.”) adquiriendo los activos de ésta por diez millones de pesetas, y haciéndose cargo de 103 trabajadores de la plantilla de esta sociedad. Tanto el recurrente como el coacusado asumieron la gestión directa de dicha empresa.

El 19 de septiembre de 1985, ambos acusados y el gerente entonces de H. L., S.A., constituyen Bodegas O., entidad con el mismo domicilio que la otra y con un capital de un millón de pesetas. En junio siguiente el gerente vendió sus doscientas acciones a los acusados que se convierten en titulares del cien por cien del capital social de esta nueva entidad, de la que no figuran trabajadores, no está dada de alta en la Seguridad Social, ni siquiera en la Compañía Telefónica. Se constituye el 14 de enero de 1986 una póliza de crédito de cuenta corriente con garantía personal por veinticinco millones de pesetas en favor de Bodegas R.A., S.A., y presta garantía solidaria H.L., S.A. Tal operación se realiza con la Caja de Ahorros Municipal de Bilbao. El 5 de marzo siguiente se constituye una póliza de garantía con la misma entidad que avala siete cambiales por un importe de 7.277.995 de pesetas, letras que son giradas y aceptadas por Bodegas R.A., S.A., afirmando tal operación solidariamente H.L., S.A., figurando en representación de la primera el recurrente y de la otra el coacusado S. El 29 de noviembre siguiente H.L., S.A., reconoce adeudar a Bodegas O., S.A., 120.000.000 de pesetas y se constituye en garantía de tal deuda hipotecas y prenda, interviniendo por H.L., S.A., ambos acusados y S. por Bodegas O. El 3 de febrero de 1987 Bodegas O., S.A., fue vendida a Cosecheros R., S.A., con transmisión de la citada garantía hipotecaria. Pero ya, a finales de 1986, se retrasa H.L., S.A., en el pago de las nóminas, deja de abonar el veinte por ciento de la paga extraordinaria y no se paga la nómina de enero de 1987 hasta el punto de iniciar los trabajadores una huelga, ocupando la fábrica. H. L. comunica a la autoridad administrativa el cierre patronal. Cuando surgen problemas con los trabajadores sobre la reapertura. El Letrado de la empresa indica que ésta debe 100.000.000 de pesetas a distintos acreedores y tienen una hipoteca de 120.000.000 de pesetas y de 55.000.000 de pesetas más a entidades públicas.

La quiebra necesaria es instada por los Bancos A., Financiación I., H.A., Z. y G., declarándose así por auto de 19 de agosto de 1987 a la

Sociedad H.L., S.A., y retrotrayéndose la quiebra al 1 de enero de 1986. El día 2 de junio de 1989 se dictó sentencia por el JPI n.º 1 de Bilbao calificando la quiebra de fraudulenta.... No cabe duda de que se trata en el sentido mercantil de una quiebra fraudulenta, la más grave de las así calificadas en la práctica comercial, que ahora en la nueva tipicidad del precepto se comete con un presupuesto de la declaración de quiebra y cuya insolvencia ha sido causada o agravada dolosamente por el deudor. Mas ello concurre indudablemente en este supuesto y para evitar repeticiones, esta Sala acepta las razones del fundamento jurídico de la resolución recurrida, así como la cuantía del perjuicio, el número de afectados y su condición económica. Las actuaciones realizadas en la póliza en favor de Bodegas R.A., S.A., y su cobertura hipotecaria e inmobiliaria sin justificación a deudas anteriores y con ausencia de los asientos contables al respecto, agravaron intencional, maliciosa y voluntariamente la crisis económica de la empresa. El delito es paradigma del art. 260 aducido y por ello el motivo debe ser desestimado».

—STS (Sala de lo Penal), de 19.10.1998:

«Fundamentos de Derecho. Primero. El Tribunal de instancia, en el primero de los fundamentos jurídicos de la sentencia impugnada, razona sobre las pruebas que ha tenido en cuenta para alcanzar la convicción fáctica que se contiene en los hechos que se declaran probados. Y señala no sólo los informes elaborados por los síndicos de la quiebra, sino también la documental remitida por los Registros de la Propiedad, por entidades bancarias y Juzgados. De todas ellas se evidencia el deterioro patrimonial que ha resultado patentemente agravado por las operaciones que se describen en el relato histórico de la sentencia y en las que se incluyen hipotecas a favor de un cuñado por préstamos inexistentes, reconocimientos de créditos ficticios, constitución de hipotecas que no aparecen en la contabilidad, arrendamientos de locales a sociedad representada por su esposa, por precios inferiores al de mercado, transferencias de importantes sumas de dinero a sociedad familiar, sin justificación contable, transferencias a cuenta abierta por su hijo y también acusado Daniel S.G. que superan los veintiocho millones de pesetas sin que aparezca en la contabilidad apunte que las justifique, inexistencia de un efectivo “en caja” por importe de 33.251.126 pesetas, y ello unido a inexactitudes en el balance, deficiencias en la contabilidad, falta de legalización en los libros y, en definitiva, el uso por el quebrado de mecanismos contables para distraer fondos de la empresa, que en modo alguno se ven desvirtuadas por las referencias documentales que se alegan en defensa del presente motivo. No ha existido, pues, el error en la apreciación de la prueba que se denuncia.

Tercero. Se alega, pues, la incongruencia omisiva en que ha podido incurrir la sentencia; y es doctrina reiterada de esta Sala que el expresado motivo del recurso de casación presupone el silenciar o no dar

respuesta, positiva o negativa, explícita o implícita, a algún pedimento o pretensión jurídica formulada por las partes en sus calificaciones definitivas. Y en el caso que examinamos, no concurre ninguno de los presupuestos que se dejan mencionados ya que el que se dice quebrantamiento de forma se contrae a que se hubiera omitido en la sentencia que el recurrente había devuelto a “Hispavox” material por importe de unos 50 millones de pesetas y que eso eliminaría el tipo subjetivo, por ausencia de dolo, del delito por el que viene condenado. La omisión que se aduce no recae sobre pretensiones jurídicas o cuestiones de derecho que afecten al acusado que las invoca. Se trata de una cuestión fáctica que no ha quedado acreditada y por ello no se refleja en el relato de hechos probados, sin que el Tribunal deba pronunciarse, puntual y específicamente sobre cada uno de los extremos alegados que puedan incidir en la contabilidad examinada. De lo que no cabe duda es que el Tribunal sentenciador ha hecho pronunciamiento expreso sobre los elementos que caracterizan el tipo objetivo y subjetivo de la figura delictiva objeto de acusación, y respecto a este último sobre el claro propósito de perjudicar a los acreedores provocando su situación de insolvencia, mencionando las contabilidades difusas, las simulaciones, las ocultaciones maliciosas de efectos, mediante las cuales el quebrado empeoró y agravó voluntariamente su situación financiera, con la finalidad de dejar vacío su patrimonio y, con ello, defraudar a sus acreedores.

Sin la debida cobertura procesal que le sirva de apoyo, se menciona en este mismo motivo la improcedencia de la condena al hijo Daniel S.G., cuando éste, según el motivo, se limita a abrir una cuenta a petición de su padre y a firmar lo que su padre le pedía, por lo que ante la ausencia absoluta de dolo en su comportamiento no puede ser constitutivo de delito.

El Tribunal sentenciador dedica el último párrafo del tercero de los fundamentos jurídicos, a la responsabilidad, como cómplice, del acusado Daniel S.G., y razonablemente alcanza la convicción de que conocía que con su aporte estaba ayudando a su padre y coacusado a ocultar bienes, disminuyéndose el patrimonio en perjuicio de sus acreedores. Y ciertamente no puede alegarse desconocimiento cuando se ingresaron en una cuenta abierta a su nombre más de veintiocho millones de pesetas transferidos desde cuentas de la empresa, así como su participación en otras operaciones, siendo nombrado administrador único de “Vídeo Campo, SA”, en sustitución de su padre. Por todo ello es conforme con las reglas de la lógica y la experiencia la inferencia alcanzada por el Tribunal sentenciador de que el hijo conocía la situación económica de la empresa y la ocultación y evasión de dinero que se buscaba con las importantes transferencias efectuadas a una cuenta abierta a su nombre. Este extremo del motivo tampoco puede ser estimado al ser correcta la calificación jurídica realizada por el Tribunal sentenciador sobre la participación de Daniel S.G. en los hechos enjuiciados».

—STS (Sala de lo Penal), de 6.04.1999:

«Fundamentos de Derecho. Segundo. En el motivo 1.º, al amparo del núm. 3.º del art. 851 LECr., se alega incongruencia omisiva porque, se dice, no se resolvió en la sentencia sobre uno de los extremos por los que se mantuvo la acusación: la aplicación de más de ocho millones de pesetas del capital de la sociedad quebrada “Núrbel Service, SA”, que administraba don José María R. B., que, sin soporte contable alguno, aparecen invertidos en viajes y asistencias a reuniones cuando la actividad de la empresa estaba tocando a su fin.

La sentencia fue absolutoria con lo cual, evidentemente, fueron re-sueltos todos los extremos por los que la acusación se vino formulando: es claro que con tal pronunciamiento quedaban rechazadas todas las pretensiones acusatorias de la parte querellante. Pero es que, además, como bien pone de relieve el escrito de contestación al recurso hecho por la defensa del acusado, la sentencia recurrida se refiere en su texto al mencionado extremo englobado en los diferentes gastos pretendidamente injustificados a los que expresamente se refiere el apartado C) del fundamento de derecho primero. Como bien dice el último párrafo del mencionado fundamento de derecho 1.º la absolución se funda en que la acusación particular, única existente, no probó «en forma alguna los términos en que se fundaba» uno de los cuales era precisamente el relativo a los mencionados 8 millones de gastos en viajes y participación en reuniones, a los que se refiere el punto 4 del párrafo 2 de tal fundamento de derecho 1.º; y a lo que se contesta, englobado con lo relativo al punto 3, en el mencionado apartado C). Son los pagos y gastos a los que alude, casi al final, el párrafo relativo a los hechos probados, cuando nos dice que no fue acreditado que se realizaran (esos pagos o gastos) careciendo de justificación jurídica, añadiendo después que la empresa quebrada tenía debidamente regularizada la contabilidad.

Tercero. En el motivo 2.º, con base en el núm. 1.º del art. 849 LECr., se alega error de derecho por no haberse calificado los hechos enjuiciados como delito de quiebra fraudulenta del art. 260.1 CP, constando como probados los diferentes requisitos que configuran este delito. Ciertamente no hubo tal error de derecho, porque los hechos probados de la sentencia recurrida, dejan claro con evidencia plena que, de todo aquello por lo que se mantuvo la acusación, lo único que quedó acreditado fue que existió una declaración de quiebra voluntaria, a solicitud del acusado en calidad de administrador único de la sociedad quebrada, pero sin que llegara a probarse ninguno de los extremos de hecho en los que la parte querellante venía fundando su acusación de quiebra fraudulenta. Tal inexistencia de prueba, que aparece luego razonada en su fundamento de derecho 1.º, impide claramente la aplicación al caso del referido art. 260.1 del Código Penal. Claro es que podemos considerar incluidos en los hechos probados aquellos extremos que pudieran aparecer como admitidos por la Sala de instancia en los fundamentos de dere-

cho. Pero es que tampoco hay en éstos afirmaciones fácticas que pudieran servir de apoyo para una condena. Se dice y repite en ese fundamento de derecho 1.º que no hubo prueba de aquello por lo que se acusó y no cabe entresacar de su texto nada que pudiera servir como base para la pretendida condena.

En el desarrollo de este motivo se hacen alegaciones sobre las diversas pruebas practicadas, alegaciones que son propias de la instancia para convencer a la Audiencia de la forma en que pudieron ocurrir los hechos, pero que carecen de toda posibilidad de éxito en este recurso extraordinario que ha de respetar la valoración que de la prueba se hizo en la sentencia recurrida, lo que, por otro lado, no se puede atacar por la vía procesal aquí elegida, la del art. 849.1.º LECr., que obliga a quien recurre a respetar los hechos declarados probados (art. 884.3.º de tal Ley Procesal)».

—STS (Sala de lo Penal), de 16.07.1999:

«Fundamentos de Derecho. Segundo. Ya en la sentencia del recurso de casación que contra la sentencia de instancia se interpuso, se realizan amplias explicaciones sobre las similitudes entre el tipo penal aplicado en el caso y el nuevamente introducido en el artículo 260, sin olvidar una referencia a la improcedencia en materia penal de la presunción «contra reo» de considerarse en el artículo 889.1.º del Código de Comercio quiebra culpable la no llevanza de libros de contabilidad, que no ha pasado al nuevo Código Penal, en cuya redacción actual se cierra el paso a cualquier efecto penal de la calificación de la insolvencia en el proceso civil, según el número 4 del artículo 260 del nuevo Código.

Pese a que en los hechos probados de la sentencia de instancia se dice que la empresa del recurrente no llevaba contabilidad, de ello no se deduce ninguna razón para su condena, ni se hace uso de un tipo penal que se remitía para completarse a otras normas. En los hechos probados se recoge que el actual recurrente junto con otro acusado, con el fin de que los acreedores de la sociedad EVISA no pudieran encontrar dinerario con que cobrar sus créditos, procedieron a endosar los créditos que la sociedad tenía contra sus deudores a la empresa “Técnica de Estudios de Calefacción y Fontanería, SA”, sin que tales endosos correspondieran a reales operaciones entre ambas sociedades. Y es que desde la Ley Orgánica 8/1983, las acciones u omisiones en que los delitos consisten, dejaron de presumirse voluntarias para establecerse que debían responder a dolo o culpa para ser delito, por lo cual en la Sentencia dictada en la instancia en 15 de febrero de 1996, aunque se hacen referencia a los artículos del Código de Comercio que completaban el tipo del artículo 520 del Código Penal ya hoy derogado, se explica y valora la conducta de endosos injustificados de los créditos de EVISA con el fin de impedir a sus acreedores cobrar los créditos que contra ella tenían, actividad que se calificó entonces de quiebra frau-

dulenta y, ahora, cuando se ha procedido a aplicar el nuevo Código Penal al recurrente, respetando los hechos de aquella sentencia como es preceptivo, encajan, aún más adecuadamente si cabe, en la nueva dicción del artículo 260 cuando exige que la situación de crisis o de insolvencia en la quiebra sea causada o agravada dolosamente. Esa es precisamente la conducta que en los hechos probados de la sentencia se atribuye al recurrente, por lo cual el motivo ha de decaer.

Tercero. Ya se afirmó en la sentencia de casación recaída en esta causa que la inclusión en el Texto Legal del artículo 31 del administrador de hecho no excluye la del que administre de derecho la entidad jurídica en cuestión. El mismo Texto Legal citado, inmediatamente después del administrador de hecho añade “o de derecho”. La sentencia dictada en la instancia dice, en efecto en los fundamentos jurídicos que el coencausado Rafael S. era quien tomaba decisiones, pero tal afirmación no excluye la del actual recurrente, del cual, en el relato de hechos probados, se dice que actuó endosando créditos de EVISA a la otra empresa que dirigía el citado coencausado, con el fin de que los acreedores de la sociedad de la que era gerente no pudieran encontrar dinerario con el que cobrar sus créditos. En definitiva, la nueva redacción del Código Penal en su artículo 31 que incluye al administrador de hecho no excluye al que lo sea de derecho, como lo era el recurrente y su condena procedía y se dictó en razón de la conducta dolosa descapitalizadora de su empresa provocadora de la quiebra de la misma, y que no cambia en modo alguno tal carácter en razón de la dicha innovación legislativa».

—STS (Sala de lo Penal), de 28.01.2000:

«Fundamentos de Derecho. Tercero. En el segundo motivo del recurso se denuncia la infracción del artículo 260.2 del Código Penal, que ha incluido tres nuevas circunstancias para graduar la pena: la cuantía del perjuicio inferido a los acreedores, su número y su condición económica.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de marzo de 1998 dice que “los datos básicos del proceso de individualización de la pena han de inferirse de los hechos probados, sin que sea constitucionalmente exigible ningún ulterior razonamiento que los traduzca en una cuantificación de pena exacta, dada la imposibilidad de sentar un criterio que mida lo que, de suyo, no es susceptible de medición”.

En el caso ahora examinado, consta en la Sentencia que el perjuicio causado a los acreedores supera los treinta y un millones de pesetas, por lo que en modo alguno puede entenderse que la pena impuesta —tres años de prisión— resulta irrazonable o contraria al artículo 260.2 del vigente Código Penal. Sin que ello se vea desvirtuado por las actuaciones practicadas en orden al aseguramiento de las responsabilidades civiles de la acusada, ya que el perjuicio inferido a los acreedores es el que se recoge en la Sentencia, que podrá ser o no ser objeto

de posterior reparación o indemnización en fase de ejecución de la misma. En consecuencia, también el segundo motivo del recurso debe ser desestimado».

—STS (Sala de lo Penal), de 2.01.2003:

«Fundamentos de Derecho: Primero. El condenado en la instancia formula un primer motivo de casación al amparo del art. 849.1.º LECrim (LEG 1882\16), por infracción de ley, denunciando la indebida aplicación del art. 260 CP. Como fundamento del reproche casacional se alega que no consta como hecho probado que fuese el acusado quien dirigiera la administración de la empresa, ni que, con su conducta, encauzara a ésta hacia una situación de quiebra, como tampoco consta acreditado, ni se han cuantificado perjuicios a los acreedores ni que los gastos hayan revertido en beneficio propio o de algún acreedor en particular en perjuicio de los restantes. Sostiene también el recurrente que los gastos efectuados por el acusado no tuvieron incidencia en la aparición de la quiebra o en el agravamiento de la misma y que el Tribunal a quo no toma en cuenta el activo de la empresa ni la situación financiera de ésta, limitándose a reproducir los datos del proceso civil.

Como todo motivo de casación que se encauza por el art. 849.1.º de la Ley Procesal, habrá de estarse al contenido estricto de la declaración de Hechos Probados y, desde el más riguroso respeto a los datos allí consignados, la censura debe ser desestimada por los mismos fundamentos que aduce el Ministerio Fiscal al impugnar el motivo. En efecto, como bien argumenta el Fiscal al impugnar el motivo el factum precisa que el recurrente era administrador solidario de la empresa y en tal condición realizó las acciones reprochadas, suficientemente individualizadas, consistentes en distraer en los días previos a la solicitud de quiebra, 2.295.000 ptas., un ordenador y la maquinaria y efectos descritos en el relato histórico sustrayéndolos así al inminente procedimiento concursal que él mismo instó en nombre de la entidad. Estos comportamientos agravaron la situación de quiebra como se razona en el F. 2, en cuanto que tales bienes dejaron de constituir activos de la sociedad y empeoraron por tanto la situación de insolvencia que padecía, siendo indiferente a efectos de la subsunción en el tipo del art. 260 el destino final de los mismos. Existe relación causal entre los actos realizados y el resultado de agravación de la mencionada insolvencia que es lo que reprocha la sentencia. Los jueces a quibus no imputan su causación sino como se dice la agravación que es el resultado alternativo típico del art. 260 CP». Por otra parte, es patente que la figura delictiva en que se incardina la actividad del acusado, no exige determinar o individualizar el perjuicio causado a los acreedores que no forma parte de la estructura típica sino que —como explícitamente indica el núm. 2 del precepto— es un elemento que juega a los meros efectos de graduación de la pena.

El relato histórico y las consideraciones que el Tribunal a quo sienta es la fundamentación jurídica de la sentencia reflejan una situación de insolvencia de la empresa administrada por el acusado que se agudizó por la conducta de éste, que mermó la masa de la quiebra agravando la crisis económica de la entidad con el correlativo perjuicio para los acreedores colectivamente considerados; conducta que debe ser consciente e intencionadamente ejecutada como acaece en el caso actual según razona la sentencia, pues, de una parte, el acusado extrajo de las cuentas de la sociedad más de dos millones tan sólo una semana antes de presentar la solicitud de quiebra voluntaria, sin que haya explicado el destino dado a dicho numerario, y de otra, ocultó determinados bienes a la masa de la quiebra mediante su traslado a una nave de cuya existencia nada se dijo al Juzgado, denunciando la desaparición de bienes sin que tampoco se comunicara nada al Juzgado sobre su recuperación y depósito en dicha nave. Y todo ello sucedió con anterioridad a la presentación de la solicitud de quiebra voluntaria pero con la evidente finalidad de dejar fuera de dicho procedimiento de ejecución colectiva a dichos bienes y efectos, reduciendo así consciente y voluntariamente la futura masa de la quiebra. Y no puede entenderse justificado el reintegro de dinero de las cuentas societarias para el pago de gastos generados por la actividad empresarial, primero, por no haberse acreditado ni siquiera mínimamente la inversión en tales gastos, y segundo, por la poderosa razón de que todos los trabajadores de la empresa que han depuesto como testigos manifestaron que en las semanas anteriores a la presentación de solicitud de quiebra ya no se cobraban ni los sueldos ni las dietas. En cuanto a la ocultación de bienes en la nave de Villalbilla ninguna explicación coherente se ha dado sobre tal extremo por Julio C. M. que, de forma maliciosa, consintió que la diligencia de ocupación de bienes del quebrado se hiciera en otra nave de la que previamente se había sacado maquinaria, y también de forma consciente y voluntaria, se silenció la existencia de la nave de Villalbilla cuya llave poseía dicho acusado ya que fue él la persona que la entregó cuando se descubrió su existencia el día 1 de agosto de 1996.

Segundo. El segundo motivo, amparado en el art. 849.2.º LECrim (LEG 1882\16), pretende la exclusión de la condena por responsabilidades civiles del valor de los bienes reseñados en el epígrafe d) de los Hechos Probados. El motivo cuenta con el explícito y fundado apoyo del Ministerio Fiscal y debe ser estimado. Así, y con independencia de que tales bienes y efectos fueran trasladados por el acusado en fecha no determinada pero anterior en una o dos semanas a la presentación en el Juzgado de la solicitud de quiebra voluntaria desde la nave donde se encontraban a otra sita en Villalbilla, tal y como consta en el factum, lo cierto es que con posterioridad a dicho subrepticio traslado, esos mismos bienes fueron intervenidos en Villalbilla por la comisión judicial según Acta de fecha 1 de agosto de 1996 que obra al folio 122 de las actuaciones y que invoca el recurrente donde se hace constar que se

ponen a disposición de los Síndicos de la quiebra, designándose depositario de aquéllos al señor B. S., que acepta tal designación; hecho que se ratifica por la certificación emitida por el Comisario de la quiebra obrante al folio 140 y que también señala el motivo. En definitiva, dichos documentos acreditan que los bienes a que se refiere el motivo fueron incorporados a la masa de la quiebra tras su intervención judicial y ocupados por los Síndicos para hacer frente a las obligaciones de la empresa quebrada y, por ello, no deben ser incluidos en el pronunciamiento indemnizatorio».

—STS (Sala de lo Penal), de 8.10.2003:

«Fundamentos de Derecho. Primero. El primer motivo del recurso interpuesto por la representación de D. Esteban, por infracción de ley al amparo del art. 849.1.º de la LECrim (LEG 1882, 16), alega aplicación indebida del art. 260 del Código Penal de 1995 (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), por estimar el recurrente que en los hechos declarados probados no concurren los elementos del delito de quiebra dolosa por el que ha sido castigado. Alega el recurrente que no se ha concretado el perjuicio para la masa de acreedores, únicamente se indemniza a un acreedor, la sentencia toma en consideración un balance elaborado con anterioridad en una previa suspensión de pagos, y no se concreta el modo en que se ha producido el vaciamiento patrimonial de la sociedad.

El cauce casacional empleado implica el respeto del relato fáctico. En éste consta que los condenados, administrador y socio único de una sociedad que adquirieron en suspensión de pagos, pero que tenía un activo importante, lejos de promover la continuidad de la empresa, para lo que supuestamente la habían adquirido, procedieron a su vaciamiento patrimonial, en su propio beneficio, cerraron la sede de la misma, hicieron desaparecer los libros y la documentación, e impidieron a los doscientos acreedores de la sociedad la realización de sus créditos, provocando la quiebra. En el relato fáctico consta que el activo de la empresa cuando fue declarada en suspensión de pagos era superior a doscientos sesenta y seis millones de pesetas, y que los acusados, en cuanto se hicieron cargo de la misma y en su propio beneficio, hicieron desaparecer todos los activos a excepción de algunos bienes valorados en menos de catorce millones de pesetas, al mismo tiempo que ocultaban la totalidad de los libros, provocando finalmente que se declarase civilmente la quiebra fraudulenta. En consecuencia concurren todos los elementos del tipo definido en el art. 260, pues los acusados provocaron dolosamente la insolvencia, siendo procedente la desestimación del motivo.

Segundo. Las alegaciones del recurrente son irrelevantes para la subsunción. El perjuicio para la masa de acreedores consta en el procedimiento de quiebra sin que sea imprescindible para la sanción de la conducta delictiva su exacta cuantificación en el proceso penal. El hecho de que únicamente se declare la responsabilidad civil derivada del delito en beneficio de un acreedor es consecuencia de que en este ámbi-

to penal únicamente puede otorgarse indemnización cuando se haya solicitado expresamente y el acreedor indemnizado es el que ha ejercitado la acusación particular. La sentencia toma en consideración el balance elaborado con anterioridad en la suspensión de pagos precisamente por ser demostrativo de que existía un activo importante que los acusados han malbaratado. En cuanto al modo en que se ha producido el vaciamiento patrimonial de la sociedad los acusados se han ocupado de ocultarlo, haciendo desaparecer todos los libros e incluso cerrando la sede social y desapareciendo del lugar, pero consta suficientemente que los acusados han hecho desaparecer prácticamente todos los activos.

Tercero. El segundo motivo, también por infracción de ley, denuncia la supuesta infracción del art. 28 del Código Penal de 1995 (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) por no concurrir en el acusado los requisitos de la condición de autor. El cauce casacional impone el respeto del relato fáctico. En éste se incluye al recurrente como realizador conjunto de los actos descapitalizadores de la sociedad que provocaron dolosamente la quiebra. La definición de la coautoría acogida en el art. 28 del Código Penal de 1995 como “realización conjunta del hecho” implica que cada uno de los concertados para ejecutar el delito colabora con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto. No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, todos los actos materiales integradores del tipo, pues a la realización del delito se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común, siempre que se trate de aportaciones causales decisivas. Y en el caso actual constando que el recurrente se prestó a adquirir la totalidad de las acciones de la empresa, y en consecuencia era quien controlaba lo que en ella pudiese realizar el coacusado, es claro que su aportación causal resultó decisiva.

Cuarto. El cuarto motivo alega presunción de inocencia. Imputa el recurrente la responsabilidad de los hechos a su suegro, un abogado ya fallecido, alegando que fue quien diseñó y organizó la operación. La invocación del derecho a la presunción de inocencia supone en trance casacional la comprobación de que en la causa exista prueba de signo incriminatorio o de cargo que pueda razonablemente ser calificada como suficiente, sin que proceda, como pretende la parte recurrente, efectuar un análisis minucioso y detallado de la resultancia probatoria suplantando al Tribunal sentenciador.

En el caso actual la prueba es contundente e irrefutable. La participación personal y directa del recurrente en la operación se encuentra documentalmente acreditada, pues fue el adquirente de las acciones y, como tal, quien asumía la condición de deudor y la obligación de respetar la suspensión de pagos y no aprovecharse del activo de la empresa, llevándola a la quiebra. Los indicios de la naturaleza dolosa de su acción son irrefutables: la desaparición de los libros, la desaparición de la sede, la desaparición de los bienes, etc. El recurrente, mayor de edad,

tenía necesariamente que conocer que al adquirir la empresa por una peseta estaba asimismo asumiendo una serie de obligaciones. Sabía, también, que participaba de modo necesario en una determinada operación, en la que su condición de propietario de las acciones era absolutamente relevante. En consecuencia, al prestarse a todo ello estaba colaborando con una aportación objetiva, decisiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto. Su condición de coautor es manifiesta. El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado».

—STS (Sala de lo Penal), de 2.04.2004:

«Fundamentos de Derecho. Octavo.— En el noveno de los motivos denuncia el error de derecho por la indebida aplicación del art. 260 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) al entender que desde el relato fáctico (JUR 2001\325572) no resulta incompatible la voluntad de los acusados de enjuagar las deudas que pudiera tener Internacional Casting mediante la creación de la nueva Gis Corporation. El motivo se desestima. Desde el respeto al hecho declarado probado lo que resulta es que los acusados realizaron con el patrimonio de la sociedad gastos suntuarios que se concretan en la realización de gastos personales a cuenta de la sociedad, en la utilización de la tarjeta de la empresa para gastos personales, como viajes, compra de materiales, etc., y en la utilización de un trabajador de la empresa para trabajar en la vivienda particular. La existencia de deudas que hacían inviable la continuación de la empresa determinó la constitución de una nueva empresa, con parte de los trabajadores, maquinaria y clientes de la antigua, hundiéndose económicamente a la anterior que se vio abocada a la quiebra. La ausencia de una contabilidad que reflejara los gastos de la sociedad permite la declaración que el tribunal realiza sobre la realización dolosa de los acusados en la crisis de la empresa».

3.6. Falsedad contable (art. 261)

—STS (Sala de lo Penal), de 19.01.1998:

«Fundamentos de Derecho. Segundo. La supuesta despenalización de la falta de contabilidad. Efectivamente en el antiguo Código Penal (artículos 523 y 524) se verificaba una remisión a los artículos 888 a 890, ambos incluidos del Código de Comercio, regulando los distintos supuestos de quiebra culpable y de insolvencia fraudulenta. No menos cierto es que el Nuevo Código Penal en sus artículos 257 al 262 no contiene esa remisión normativa, así como tampoco distingue entre quiebra fraudulenta culpable. Sin embargo, de tales datos no puede extraerse la consecuencia que los recurrentes en su adaptación de los motivos al NCP pretenden. En efecto las Leyes penales “en blanco”, conforme a la jurisprudencia constitucional (SSTC 127/1990, fundamento jurídico 3.º.B), y 118/1992), fundamento jurídico 2.º) indica que

la exigencia del principio de legalidad no suponen que sólo resulte constitucionalmente admisible la redacción descriptiva y acabada en la Ley penal de los supuestos de hecho penalmente ilícitos. Por el contrario, es posible la incorporación al tipo de elementos normativos (STC 62/1982) y es conciliable con los postulados constitucionales la utilización legislativa y aplicación judicial de las llamadas Leyes penales en blanco (STC 122/1987), esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentre agotadoramente prevista en ellas, debiendo acudirse para su integración a otra norma distinta, siempre que se den los siguientes requisitos: que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la Ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza, o como señala la STC 122/1987; se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la Ley penal se remite y resulte, de esta manera, salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada; pero es obvio que si bien falta la enumeración que efectuaba el Código de Comercio y que era aplicable en el ámbito penal por remisión de las normas correspondientes del Código de 1973, no menos cierto es que la no llevanza de contabilidad en la anterior legislación era una simple presunción (reprobable siempre e inaplicable en el ámbito penal) aunque constituía un supuesto autónomo para estimar culpable o fraudulenta la quiebra, como se deduce del número 1.º del artículo 889 del Código de Comercio. Pero todos los supuestos de los artículos citados de dicho cuerpo legal están incluidos también obviamente en el artículo 261 del NCP. Por consiguiente esta primera alegación debe ser rechazada.

Cuarto. Actuación en nombre de otro. Se alega también que el artículo 31 del NCP beneficia a los recurrentes sobre el artículo 15 bis del Código de 1973. Sin embargo no cabe aceptar tal alegación como jurídicamente fundada. La única diferencia sensible es la de la inclusión en el artículo 31 del NCP del supuesto del administrador de hecho, pero en cuanto al administrador de derecho tal figura sigue siendo igual a la de directivo u órgano de la persona jurídica a que se refería el citado artículo 15 bis. En consecuencia la adaptación de los recursos de Rafael y Luis S. C. deben ser asimismo desestimadas».

4. Incumplimiento de deberes contables

Puede interesar un comentario sobre irregularidades contables, incluso sobre ausencia de contabilidad, por parte de los sujetos activos de los procesos concursales, cuando se trate de empresarios mercantiles obligados a la llevanza contable, en la forma establecida por los arts. 25

y siguientes del C. de C., y concordantes del TRLSA (arts. 171 y ss.), para destacar su despenalización en el Código Penal, pues la ausencia de contabilidad o la doble contabilidad no ha quedado tipificada en el nuevo Código Penal, salvo en sede tributaria *ex art. 310* (delito contable).

Nieto Martín⁴⁸ se pregunta si existe una laguna de punibilidad en la desaparición de la bancarrota documental y considera:

«... una de las novedades más importantes del art. 260 del CP en el marco del derecho comparado es la ausencia de mención expresa a las quiebras documentales... La ausencia de contabilidad... impide, una vez abierto el proceso concursal, la reconstrucción del patrimonio y de las operaciones y negocios realizada por el deudor comerciante... Si la contabilidad no existe, es irregular o está falseada resultará imposible reconstruir el pasivo y el activo del deudor y detectar aquellas operaciones que pueden ser revocadas o consideradas ineficaces por haberse hecho en fraude de acreedores...».

5. Autoría y complicidad

Sobre posible complicidad, Alonso⁴⁹ recuerda que al igual que acontece respecto del tipo penal previsto en el art. 259, el art. 260, contrariamente a lo que sucedía en el antiguo Código (arts. 522 y 525), no contiene ninguna mención a los cómplices, y considera, remitiéndose al art. 28, además de al 29, que quien colabore con el deudor dolosamente para crear o agravar su situación de crisis económica, siempre que esta cooperación fuera necesaria (el que coopere a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado), será considerado como autor del delito. Si esta cooperación no es necesaria será considerado como cómplice, aunque no será sancionable la cooperación imprudente o culposa, sólo la dolosa. Para determinar cuándo hay dolo, y sin perjuicio del libre criterio del Juzgador, podrá acudirse como referente interpretativo al art. 166 de la Ley concursal, que se refiere a los cómplices de los concursos culpables.

Bueren⁵⁰ estudia la responsabilidad criminal de las personas jurídicas y el régimen aplicable a los cómplices:

«En relación a la responsabilidad de las personas jurídicas, el art. 31 CP establece que “el que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación le-

⁴⁸ NIETO MARTÍN, Adán, *op. cit.*, págs. 154 a 161.

⁴⁹ ALONSO, José M.^a, *op. cit.*, pág. 114.

⁵⁰ BUEREN RONCERO, Carlos, *op. cit.*, págs. 5-7.

gal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”. I.e., responden personalmente los administradores de hecho o de derecho de una persona jurídica, aunque no concurran en ellos las condiciones para resultar sujetos activos del delito, si la persona jurídica en cuyo nombre actúan sí reúne tales condiciones, y ello en virtud de la aplicación del principio según el cual societates delinquere non potest...

En el ámbito de las insolvencias punibles y, en particular, en el alzamiento de bienes, se configura como sujeto activo de la conducta descrita en el art. 257-1 CP, apartado 1.º el deudor, pudiendo tratarse tanto de persona física como de persona jurídica... Con relación a los delitos concursales, el art. 260-3 CP menciona éstos “y a los delitos singulares relacionados con él, cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre”. La interpretación literal de este precepto, según J.M. Alonso Puig, atentaría contra el principio de culpabilidad y contra la presunción de inocencia, por lo que sostiene este autor que “sólo en el supuesto de que el deudor (en este caso, el Consejo de Administración) conociera o consintiera los actos realizados por la persona que actúa en su nombre (director financiero) cabrá imputar a aquél el delito de insolvencia punible a que se refiere ese artículo” y, en el seno de aquél, sólo a aquéllos que lo hubieran conocido y consentido.

Siguiendo con el art. 258 CP, éste utiliza, para referirse al sujeto activo, la expresión “los responsables”, y cabe considerar como posibles sujetos activos de la conducta aquí descrita tanto a los autores como a los partícipes e, incluso, a los responsables civiles subsidiarios, dada la amplitud de la formulación del precepto (Quintero Olivares).

Pasando ya al examen de la complicidad en el seno de los delitos concursales, el art. 259 castiga la vulneración de la preferencia de pago, es decir, la conducta del deudor insolvente que, tras ser declarado en concurso, realiza un acto dispositivo para pagar una deuda preexistente, posponiendo al resto de los acreedores... En estos casos, serán cómplices del deudor insolvente aquellos acreedores que se pongan de acuerdo con él para obtener el pago de sus créditos con preferencia a los demás y sin la autorización de los órganos rectores o de los administradores del proceso. Es decir, se trata de supuestos en los que se atenta contra la par conditio creditorum.

Continuando con el art. 260 CP, que regula el tipo básico en los delitos concursales, éste, al igual que el artículo precedente y a diferencia del CP de 1973, no contiene referencia alguna a los cómplices, por lo que tendremos que remitirnos a lo dispuesto en los arts. 28 y 29 CP. Así, será autor del delito el que hubiese cooperado a la creación o agravación de la insolvencia del deudor con un acto sin el cual no se

habrá ésta logrado, es decir, el que hubiera contribuido a la misma en calidad de cooperador necesario; y será simplemente cómplice del delito aquél cuya cooperación no hubiese sido necesaria.

Finalmente, el art. 261 CP introduce la estafa procesal contable, cuyo destinatario no es sólo el deudor, sino también aquellas personas cuya colaboración resulta imprescindible para conseguir la finalidad perseguida con tal conducta: contables, asesores fiscales e, incluso, los interventores [administradores concursales]».

Sobre responsabilidad penal de los órganos auxiliares del concurso he realizado un brevísimo comentario al hilo del art. 261, pero habrá de añadirse la posibilidad de que sean reos del delito contra la Administración de Justicia por falso testimonio, tipificado en los arts. 458 a 462 CP.

6. Calificación civil y proceso penal

Considero que la calificación civil del nuevo concurso de acreedores mantiene su eficacia, como fuente de información sobre posibles ilícitos penales, aunque no vinculará a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal (art. 163.2), y cuya incoación no provocará la suspensión de la tramitación del concurso (art. 189.1).

El tratamiento de la insolvencia concursal punible *ex* arts. 259 a 261, dada su mención expresa al concurso de acreedores, se ha desvinculado de la regulación extrapenal civil o mercantil. No obstante, las Diligencias Previas que se instruyan, en su caso, pueden recibir el apoyo fáctico del procedimiento concursal, particularmente de la sección sexta del concurso sobre calificación, con la colaboración de la administración concursal. En general, los auditores de cuentas y otros peritos contables (economistas y profesores mercantiles), en estos procesos penales, pueden colaborar con su dictamen en las pruebas pertinentes.

Bueren⁵¹ comenta que desde diversos sectores se ha apuntado que separar por completo ambos órdenes (civil y penal) implica el riesgo de que el órgano decisor en el proceso penal posea un imperfecto conocimiento de la conducta de la sociedad insolvente, y que al permitir a cualquier acreedor que acuda al procedimiento penal, con la equivocada creencia de ser la vía para resarcirse del perjuicio que se le ha inferido, se provoca la tramitación de dos procesos sobre la misma realidad, pero sin la intervención en el proceso penal de los órganos concursales de administración nombrados en el proceso civil, cuando dichos órganos son los que mejor pueden averiguar la existencia o inexistencia de

⁵¹ BUEREN RONCERO, Carlos, *op. cit.*, pág. 14.

dolo en la conducta de la sociedad insolvente, al conocerla desde su interior, por lo que la colaboración de los mismos con el juez penal sería conveniente en aras de unas decisiones mejor fundadas y, por tanto, en aras de una mayor seguridad jurídica.

Sobre la determinación de las conductas típicas *ex art. 260 CP*, aunque lo considero aplicable a los demás delitos de insolvencias punibles, Nieto Martín⁵² considera conveniente emprender un viaje de regreso y seguir considerando significativos a los efectos de interpretar el delito de quiebra los comportamientos de bancarrota fraudulenta que se contienen en el Código de Comercio (arts. 890 y 891, derogados)».

7. El Ministerio Fiscal

Es evidente cierto protagonismo de los órganos auxiliares del concurso de acreedores, para el descubrimiento, acreditación y denuncia de los delitos perseguidos en el Capítulo VII del CP sobre insolvencias punibles, pero lo relevante es la intervención del Ministerio Fiscal, como titular de la acción penal, para la persecución de infracciones punibles, dada su condición de parte, en la pieza sexta del nuevo concurso (art. 184.1⁵³). Efectivamente, la alta misión constitucional del Ministerio Fiscal, en la defensa incondicionada de la legalidad y el interés público, permite asignar al Fiscal funciones del máximo relieve en el plano procesal mercantil, con la finalidad de garantizar el crédito, en general, y en aras del interés público, además de la que le es propia en su proyección punible, así como por imperativo del dictamen que debe emitir sobre la clase de concurso en la Ley concursal (art. 169), en la sección sexta, a la que se limita su intervención como parte, según la exposición de motivos. Sin embargo, no será infrecuente, dada la complejidad del art. 55 de la Ley Concursal, que deba intervenir en los supuestos de que el Juzgado de lo Mercantil plantease conflicto de jurisdicción a la Administración pública, según la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo⁵⁴. Tam-

⁵² NIETO MARTÍN, Adán, págs. 111-154.

⁵³ «En todas las secciones serán reconocidos como parte, sin necesidad de comparencia en forma, el deudor y los administradores concursales. El Fondo de Garantía Salarial deberá ser citado como parte cuando del proceso pudiera derivarse su responsabilidad para el abono de salarios o indemnizaciones de los trabajadores. En la sección sexta será parte, además, el Ministerio Fiscal».

⁵⁴ Artículo nueve. «1. El juez o tribunal que, por su propia iniciativa o a instancia de parte, considere de su jurisdicción un asunto de que está conociendo un órgano administrativo, deberá, antes de requerirle de inhibición, solicitar el informe del ministerio fiscal, que habrá de evacuarlo en plazo de cinco días».

bién el art. 12.1⁵⁵ dispone que el Ministerio Fiscal sea oído en cuestiones de competencia territorial. Además, en actuaciones por delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (Título XIII del Libro II del Código Penal), el art. 4⁵⁶ de dicha Ley Concursal encomienda al Ministerio Fiscal determinadas iniciativas relacionadas con la insolvencia de algún presunto responsable penal y el procedimiento concursal. Por último, el art. 41 de la Ley Concursal, relativo a los efectos del concurso sobre derechos fundamentales del deudor, se remite a la Ley Orgánica para la Reforma Concursal⁵⁷, cuyo artículo primero⁵⁸ autoriza la

⁵⁵ «La interposición de declinatoria, en la que el promotor estará obligado a indicar cuál es el órgano competente para conocer el concurso, no suspenderá el procedimiento concursal. En ningún caso se pronunciará el juez sobre la oposición del concursado sin que previa audiencia del Ministerio Fiscal haya resuelto la cuestión de competencia planteada...»

⁵⁶ «Cuando en actuaciones por delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico se pongan de manifiesto indicios de estado de insolvencia de algún presunto responsable penal y de la existencia de una pluralidad de acreedores, el Ministerio Fiscal instará del juez que esté conociendo de la causa la comunicación de los hechos al juez de lo mercantil con competencia territorial para conocer del concurso del deudor, a los efectos pertinentes, por si respecto de éste se encontrase en tramitación un procedimiento concursal. Asimismo, instará el Ministerio Fiscal del juez que conozca de la causa la comunicación de aquellos hechos a los acreedores cuya identidad resulte de las actuaciones penales en curso, a fin de que, en su caso, puedan solicitar la declaración de concurso o ejercitar las acciones que les correspondan».

⁵⁷ Artículo primero de la LEY ORGÁNICA 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 164, de 10 julio 2003).

⁵⁸ «1. Desde la admisión a trámite de la solicitud de declaración de concurso necesario, a instancias del legitimado para instarlo, o desde la declaración de concurso, de oficio o a instancia de cualquier interesado, y tanto en los casos de suspensión como en los de intervención de las facultades de administración y disposición del deudor sobre su patrimonio, el juez podrá acordar en cualquier estado del procedimiento las siguientes medidas: 1.ª La intervención de las comunicaciones del deudor, con garantía del secreto de los contenidos que sean ajenos al interés del concurso. 2.ª El deber de residencia del deudor persona natural en la población de su domicilio. Si el deudor incumpliera este deber o existieran razones fundadas para temer que pudiera incumplirlo, el juez podrá adoptar las medidas que considere necesarias, incluido el arresto domiciliario. 3.ª La entrada en el domicilio del deudor y su registro. 2. Si se tratare del concurso de una persona jurídica, las medidas previstas en el apartado anterior podrán acordarse también respecto de todos o alguno de sus administradores o liquidadores, tanto de quienes lo sean en el momento de la solicitud de declaración de concurso como de los que lo hubieran sido dentro de los dos años anteriores. 3. La adopción de cualquiera de las medidas descritas en el apartado 1 de este artículo se acordará previa audiencia del Ministerio Fiscal y mediante decisión judicial motivada, conforme a los siguientes criterios: a) La idoneidad de la medida en relación con el estado del procedimiento de concurso; b) El resultado u objetivo perseguido, que se expondrá de manera concreta; c) La proporcionalidad entre el alcance de cada medida y el resultado u objetivo perseguido; d) La duración de la medida, con fijación del

intervención de las comunicaciones postales y quizá en las telefónicas, así como el supuesto de registro en el domicilio del deudor, sus administradores o liquidadores y de los que lo hubieran sido dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso, en las que resultará imperativa la intervención del Ministerio Fiscal.

La Ley 10/1995, de 24 de abril, crea la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción, a la que se faculta, por modificación de la Ley 50/1981, para intervenir

«directamente en procesos penales de especial trascendencia, apreciada por el Fiscal General del Estado, en relación a: a) Delitos contra Hacienda Pública, contrabando, y en materia de control de cambios. b) Delitos de prevaricación. c) Delitos de abuso o uso indebido de información privilegiada. d) Malversación de caudales públicos. e) Fraudes y exacciones ilegales. f) Delitos de tráfico de influencias. g) Delitos de cohecho. h) Negociación prohibida a los funcionarios. i) Delitos comprendidos en los capítulos IV y V del Título XIII del Libro II del Código Penal. j) Delitos conexos con los anteriores».

8. Concurso de delitos

Un comentario sobre el concurso de delitos, para expresar la inquietud sobre la compatibilidad del delito de insolvencia (art. 260) con alguno de los delitos societarios y, particularmente, con los tipificados en los arts. 290 y 295 del Código Penal, que sancionan la falsedad en las cuentas anuales u otros documentos y la administración desleal del patrimonio ajeno, es decir, castigan el incumplimiento doloso del macroprincipio contable de la imagen fiel y la disposición fraudulenta de bienes o asunción de obligaciones, en perjuicio de terceros vinculados con la entidad que administran. Al respecto, viene a colación lo dis-

tiempo máximo de vigencia, que no podrá exceder del estrictamente necesario para asegurar el resultado u objetivo perseguido, sin perjuicio de que, de persistir los motivos que justificaron la medida, el juez acuerde su prórroga con los mismos requisitos que su adopción. Durante el tiempo de vigencia de la medida, el juez podrá acordar en cualquier momento su atenuación o cese. 4. La intervención de las comunicaciones telefónicas deberá realizarse conforme a lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. 5. La autorización judicial de entrada y registro en el domicilio del deudor o de las personas a las que se refiere el apartado 2 de este artículo, cuando nieguen su consentimiento, habrá de basarse en indicios racionales de existencia de documentos de interés para el procedimiento concursal, no aportados, o en la necesidad de esta medida para la adopción de cualquier otra procedente. 6. Las decisiones judiciales estimatorias podrán ser recurridas en apelación por el deudor en el plazo de cinco días, sin efectos suspensivos, ante la Audiencia Provincial. Este recurso tendrá tramitación preferente».

puesto en el art. 260.3 del Código Penal: «Este delito [el de quiebra] y los delitos singulares relacionados con él, cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre, podrán perseguirse...». Puede ponerse en relación con la doctrina sobre delitos autónomos, en la regulación anterior del delito de quiebra y concurso, y la responsabilidad de los órganos auxiliares de los procedimientos concursales en su descubrimiento y denuncia, con apoyo fáctico en la contabilidad. No debe olvidarse el denominado *delito contable*, ex art. 310 del CP, en sede tributaria.

Sobre el concurso de leyes, Rodríguez Ramos⁵⁹ expresa fundada crítica sobre el art. 8 del CP, que ofrece una serie de criterios imperativos para solucionar los llamados concursos impropios, aparentes, de leyes o normas, con causa en un doble y grave error: a) por no haber reducido su contenido al principio de especialidad; y, b) por mantener el contenido del derogado art. 68 como regla cuarta.

9. Prescripción

Por último, una brevísima referencia a la prescripción, para concretar que los delitos de insolvencias punibles, previstos en los arts. 257 a 259, por tratarse de delitos graves, con penas de prisión que pueden superar los tres años (de uno a cuatro), prescriben a los cinco años. El delito ex art. 260, que puede ser sancionado con penas de prisión superiores a cinco años (de dos a seis), prescribirá a los diez años. Y el delito castigado en el art. 261, que puede ser penado de uno a dos años, prescribirá a los tres años. El cómputo de la prescripción se inicia el día que se haya cometido la infracción punible, pero sobre cuándo se entiende cometida la infracción, la doctrina científica se encuentra dividida, según se defienda «la teoría de la acción» o «la teoría del resultado».

La STS (Sala Segunda), de 15.12.1997, en el Fundamento de Derecho Cuarto, resuelve:

«Entiende que por tratarse de un delito menos grave, la prescripción se produce a los tres años y la propia recurrente denunció la paralización del procedimiento de 13 de diciembre de 1989 a 21 de enero de 1993. Esta Sala no puede compartir los argumentos de la parte recurrente y sí acepta, por el contrario, íntegramente, los utilizados por

⁵⁹ RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, «Error reduplicado en la regulación del concurso de leyes (exégesis crítica del art. 8 del Código Penal)». *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 330, año VIII, 19 de febrero de 1998, págs. 1-4.

el Tribunal de instancia en el fundamento jurídico primero de la sentencia.

A solicitud de la defensa de los acusados, por ser más favorable el Código Penal de 1995, se elevaron a definitivas las calificaciones de conformidad con esta normativa. En cuanto a la invocada prescripción del art. 131.1 y 3, hay que tener en cuenta que el delito de quiebra se encuentra sancionado con pena de prisión de dos a seis años y multa de ocho a veinticuatro meses y el precepto citado como infringido, el art. 131, recoge la prescripción a los diez años cuando la pena señala sea de más de cinco y menos de diez años. Con tal claridad el motivo tiene que perecer, habida cuenta además de los argumentos de la Sala de instancia que este Tribunal ratifica para evitar repeticiones».

Para finalizar, presento mis disculpas por el intrusismo en materia penal y en otras, que puede justificarse, con benevolencia, por la intención de colaborar con mis compañeros de oficio, así como para que abogados y otros operadores jurídicos conozcan las limitaciones que padecemos algunos miembros de la profesión contable.

LA INTERPRETACION E INTEGRACION DE LAS LAGUNAS DE LA CONVENCION DE VIENA DE 1980: LOS PRINCIPIOS EN QUE SE INSPIRA Y LOS PRINCIPIOS «UNIDROIT»

Javier San Juan Crucelaegui

Doctor en Derecho. Profesor en la Universidad de Deusto

Sumario: Introducción. I. La necesidad de uniformidad en la interpretación de un texto internacional y en la integración de sus lagunas. II. La relevancia de los Principios generales en que la Convención se inspira para la integración de sus lagunas: cuestiones sistemáticas previas. 1. La necesaria presencia en la Convención de principios generales subyacentes a la misma. 2. Las pautas para la identificación de los Principios generales. III. La especial relevancia del Principio de buena fe en la interpretación de la Convención y en la integración de sus lagunas. 1. La problemática recepción del principio de buena fe en la Convención de Viena. 2. El Principio de buena fe en la interpretación del contrato. A. *El Principio de buena fe en los sistemas del Common Law*. B. *El Principio de buena fe en los sistemas de inspiración civilista*. C. *El Principio de buena fe en la Convención*. IV. La identificación de otros Principios generales subyacentes a la Convención. 1. El principio de buena fe y sus implicaciones. 2. Los principios generales relativos a la concepción del contrato. 3. Principios relativos a las obligaciones de las partes. 4. Principios relativos a los derechos de las partes. 5. Principios relativos a la transmisión del riesgo. 6. Principios relativos al cómputo de los plazos contractuales. 7. Principios relativos al pago del precio. V. La utilización de los Principios UNIDROIT para la integración de la Convención de Viena de 1980. 1. La posibilidad de la interpretación e integración de la Convención de Viena mediante la utilización de los Principios UNIDROIT. 2. Los supuestos de dificultad en la coordinación entre la Convención de Viena y los Principios UNIDROIT. A. *Las diferencias apreciables entre las regulaciones de ambos textos*. B. *La determinación de la preeminencia entre ambos textos*. 3. La utilización de los Principios UNIDROIT por los Tribunales internos. 4. La Convención de Viena y los Principios UNIDROIT en el arbitraje de derecho. 5. La Convención y los Principios UNIDROIT en el arbitraje de equidad.

Introducción

El art. 7 de la Convención de Viena de 1980 (CV) contempla dos cuestiones de índole general. La primera de ellas es cuestión tradicional, común a cualquier texto jurídico, relativa a los problemas que pudiera presentar la interpretación del texto y la significación precisa del mismo. En lo relativo a tal cuestión, dicho precepto pone de relieve —como no podía ser de otra manera— la necesidad de un especial énfasis en la necesidad de proporcionar impulso a la uniformidad de su interpretación potencialmente universal para, a continuación y a tal objeto, hacer expresa referencia a la observancia y propagación del principio de buena fe.

La segunda pone de manifiesto un mayor grado de complejidad, y es la relativa a la definición de los criterios a utilizar para colmar las lagunas de que el texto pudiera resentirse. Para ello, la CV contiene una mención secundaria al recurso a los criterios de un ordenamiento jurídico interno, aquél cuya aplicabilidad resultare declarada por la norma de conflicto. Tal criterio resulta de clara inadecuación conceptual cuando se trata de un texto internacional (transnacional), de aplicación potencialmente universal. En consecuencia, la auténtica y veraz respuesta o solución radicará en la definición o inducción de aquellos principios generales en los que la Convención se inspira y que subyacen a la misma.

I. La necesidad de uniformidad en la interpretación de un texto internacional y en la integración de sus lagunas

Los criterios para la interpretación de la CV consisten, en primer lugar, en la consideración de su carácter internacional de lo que deriva la necesidad de uniformidad en su interpretación potencialmente universal, ajena, por tanto, a los criterios hermenéuticos de los sistemas jurídicos internos; en segundo lugar, la interpretación de la Convención debe ser guiada por la observancia del principio de buena fe¹. Lo bus-

¹ Sobre la interpretación de la Convención, *vid.* ADAME GODDARD, *Reglas de interpretación de la Convención sobre compraventa internacional de mercaderías*, en «Diritto del Commercio Internazionale», 1990, págs. 103 y sigs.; BONELL, *La Convenzione di Viena sulla vendita internazionale: origini, scelte e principi fondamentali*, en «Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile», 1990, págs. 727 y sigs.; EÖRSI, *A Propos the Viena Convention for the International Sale of Goods*, en «American Journal of Comparative Law», 1983, págs. 349 y sigs.; FERRARI, *Interpretation Uniforme de la Convention de Vienne de 1980 sur la Vente Internationale*, en «Revue Internationale de Droit Comparé», 1996, n.º 4,

cado consiste en la evitación de la aplicación a la Convención de los criterios de interpretación pertenecientes a un ordenamiento jurídico que, por su particularismo², habrán de resultar generalmente inadecuados para la hermenéutica de un texto de origen y aplicación internacionales, pretendiéndose, pues, la preservación de la uniformidad en la interpretación y aplicación de la Convención³.

págs. 814-852; PERALES VISCASILLAS, *Una aproximación al art. 7 de la Convención de Viena 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías*, en «Cuadernos de Derecho y Comercio», n.º 16, 1995, págs. 55 y sigs; SAN JUAN CRUCELAEGUI, *La aplicación e interpretación de la Convención de Viena de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías*, en «Estudios de Deusto», Vol. 51/2, 2003, págs. 195-231.

² Resulta de extrema importancia que la Convención reciba una interpretación homogénea por parte de los tribunales de los diferentes países signatarios, por lo que los fallos jurisprudenciales pronunciados por los tribunales de cada país no pueden resultar indiferentes a los demás. En lo que a jurisprudencia sobre la Convención se refiere, *vid.* BONELLI, *Rasegna giurisprudenziale in tema di vendita internazionale*, en «Diritto del Commercio Internazionale», 1993, 1994, 1995, 1996; FERRARI, *Specific Topics of the CISG in the Light of Judicial Application and Scholarly Writing*, en «Journal of Law and Commerce», 1995; FERRARI, *La compraventa internacional: aplicabilidad y aplicaciones de la Convención de Viena de 1980*, Valencia, Tirant lo blanch, 1999, págs. 327-332; PILTZ, *La Convención de Viena de 1980 de Compraventa Internacional de Mercaderías en la jurisprudencia internacional*, en «La Ley», 1992-3, págs. 942 y sigs; VÁZQUEZ LEPINETE, *Primera jurisprudencia sobre la Convención de Viena*, en «Rev. General de Derecho», 1996, págs. 3437 y sigs; WILL, *International Sales Law under CISG. The UN Convention on Contract for the International Sale of Goods. The First Hundred Decisions*, en «Cahiers des Etudiants Allemands en Droit a Genève», Ginebra, 1994, reproducido en «Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods», 1995; del mismo autor, *The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods. International Bibliography 1980-1995. The First 150 or so Decisions 1988-1995*, Ginebra, 1996; del mismo autor, *The First 464 or so decisions*, Ginebra, 1998; WITZ, *Les premieres applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale (Convention des Nations Unies du 11 avril 1980)*, París, LGDJ, 1995.

³ Los fallos jurisprudenciales y arbitrales sobre la Convención sobrepasan ya el millar de decisiones. Además de las publicaciones de jurisprudencia mencionadas a lo largo del presente trabajo, en particular su Sección 2.ª, existen diversas bases de datos en las que es posible encontrar referencias de gran amplitud. Son las siguientes:

- 1) CISG W3, Base de datos del *Institute of International Commercial Law*, Universidad de Pace (White Plains-New York), dirigida por KRITZER y TRIFFIN, accesible en www.cisg.law.pace.edu
- 2) UNILEX, *International Case Law and Bibliography on the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, del «Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e straniero», Roma, dirigido por BONELLI, accesible en www.unilex.info.
- 3) CLOUT, *Case Law on Uncitral Texts*, accesible en www.uncitral.org.
- 4) UNIDROIT, *Base de datos del Instituto Internacional para la unificación del Derecho Privado*, Roma, accesible en www.UNIDROIT.org.
- 5) CISG, España y Latinoamérica, BD de la Universidad Carlos III de Madrid, dirigida por ILLESCAS ORTIZ y PERALES VISCASILLAS, accesible en www.uc3m.es/cisg.

La consideración de la internacionalidad esencial de la Convención trae consigo la proscripción de los criterios interpretativos propios de los ordenamientos jurídicos internos de lo que debe seguirse, consecuentemente, una aplicación hermenéutica desvinculada del significado propio y tradicional de los términos de los ordenamientos internos. Por tanto, en la interpretación de la Convención de Viena es preciso desvincularse de conceptos particulares que sean privativos de un determinado ordenamiento jurídico⁴. Ello se pone más claramente de manifiesto si se tiene en cuenta que la Convención es igualmente auténtica en seis idiomas, lo que conduce inexorablemente a evitar una interpretación de cada uno de sus términos no sólo según las diferentes lenguas, sino también en función del significado propio que les otorgan los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales⁵.

Es distinto el caso de aquellos conceptos típicos de determinado ordenamiento jurídico interno que, sin embargo, han sido adoptados como propios por la Convención para la construcción de su propio y específico andamiaje conceptual, lo que sucede en mayor medida con conceptos procedentes de los sistemas anglosajones aun cuando también se depare cabida, aun cuando en menor grado, a conceptos e instituciones procedentes de los ordenamientos de inspiración civilista. Siendo tal el caso, parece claro que la correcta interpretación de los términos y conceptos de la Convención llevará a la utilización de los desarrollos y criterios interpretativos que se hubieren producido en el ámbito jurídico de procedencia de tal concepto o institución⁶.

En cuanto a la integración de las lagunas de un texto internacional, de aplicación potencialmente universal, se ha señalado, fundadamente, que una de las carencias del derecho internacional uniforme se encuentra, precisamente, en la propia naturaleza de las cosas. Los procesos de unificación jurídica no pueden comenzar con una codificación general del Derecho civil, ni tan siquiera del Derecho de obligaciones. Proyec-

⁴ La afirmación es de FERRARI, *La compraventa internacional...* cit., pág. 31.

⁵ Cfr. ILLESCAS ORTIZ y PERALES VISCASILLAS: *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2003, pág. 118.

⁶ *Vid.*, VAN DER VELDEN, *Indications of the Interpretation by Dutch Courts of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, en «Netherlands Reports to the Twelfth Congress of Comparative Law: Sidney-Melbourne 1986», págs. 33 y sigs, para quien «en caso de que la fuente de una disposición de derecho uniforme pueda identificarse en un derecho nacional, este derecho nacional lógicamente constituye un instrumento de ayuda en la interpretación de las disposiciones de derecho uniforme»; en igual sentido, MANN, *Uniform Statutes in English Law*, en «Law Quaterley Review», 1983, pág. 383.

tos de esta índole requerirían inmensos esfuerzos y, probablemente, seguirían siendo una utopía. Si el derecho debe ser aceptado, lo que resulta aún más evidente en el derecho internacional unificado que en el nacional, tiene que estar fundamentado en convicciones jurídicas que deben ser compartidas por la mayoría de los destinatarios de dicho derecho. Teniendo en cuenta las diferencias sociales, económicas, políticas e ideológicas que diferencian a los Estados y que influyen en áreas jurídicas sensibles (por ejemplo, el derecho de protección de los consumidores), no es fácil hablar de convicciones fundamentales comunes ya existentes. Por tanto, la unificación jurídica entre varios Estados tiene que producirse a propósito de cuestiones más concretas y parciales. Así, por ejemplo, el esperado *Code des Obligations*, de 1929, con el que se pretendió la unificación de los derechos de obligaciones francés e italiano nunca llegó a ver la luz. Incluso, a pesar de la estrecha colaboración legislativa existente entre los países del norte de Europa, no pudo llevarse a cabo una codificación general de amplias materias jurídicas sino, únicamente, leyes singulares como las leyes sobre la compraventa. La promulgación del *Uniform Commercial Code* (UCC) de los EE.UU. hubiera sido probablemente imposible sin sus precedentes como la *Uniform Sales Act* de 1906.

Por otra parte, unido a la realización de los procesos de unificación se encuentra un cierto carácter fragmentario de la regulación. Incluso en convenciones de amplia repercusión como la Convención de Viena, en la que se ha querido regular de manera extensa las relaciones contractuales entre las partes de la compraventa, quedan sin resolver cuestiones sobre el derecho general de obligaciones, por lo que su coordinación con un sistema legal nacional resulta problemática.

Las afirmaciones anteriores arrastran la consecuencia de la necesidad o conveniencia del establecimiento de principios generales rectores de las actividades mercantiles internacionales que, además, pudieran coadyuvar a la interpretación de textos asimismo internacionales. Por ello, junto a la definición e inducción de los principios generales que inspiran y subyacen a la Convención, se ha de tomar en consideración que el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), con sede en Roma, ha publicado «Los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales» (PCCI), texto que recoge y contempla los principios de aplicación a la generalidad de tipos y categorías contractuales y, por lo mismo, también al contrato de compraventa internacional de mercaderías, por lo que dichos Principios UNIDROIT podrían resultar complementarios de los principios generales subyacentes a la Convención de Viena de 1980.

II. La relevancia de los Principios generales en que la Convención se inspira para la integración de sus lagunas: cuestiones sistemáticas previas

La integración de las lagunas de que el texto de la CV pudiera resentirse es lo contemplado en el art. 7. 2 de la Convención, a cuyo tenor «las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado».

El citado precepto, que ostenta especial relevancia en el ámbito de la Convención, es consecuencia de la reacción suscitada por la incertidumbre que anteriormente se había derivado del art. 17 de la LUCI, de forma que el art. 7 (2) de la Convención vino a constituir un compromiso entre quienes temían que los tribunales experimentaran una quejencia que les llevara a una precipitada y prematura utilización del ordenamiento interno de aplicación, a quienes iba dedicada la mención a los principios generales y, de otro lado, aquellos que dudaban de que los principios generales pudieran ser precisados, en atención a los cuales el citado precepto finalizó con la inclusión de la remisión a un sistema interno por el intermedio de la norma de conflicto⁷.

Sin embargo, a pesar de la literalidad del art. 7. 2 de la Convención, antes de recurrir a la aplicación de alguno de los principios generales en que aquélla se fundamenta e inspira, es preciso hacer mención, en primer lugar, del recurso a la analogía⁸, tras lo cual corresponderá el recurso a los principios generales subyacentes a la Convención para, en último lugar, a falta tanto de orientación fundamentada en la analogía como de principios generales, el art. 7. 2 CV permite el recurso a los criterios integradores de aquel ordenamiento interno cuya aplicación fuera reclamada por la norma de conflicto⁹. El precepto pretende dis-

⁷ Cfr. En particular BIANCA Y BONELL (coords.): *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Milán, Giuffré, 1987. Colaboraciones, entre otros, de BARRERA GRAF, BIANCA, BONELL, EVANS, FARNSWORTH, KAYME, KNAPP, MASKOW, NICHOLAS, RAISKY, RONDINO, SONÓ, TALLON, WILL, pág. 78.

⁸ Para ello será necesario el cumplimiento de un doble requisito pues, en un primer momento, será necesaria la identificación de la norma rectora de un supuesto semejante al carente de regulación, para analizar, a continuación, la similitud entre el caso efectivamente previsto por la norma y las características del caso que se trata de resolver. Cfr., en particular, BONELL, en BIANCA y BONELL (coords.), *Commentary on the International Sales Law*, cit. pág. 78.

⁹ La inclusión del art. 7 II en la Convención fue muy controvertida, habiendo quedado expresamente excluido durante las deliberaciones iniciales. También en la Conferencia di-

tanciar a la Convención de la orientación anteriormente seguida por la LUCI¹⁰, la cual impedía el recurso al sistema conflictual para la interpretación e integración de sus lagunas, lo que constituyó una de las razones del parco éxito registrado por el citado texto uniforme internacional. Redacción parecida a la del art. 7 II de la Convención ya había sido incluida en el art. 11 del primer borrador de la Ley Unificada sobre Compraventa, de 1935, según el cual, «caso de que la presente Ley no regule de forma expresa un supuesto y no se hubiera previsto la aplicación de un derecho nacional, el Tribunal deberá decidir de acuerdo con los principios generales por los que se rige esta Ley»¹¹.

La pauta inspiradora del art. 7. 2 de la Convención ha sido seguida por otras convenciones internacionales posteriores. Constituye así elemento esencial de las disposiciones generales de esta clase de convenciones. Aun tomando en consideración lo anterior, el precepto ha sido objeto de intensas críticas doctrinales¹² pues, de un lado, transmite una impresión de rechazo frente a la aplicabilidad de criterios internos y, de otro lado, determina su aplicabilidad a falta de principios generales inspiradores de la Convención. Además, puede señalarse que entra en fricción con el criterio del art. 7. 1 que señala como criterio interpretativo de la misma la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación, lo que difícilmente puede ser conseguido por recurso a los criterios de

plomática de 1980, este precepto fue muy discutido. La redacción actual se basó en una propuesta de compromiso de Alemania que unió principios generales y Derecho Internacional Privado, logrando una ajustada mayoría.

¹⁰ Cfr. DEFRANCO y DORE, *A comparison of the non-substantive provisions of the UNCITRAL convention on the international sale of goods and the UCC*, en «Harvard International Law Journal», 1982, pág. 63.

¹¹ El citado precepto fue interpretado en el sentido de que establece el principio general para la integración de las lagunas del texto. Dado que los jueces pertenecen a sistemas jurídicos diferentes y están acostumbrados a aplicar derechos distintos, el peligro para el mantenimiento de un ámbito jurídico realmente único reside en la existencia de interpretaciones jurídicas divergentes, pues existe el riesgo de que los Tribunales, para llenar las lagunas, apliquen su ordenamiento jurídico interno, con lo que desaparecería la deseada unidad jurídica. Sin embargo, los fundamentos unitarios de decisión son absolutamente imprescindibles. Por ello, dicho precepto establece que los conflictos no expresamente regulados por la Ley también queden sometidos a la misma, debiendo ser resueltos de acuerdo con el espíritu que emana de los principios de la Ley. Estos principios son calificados como generales, en expresión que recuerda al art. 38 del Estatuto del Tribunal Permanente de La Haya y que hace referencia, como fuente de derecho, a los elementos comunes de los conceptos jurídicos que deben ser hallados por comparación de los sistemas jurídicos. Cfr. RABEL, *The Hague Conference on the Unification of Sales Law*, en «The American Journal of Comparative Law», 1952, págs. 58-69.

¹² Cfr. KAHN, *La Convention de Vienne du 11 avril 1980: caracteres et domaine d'application*, en «Droit et Pratique du Commerce Internationale», 1989, págs. 397-398.

los ordenamientos internos entre los que, frecuentemente, se impone la apreciación de diferencias y discrepancias.

En consecuencia, es de señalar que tales consideraciones y, singularmente, la propia literalidad del art. 7 de la CV, pese a sus imprecisiones y contradicciones, implican que el sistema conflictual puede ser, únicamente, utilizado con carácter residual para la integración de las lagunas de que pudiera resentirse el texto de la Convención.

La apreciación de la existencia de lagunas en la Convención dependerá, en buena medida, de la propia interpretación que se dispense a sus disposiciones. En cualquier caso, la integración de las lagunas de que la Convención pudiera finalmente resentirse en cuestiones que, aun regidas por la Convención, no se hallaren expresamente resueltas en ella, debe tomar en consideración el recurso a los propios principios generales en que se basa la Convención como principal criterio integratorio del texto. La definición o inducción de aquellos principios generales inspiradores de un texto internacional, a los que éste obedece y se sujeta, resulta de decisiva relevancia pues es altamente improbable que la redacción y literalidad de un texto internacional resulten perfectamente completas en sí mismas.

Cuando la Convención careciere de norma de expresa aplicación y la analogía tampoco proporcionare criterios que permitieran colmar el silencio del texto, procederá la integración de tal laguna mediante la utilización de los principios que subyacen a la Convención y en los cuales ésta se inspira. De acuerdo con la exposición de Honnold¹³, una respuesta mesurada a la invitación de la Convención a la aplicación de principios generales, con anterioridad a la utilización de un ordenamiento interno, puede suavizar la confusión inherente al sistema conflictual y ayudar a evitar la aplicación no crítica y torpe del Derecho extranjero. Tal concepción del art. 7.2 puede ayudar, a través de la casuística y de la doctrina, a la creación de un derecho uniforme de acuerdo con las circunstancias cambiantes. El problema, sin embargo, estriba en que la Convención no enumera tales principios, por lo que doctrina y jurisprudencia han intentado la identificación y precisión de los principios generales sobre los que la Convención se estructura.

Pese a las afirmaciones anteriores y, quizá, como consecuencia de las mismas, el establecimiento de principios generales rectores de las actividades mercantiles internacionales que, además, pudieran coadyuvar a la interpretación de textos asimismo internacionales, puede resultar de extrema importancia. En este sentido, caben determinadas re-

¹³ *Ibidem*, pág. 154.

flexiones acerca del art. 7 de la Convención que, asimismo, podrían ser igualmente extendidas a disposiciones similares recogidas en convenciones sobre otros contratos como los de representación, *leasing* o *factoring*.

1. *La necesaria presencia en la Convención de principios generales subyacentes a la misma*

Caso de que, en el proceso de aplicación de la Convención, resultare necesario el recurso a los principios generales mencionados en su art. 7 II, será necesaria la previa certeza en el sentido de que la cuestión planteada afecta a una materia regulada por la Convención, aun cuando no expresamente resuelta por la misma (laguna interna).

Dejando a un lado los supuestos expresamente excluidos de la Convención (vgr. la transmisión de la propiedad), en ocasiones resulta difícil trazar la línea divisoria entre las materias reguladas y excluidas de la Convención. Tal es el problema en lo relativo a la inclusión o exclusión de las reclamaciones precontractuales, a la regulación de la compensación, aun de forma parcial, o a la regulación de la carga de la prueba. La identificación o inducción de principios jurídicos de carácter general, suficientemente ciertos, extraídos de la propia Convención, contribuiría a la aplicación más homogénea de la Convención. La finalidad del art. 7 de la Convención, así como de determinados preceptos de otras convenciones unificadoras del derecho privado más recientes, es garantizar dicha aplicación.

Por el contrario, la posibilidad de aplicación de principios generales ajenos a la Convención resulta difícil y dudosa. Así, de acuerdo con el texto y antecedentes del art. 7 de la Convención, no resulta posible el recurso a los principios jurídicos generales reconocidos por los Estados a los que hace referencia el art. 38 del Estatuto del Tribunal Internacional. A pesar de que tal idea inspiró en cierta medida el borrador de 1935, la misma no fue aplicada íntegramente. El texto del art. 7 II de la Convención únicamente permite la aplicación de aquellos principios que supongan basamento para la Convención (como se recoge en la preponderante versión inglesa, mientras que la versión francesa, menos restrictiva, hace referencia a los principios «en los que se inspire»). En consecuencia, la Convención deberá indicar, o de la misma se deberá poder deducir con la suficiente certeza, que un determinado principio general le subyace. Sin tal vinculación al texto y a la estructura de la Convención, la aplicación de principios generales resultaría aleatoria, poniéndose en serio riesgo el objetivo de homogeneidad de la interpretación.

Por lo mismo, en términos generales, tampoco resulta posible la posibilidad de integración de lagunas mediante la identificación, para ca-

sos concretos, de principios comunes por comparación entre los ordenamientos jurídicos de los Estados firmantes de la Convención. En este caso, también faltaría el nexo entre los principios así obtenidos y la Convención, así como, probablemente, una verdadera aceptación general de dichos principios. Por otra parte, una comparación intensiva de diversos sistemas jurídicos con el fin de obtener un principio general para un caso concreto supondría un esfuerzo excesivo para el agente aplicador del derecho, por lo que, en muchas ocasiones, prevalecería la tendencia a entender como correcta la solución dada al caso concreto por el ordenamiento interno propio. Un planteamiento de este tipo no puede servir a la unidad interpretativa y de aplicación de la Convención.

En conclusión y en principio, el art. 7 II de la Convención se limita a aquellos principios generales que forman la base de la Convención, que la han inspirado y respecto de los cuales la propia Convención contiene puntos de referencia, por lo que resulta dudoso el recurso a principios generales ajenos a la Convención.

Sin embargo, podría ser conveniente dispensar una consideración especial, incluso con rango de excepción a la afirmación anterior, a aquellos casos en que se hubieran desarrollado principios básicos de carácter general que hubieran sido aprobados internacionalmente y gozaran de aceptación general¹⁴. Aunque inicialmente la Convención no se haya basado en estos principios, no parece se deba excluir radicalmente el recurso a tal método de desarrollo. De esta forma se podría combatir la tantas veces criticada «fossilización» del Derecho uniforme. Aún así, debería ser condición previa la aceptación internacional de los principios generales así creados.

2. Las pautas para la identificación de los principios generales

De la Convención de Viena (y de otras convenciones de derecho uniforme) se pueden extraer principios generales mediante distintas consideraciones.

¹⁴ La referencia lo es a la codificación de los principios generales de la contratación internacional preparada por UNIDROIT. Vid. BOELE-WOELKI, *Principles and Private International Law: the UNIDROIT Principles and the Principles of European Contract Law: How to Apply Them to International Contracts*, en «Uniform Law Review», 1996, págs. 652 y sigs. Más adelante se examinará con mayor detenimiento el grado en que los *Principles of International Commercial Contracts* desarrollados por UNIDROIT cumplen con este requisito. Sobre el intento de consecución de una codificación europea al respecto, vid. DÍEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, Civitas, 2002.

Por un lado, algunas disposiciones de la Convención reclaman su aplicación a todo el cuerpo legal, tales como el art. 6 (principio de la autonomía de las partes), el art. 7 I (principio de buena fe), o el art. 11 (principio de libertad de forma). Su carácter de norma general se desprende de su contenido y de su posición sistemática al hallarse incluidos entre las «Disposiciones generales» de la Convención. En sentido estricto, no deberían ser considerados entre los principios generales aludidos en el art. 7 II, al exteriorizar de forma clara su aplicación general, no siendo por tanto principios que «se encuentren ocultos en la ley... sin gozar de una expresión directa». Sin embargo, como consecuencia de su capital importancia que, a veces, excede su tenor literal, resulta adecuada su inclusión entre los principios generales de la Convención.

Por otra parte, otros principios de tipo general pueden ser extraídos de diferentes disposiciones concretas. Así, los arts. 67 II y 69 II de la Convención establecen que la transmisión del riesgo presupone la puesta a disposición de la mercancía, principio que puede resultar generalizable a aquellos casos en los que la cuestión, como sucede con el contenido del art. 68, no esté expresamente regulada.

Además, cabe considerar que otras disposiciones concretas contienen criterios jurídicos susceptibles de generalización que pueden ser aplicados a cuestiones análogas. El art. 20 II de la Convención puede servir como ejemplo. Según esta norma, los días festivos no prorrogan los plazos de aceptación salvo que la entrega no hubiera sido posible por causa de tal festividad. Este criterio puede ser generalizado en el sentido de entender que todos los plazos incluyen los días festivos (por ejemplo, también para las entregas), salvo que la correspondiente actuación (por ejemplo, la entrega) no pudiera ser llevada a cabo debido a un día festivo. En tal caso el plazo se prorrogaría consecuentemente.

Finalmente, del contexto general cabe inferir la existencia de algún principio general, aun cuando el mismo no resulte expresamente citado. A título de ejemplo, en tal sentido, cabe la mención de la regla *pacta sunt servanda*, principio no mencionado en ningún precepto de la Convención que, sin embargo, constituye el fundamento de la regla de excepción del art. 79 que establece el momento en que un deudor se libera de su obligación.

En cuanto a las pautas sistemáticas para la identificación de tales principios generales¹⁵, pueden mencionarse las siguientes:

¹⁵ Cfr. HONNOLD, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3.^a ed., Deventer/Boston, Kluwer, 1999, págs. 152 y sigs.

- 1) El primer paso debe consistir en el examen de los supuestos regulados expresamente por las disposiciones de la Convención.
- 2) El segundo paso implica la formulación de alguna de las dos conclusiones siguientes consistentes en que, (i) o bien la redacción de la Convención ha rechazado deliberadamente la regulación de cuestiones determinadas y, por ende, la inclusión de determinadas disposiciones, o bien (ii) que la carencia de una disposición específica para la regulación del problema en cuestión resulta de un fallo para anticipar y resolver esta cuestión.
- 3) El tercer paso, en el supuesto de que se hubiera colegido la última conclusión, consistiría en considerar si la comparación entre aquellos casos efectivamente regulados por las disposiciones de la Convención con el caso en cuestión arroja tal grado de analogía que un legislador no habría elegido deliberadamente unos resultados discordantes para un pluralidad de situaciones similares. En este caso, parece apropiado concluir que el principio general que abarque estas situaciones está comprendido en el art. 7. 2 de la Convención. Por tanto, el método incluye la aplicación analógica de las disposiciones específicas de la Convención.

III. La especial relevancia del Principio de buena fe en la interpretación de la Convención y en la integración de sus lagunas

La observancia de la buena fe en el comercio internacional es principio de interpretación de la Convención, que establece como finalidad general de interpretación la obligación de aseguramiento de la observancia de la buena fe en el comercio internacional. Con ello, el art. 7 trata de evitar el recurso prematuro a un ordenamiento interno.

1. La problemática recepción del principio de buena fe en la Convención de Viena

Sin embargo, la recepción del principio de buena fe en la Convención, así como el alcance y significado del principio, es cuestión objeto de opiniones diferentes, lo que resulta ser consecuencia de que la Convención hace mención del principio de buena fe exclusivamente en lo atinente a la interpretación de su propio texto por lo que, tomado el art. 7, 1 en su literalidad, tal función interpretativa es la única respaldada por el citado precepto y, por lo mismo, es disposición substancialmente dirigida a jueces y árbitros llamados a la práctica interpretativa de la Convención.

El citado precepto ha sido objeto de comentarios críticos y apelativos tales como que se trata de «un desafortunado compromiso»¹⁶, «previsión ciertamente peculiar»¹⁷ o, no sin una cierta ironía, «compromiso propio de hombres de estado»¹⁸ que no entraña la imposición a las partes del contrato de un deber de buena fe. La turbulenta historia de la preparación de la Convención pone de manifiesto que la introducción del principio constituyó un compromiso de difícil construcción. Mientras algunos países eran favorables a su introducción, otros argumentaron que contenía un mandato demasiado impreciso en relación a lo requerido por un conflicto internacional, que tendría que ser cumplido por los jueces, por lo que hicieron patente su oposición a cualquier referencia general al principio de buena fe. De resultas de ello y de la cierta ambigüedad del texto, son diversas las posturas doctrinales sobre el alcance del principio de buena fe en la Convención.

Para una primera dirección doctrinal, la Convención debe ser interpretada desde su estricta literalidad, lo que llevaría a colegir que el principio no estaría contemplado en la Convención. A ello cabría adjuntar la consideración de que tampoco podría ser extraído de los principios generales en que se fundamenta la Convención. Y aún cabría argumentar que podría constituir auténtica perversión dar cabida a un principio general de buena fe por la puerta de atrás¹⁹.

Para un segundo grupo de autores, la Convención, interpretada asimismo desde su más estricta literalidad y al igual que en el supuesto anterior, no abarcaría al principio de buena fe. Sin embargo, podría considerarse que dicho principio podría ser extraído de los principios generales en que la Convención se fundamenta. En tal caso, tal deber de conducta sería exigible a las partes con el contenido y significado que un juez podría entender contemplado por la Convención. Esta lectura de la Convención podría fundamentarse en la consideración de que un cierto número de preceptos que hacen concreta referencia a la buena fe constituyen particular aplicación de dicho principio, por lo que ca-

¹⁶ Cfr. CARBONNEAU y FIRESTONE, *Transnational Law Making: Assessing the Impact of the Vienna Convention and the Viability of National Adjudication*, en «Emory Journal International», 1986, pág. 51. Los citados autores utilizan la expresión «an awkward compromise».

¹⁷ Cfr. BONELL, *Commentary on the International Sales Law: The Vienna Sales Convention*, art. 7, Milán, Giuffrè, 1987, n.º 2. 4.

¹⁸ Cfr. FARNSWORTH, *Problems of Unification of Sales Law from Standpoint of the Common Law Countries*, 1980, pág. 19, quien usa la expresión «a statesmanlike compromise».

¹⁹ Cfr. FARNSWORTH, *Duties of Good Faith and Fear Dealing...* cit. pág. 55.

bría sostener que la buena fe es uno de los principios generales en que se fundamenta la Convención en su conjunto²⁰.

Para una última línea doctrinal, puede realizarse una más amplia lectura de la Convención, marginando su estricta literalidad, con lo que cabría la conclusión de que la previsión que impone al juez la observancia de la buena fe en la interpretación de la Convención, impondría igualmente tal deber de buena fe a la conducta de las partes. Otros autores, aun reconociendo que la literalidad de la Convención no impone a las partes un deber de adecuación de su conducta a la buena fe, insisten en la afirmación de la existencia de tal obligación²¹.

En suma, en términos generales y de conformidad con el art. 7 de la Convención, la regla de la buena fe sólo es aplicable a la interpretación de las disposiciones de la Convención aun cuando, de acuerdo con la opinión mayoritaria, dicho principio también debe servir de guía para la interpretación del contrato en concreto, así como para la totalidad de las relaciones jurídicas existentes entre las partes.

Sin embargo, para que el principio pueda servir de efectiva ayuda al juez en un caso concreto, debe ser objeto de mayor precisión. En este sentido, es mayoritaria la opinión en el sentido de que del art. 7 I se deduce la prohibición del abuso de derecho, así como la invocación de actos propios contradictorios (*venire contra factum proprium*). Ambas concreciones del principio aparecen igualmente recogidas en otros preceptos de la Convención. Así, por ejemplo, el art. 29 II 2 impide el abuso de una posición jurídica formal. Con carácter más general, se deduce del art. 80 que una parte no podrá obtener ventaja de un comportamiento propio infractor de un deber. Como ejemplos de un *venire contra factum proprium* sancionados, cabe citar el art. 16 II b (irrevocabilidad de una oferta cuando el oferente haya creado una situación de confianza), y el art. 50 II (exclusión de la rebaja cuando el acreedor rechace injustificadamente un cumplimiento posterior). Adicionalmente, del art. 7 I de la Convención se puede deducir que las partes están obligadas a actuar en el comercio internacional de conformidad con las pautas y criterios de un ordenado comerciante, aun cuando también podría considerarse que un principio de este tipo parece excesivamente

²⁰ Cfr. BONELL, *Commentary on the International Sales Law*, cit. n.º 2. 4. 1.

²¹ En tal sentido *vid.* FARNSWORTH, *Duties of Good Faith and Fear Dealing...* cit. pág. 56; sosteniendo igual opinión y sobre las negociaciones acerca de la inclusión del principio de buena fe en la Convención y las dificultades y discusiones suscitadas al respecto, cfr. EÖRSI, *A propos the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, en «American Journal of Comparative Law», 1983, vol. 31, n.º 2, págs. 348-349; la misma idea es respaldada por ILLESCAS ORTIZ y PERALES VISCASILLAS, *Derecho Mercantil Internacional*, cit. pág. 118.

indeterminado. Cuando en el sector de actividad concreto existan usos internacionales, los mismos deberán ser observados de conformidad con el art. 9 de la Convención. Pero un principio general de estas características podría entrañar el riesgo de que el juzgador, a la hora de tomar una decisión, aplicase sus estándares nacionales propios.

En todo caso, la formulación de una conclusión debe tomar inexcusablemente en consideración la expresa mención del art. 7. 1 de la Convención a la necesidad del aseguramiento de la buena fe en el comercio internacional. Es cierto que el citado precepto se refiere únicamente a los criterios de aplicación a la interpretación de la Convención, pero no es menos cierto que lo protegido por el precepto es la observancia y propagación de la buena fe en el comercio internacional. Tal formulación, aun indirecta, obliga a considerar que el principio de buena fe constituye expreso criterio hermenéutico de la Convención pues, de otro modo, ésta no podría cumplir con la misión que le viene atribuida.

A esta consideración cabe añadir que, en cualquier caso, el principio constituye inspiración general y básica de la Convención inducible, como tal, desde diversos preceptos de la misma. Junto a lo anterior, se debe considerar que el principio de buena fe ha sido concebido tradicionalmente como criterio de interpretación contractual por lo que, siendo tal su misión primordial, no parece pueda quedar al margen de los criterios inspiradores o hermenéuticos aplicables al texto regulador del contrato que debe ser asimismo objeto de interpretación. En suma, parece procedente la conclusión de que la observancia de la buena fe en el comercio internacional es principio de interpretación tanto de la Convención como del propio contrato de compraventa internacional de mercaderías. Tal conclusión parece ser la igualmente respaldada en mayor medida por la jurisprudencia²².

2. *El principio de buena fe en la interpretación del contrato*

La interpretación de la voluntad de las partes del contrato es lo regulado en el art. 8 de la Convención relativo a los actos y declaraciones de las partes. Sin embargo, aun cuando el principio de buena fe no se encuentre expresamente mencionado en el art. 8 de la Convención en cuanto específico criterio de interpretación de los términos del contrato, su consideración como principio general inspirador de la Convención hace que resulte, asimismo, de aplicación a la cuestión.

²² En particular, St. *Cour d'Appel* de Grenoble, de 22 de febrero de 1995, caso *SARL Bri Production Bonaventure c. Societé Pan Africa Export*, en «Journal de Droit International», 1995, págs. 639 y sigs., CLOUT n.º 154.

El principio de buena fe aplicado al contrato hace referencia, generalmente, a la conducta del hombre en su relación jurídica con los demás, en donde se tiene en cuenta, más que sus móviles internos de carácter psíquico, su obrar conforme a las reglas normales y aceptadas de la honestidad y de la rectitud. Constituye regla de conducta exigible, según los criterios morales y sociales dominantes²³. La *bona fides* ha sido considerada siempre como de necesaria observancia en la vida humana de relación, y forma parte de los principios jurídicos fundamentales, del *honeste vivere*²⁴.

La buena fe resulta ser principio informador de un sistema jurídico que halla su aplicación a través de la interpretación e integración de las normas, así como de la suplencia de éstas y de la interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos. La buena fe es, además, concepto básico para determinar el ejercicio normal o abusivo de los derechos ya que hay evidente conexión entre mala fe y abuso. Es, asimismo, postulado básico por cuanto representa una de las más fecundas vías de irrupción del contenido ético-social en el orden jurídico. Por su generalidad el precepto adolece de una natural vaguedad en cuanto a su formulación, y en cada caso concreto en que haya de aplicarse habrá que considerar lo que por conducta normal, recta y honesta se entiende. Esta conducta habrá de ser apreciada por la comúnmente seguida por un hombre corriente, hombre medio, lo que tradicionalmente se ha llamado un buen padre de familia, en función de la circunstancia de que se trate²⁵. No busca la definición del patrón de hombre ideal, tal cual debería ser, sino el patrón del hombre corriente, tal cual es, en un momento histórico determinado²⁶.

²³ Por lo que al Derecho español se refiere, la buena fe es invocada por los arts. 1.258 CC y 57 Cco. a propósito del cumplimiento de los contratos. En nuestro sistema, además de la acepción indicada, la expresión buena fe puede ostentar una doble significación, pues, con ella, también se hace referencia a la creencia y consiguiente intención de los sujetos de derecho (art. 433 CC).

²⁴ Cfr. BATLLE, en ALBALADEJO GARCÍA y DÍAZ ALABART (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo I, Madrid, Edersa, 1993, págs. 78 y sigs, quien reproduce la máxima de Ulpiano: *iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non ledere, suum cuique tribuere*.

²⁵ Entre otras, *vid.* STS, de 3 de abril de 1968, que indica de modo claro su carácter de «principio general de nuestro sistema jurídico» y precisa que «consiste en el respeto a las normas de conducta colectiva que son propias de toda conciencia honrada y leal y van implícitamente exigidas en cada caso como necesarias para el normal y feliz término de todo negocio jurídico».

²⁶ Una aplicación concreta del principio resulta ser la de que «nadie puede ir contra sus propios actos», variando sin causa justificada lo que él mismo estableció por actos concretos y a través de su conducta, defraudando con ello la confianza de los demás basada en la natural consecuencia de las diversas acciones de una persona, inspiradas por una línea di-

En relación a la recepción del principio de buena fe en la convención, surgen dos cuestiones producto de las diferentes concepciones de los diversos sistemas jurídicos: 1.^a) la primera de ellas, anteriormente expuesta, hace referencia a la propia recepción del principio en la Convención, lo que ha dado pie a opiniones encontradas, siendo posible afirmar, en los momentos actuales, su aceptación generalizada; 2.^a) por ello, la segunda cuestión consiste en la precisión de su alcance y significado en un texto internacional ante las diferencias que, sobre el mismo, pudieran apreciarse entre los ordenamientos internos para lo que es necesario el análisis de los pronunciamientos de los diversos sistemas jurídicos.

A) EL PRINCIPIO DE BUENA FE EN LOS SISTEMAS DEL «COMMON LAW»

El principio de buena fe, en los países del *Common Law*, no encontró su origen en el derecho británico, fuente tradicional de las nociones generales o básicas del *Common Law*, sino en el derecho de los EEUU pues, aun cuando es cierto que, ya en 1766, Lord Mansfield se había referido a la buena fe como «un principio rector... aplicable a todos los contratos»²⁷), dicho principio nunca arraigó en Gran Bretaña²⁸. El principio ha suscitado interés, recientemente, en los ámbitos jurídicos británicos y, en tal sentido, el *Lord of Justice Steyn*²⁹ sostuvo, en 1991, que, como consecuencia de la carencia del principio de buena fe, el derecho inglés debía servirse de la doctrina de la *implication of terms*. Por ello, la atención se debería centrar en el propósito del contrato o, lo que es lo mismo, la promoción de la *good faith and fair dealing*.

El principio fue retomado en los EEUU con ocasión de la preparación del *Uniform Commercial Code* (UCC), inspirado en el principio *Treu und Glauben* del art. 242 del BGB³⁰, momento a partir del cual el principio de buena fe alcanzó preeminencia significativa. Bajo la in-

rectriz que se revela a los otros por los propios actos de aquélla. Al respecto, *vid.* STS de 17 de mayo de 1941 y 11 de octubre de 1966.

²⁷ Pronunciamiento recaído en el caso *Carter vs. Boehm*, 97, «English Rep». 1162, 1164, KB. 1766.

²⁸ *Vid.* CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON's, *Law of Contract*, 1991, pág. 141.

²⁹ Cfr. STEYN, *The Role of Good Faith and Fair Dealing in Contract Law, a Hair Shirt Philosophy*, 1991; DENNING L.J. 131, pág. 133. Sobre el principio de buena fe en los sistemas anglosajones, *vid.* en general, FARNSWORTH, *Duties of Good Faith and Fair Dealing under the UNIDROIT Principles, Relevant International Conventions and National Laws*, en «Tulane Journal of International and Comparative Law», 1995, vol. 3, págs. 47 y sigs.

³⁰ Art. 242 BGB. «El deudor está obligado a efectuar la prestación de acuerdo a los requisitos de la fidelidad y buena fe, teniendo en consideración los usos del tráfico». Cfr. EIRANOVA ENCINAS, *Código Civil Alemán*, Barcelona, Marcial Pons, 1998.

fluencia del UCC, los redactores del *Restatement (Second) of Contracts* añadieron una previsión según la cual todo contrato impone a cada una de las partes del mismo, en lo relativo a sus derechos y obligaciones, *a duty of good faith and fair dealing*³¹. En lo relativo a la cuestión, los tribunales de EEUU han aplicado diferentes definiciones de la noción de buena fe para la justificación de aquellos pronunciamientos fundamentados en tal doctrina:

- 1.º El criterio más restrictivo acerca del significado del principio expresa³² que la buena fe es simplemente un nuevo bautizo de los principios fundamentales del derecho contractual, de forma que el significado del principio resulta equivalente al significado de la doctrina *implying terms of the agreement*.
- 2.º Para una segunda concepción³³, el criterio de la buena fe es noción que no contiene significación general en sí misma, aun cuando es criterio de exclusión pues sirve como fundamento para la exclusión de diversas formas de mala fe³⁴.
- 3.º En tiempos más recientes³⁵, se ha propuesto una tercera definición del principio, para la cual la buena fe implica una limitación en el grado de discrecionalidad en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, aun cuando tal discrecionalidad hubiera sido otorgada en el contrato en favor de una sola de las partes. En consecuencia, constituye mala fe la búsqueda de ventajas adicionales en el cumplimiento del contrato, o la renuencia a la asunción de los costes que entraña el cumplimiento del contrato.

La jurisprudencia de los EEUU ha utilizado estas tres concepciones al objeto de la definición del principio de buena fe, con frecuencia sin distinguir apropiadamente entre ellas, lo que no es tan sorprendente

³¹ *Restatement (Second) of Contracts*, n.º 205, 1981. UCC, sección 1-203, 1990.

³² Pronunciamiento del Juez SCALIA, caso *Tymeshare vs. Covell*, Fed. 2d, 1145, 1152, DC, Cir. 1984. Sobre el principio ante los tribunales de EEUU, *vid.* FARNSWORTH, art. cit. págs. 47-63.

³³ Cfr. el influyente estudio de SUMMERS, «*Good Faith*» in *General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code*, en «*Harvard Law Rev.*», 1968, págs. 195 y sigs.

³⁴ A ello responde el *Restatement (second) of contracts*, n.º 205, cmt. D: «a complete catalogue of types of bath faith is impossible, but the following types are among those which have been recognized in judicial decisions: evasion of the spirit of the bargain, lack of diligence and slacking off, wilful rendering of imperfect performance, abuse of a power to specify terms, and interference with or failure to cooperate in the other party's performance».

³⁵ Cfr. BURTON, *Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith*, en «*Harvard Law Rev.*», 1980, 94, pág. 369.

puesto que la significación del principio puede variar en función de las circunstancias del caso, y lo apropiado de cada una de tales definiciones puede depender de la función que el principio está llamado a servir.

B) EL PRINCIPIO DE BUENA FE EN LOS SISTEMAS DE INSPIRACIÓN CIVILISTA

En la generalidad de los ordenamientos jurídicos de inspiración civilista que, en términos generales, tienen mayor tradición en lo relativo al principio de buena fe que los pertenecientes al *Common Law*, el citado principio ostenta una triple funcionalidad³⁶:

- 1.^a En primer lugar, los contratos deben ser interpretados de acuerdo con la buena fe de modo que, si las intenciones de las partes no aparecieran reflejadas con claridad, el contrato debe ser interpretado de acuerdo con aquel significado que le hubieran dado unas partes razonables, y no precisamente de acuerdo con los términos literales del contrato.
- 2.^a En segundo lugar, el principio de buena fe tiene una función complementaria, de manera que determinados derechos y obligaciones podrían afectar a las partes, aun no hallándose expresamente recogidos en el contrato. Esta función es equivalente a la doctrina de la *implication of terms* anglosajona.
- 3.^a Por último, la buena fe ostenta una función derogadora o restrictiva, de manera que una norma obligatoria para las partes, aun contenida en el texto del contrato, no se aplica si el resultado de su aplicación resultara contrario a la buena fe. Esta función restrictiva del principio ha inspirado pronunciamientos diversos, tales como la adaptación del contrato a unas circunstancias cambiantes, la revisión de las cláusulas del contrato que no fueren racionales, o la regla del *venire contra factum proprium*.

La distinción entre estas diversas funciones no siempre resulta clara y, más en especial, puede resultar dificultosa la distinción entre la función interpretativa y la función complementaria, o la distinción entre esta última y la restrictiva. Se hubiera podido esperar que los ordenamientos de la Europa continental hubieran especificado con mayor claridad las funciones del principio de buena fe reconocidas en los diferentes sistemas, pero no es tal el caso.

³⁶ Cfr. HARTKAMP, *The Concept of Good Faith in the UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts*, en «Tulane Journal of International and Comparative Law», 1995, vol. 3, págs. 65 y sigs.

Aun así, todos los sistemas aceptan la función de la buena fe en la interpretación de los contratos. Así lo hacen el código alemán y el italiano³⁷, aun cuando los códigos francés, belga o el holandés no contienen tal expresa manifestación³⁸. A su vez, la función complementaria del principio de buena fe está recogida en los códigos civiles francés, italiano y holandés, pero no lo está en el código alemán ni en el código suizo, aun cuando es también aceptada en estos sistemas³⁹.

Finalmente, la función restrictiva del principio de buena fe resulta ser la más problemática. El único código civil que la recoge expresamente es el nuevo código civil holandés de 1992⁴⁰, que estatuye que una obligación que recae sobre las partes derivada de un contrato no se aplica en la medida en que, bajo ciertas circunstancias, pudiera resultar inaceptable de acuerdo con los criterios de razonabilidad y equidad, expresiones éstas últimas que resultan equivalentes a la anglosajona *good faith and fair dealing*⁴¹.

En otros países, la función restrictiva del principio de buena fe surge de la interpretación de la noción hecha por los pronunciamientos jurisprudenciales, ante la redacción un tanto imprecisa de los pronunciamientos legales. Así, el Código Civil suizo⁴² simplemente establece que las partes deben ejercitar sus derechos y cumplir con sus obligaciones de acuerdo con la buena fe. De forma parecida, el BGB estatuye que el deudor está obligado a cumplir su prestación de acuerdo con los requisitos de fidelidad y buena fe pero, en paralelo y según lo establecido por la jurisprudencia, el acreedor puede esgrimir su derecho si no fuere contrario a la buena fe.

En suma, la función restrictiva del principio de buena fe únicamente recibe formulación legal de manera excepcional, aun cuando reciba general respaldo jurisprudencial.

C) EL PRINCIPIO DE BUENA FE EN LA CONVENCION

La concepción substancialmente similar del principio de buena fe en los distintos ordenamientos jurídicos internos incluye las tres funciones anteriormente aludidas, y lleva a la consideración de que dichas funciones son, asimismo, las contenidas en el principio de buena fe de

³⁷ Art. 157 BGB, y art. 1366 del *Codice Civile*.

³⁸ Art. 1134 del *Code Civil*, y art. 6. 2 del «Nieuw Burgerluk Wetboek» (Nuevo Código Civil de Holanda) NBW.

³⁹ Cfr. HARTKAMP, art. cit. págs. 66-68.

⁴⁰ «Nieuw Burgerluk Wetboek», (NBW), art. 6. 2.

⁴¹ Cfr. HARTKAMP, art. cit. pág. 68.

⁴² *Code des Obligations* (ZGB), art. 2, 1.

la Convención. Los propios términos de la Convención, con la constante mención a estándares de razonabilidad en relación a las más diversas circunstancias y comportamientos, constituyen otro argumento en sí mismos. A ello mismo apunta el art. 1. 7 de los Principios UNIDROIT para los contratos mercantiles internacionales al que se atribuye este igual significado, pues no resulta convincente que un mismo concepto ostente contenido distinto en diferentes textos internacionales⁴³.

Por el contrario, señala Farnsworth que los juristas pertenecientes a los sistemas civilistas consideran el principio de buena fe como esencial componente de sus respectivos sistemas legales, mientras que los juristas de sistemas pertenecientes al *Common Law* lo consideran como una reciente innovación producida en sus sistemas.

En síntesis de lo anterior, cabe afirmar que la Convención no ha tenido éxito en su intento de definición y efectiva incorporación de la doctrina de la buena fe sino que, únicamente, ha incluido un desafortunado e inviable compromiso entre los sistemas civilistas y los opuestos puntos de vista de los sistemas del *Common Law*.

En cualquier caso, el principio de buena fe deberá ser tomado en consideración en la preparación y elaboración de los términos del contrato, pues impone un deber de claridad en su redacción y la marginación de expresiones deliberadamente confusas en busca de ventajas adicionales que la otra parte pudiera no advertir. La consecuencia adicional del principio, según la exposición de Díez Picazo⁴⁴, implica la interpretación de las declaraciones de las partes de acuerdo con el grado de confianza que hubieran causado, de lo que se sigue la aplicación de la regla de la *interpretatio contra stipulatorem* para la fijación del significado de aquellas cláusulas que se resintieran de obscuridad, pues no favorecer al causante de la obscuridad quiere decir favorecer a su adversario. Por otra parte, el principio fundamenta una interpretación del contrato que favorezca la normal ejecución de las obligaciones contractuales en el marco de las reglas de la justicia y de la ética.

La aplicación del principio de buena fe a los contratos internacionales tendrá gran influencia en la consecución de resultados satisfactorios. Sin embargo, el principio debe ser aplicado con un adecuado grado de restricción. En el campo del comercio internacional, las partes

⁴³ Cfr. FARNSWORTH, *Duties of Good Faith and Fair Dealing*, cit. págs. 59 y sigs.

⁴⁴ Cfr. Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, Tecnos, 1993, Tomo I, pág. 372, «...pues hay en dicho principio un fin de protección de intereses impuesto por la buena fe: no favorecer al causante de la oscuridad quiere decir favorecer a su adversario».

del contrato están normalmente en situación de establecer los términos de su relación. Por tanto, las partes deben poder confiar en los términos por ellas mismas elegidos. Sólo cuando tal confianza conlleve un resultado no razonable (tomando en consideración la naturaleza y finalidad del contrato y otras circunstancias relevantes) sería procedente que un juez o un árbitro procedieran a complementar, modificar o restringir cualesquiera de los contenidos del contrato⁴⁵.

IV. La identificación de otros Principios generales subyacentes a la Convención

A pesar de la significativa relevancia de los principios subyacentes a la Convención, los pronunciamientos jurisprudenciales al respecto, judiciales o arbitrales, son escasos y han llegado a pocas conclusiones⁴⁶. Por su parte, un sector de la doctrina entiende que de la Conven-

⁴⁵ Cfr. HARTKAMP, *The Concept of Good Faith...* cit, pág. 71.

⁴⁶ Entre los pronunciamientos jurisprudenciales de mayor relevancia cabe citar los siguientes:

- 1.º El principio de que la resolución del contrato de compraventa no afecta a a las cláusulas compromisorias que se hubieran pactado. Cfr. St. del caso *Finalto Spa. vs. Chilewich International Corp* que estableció «...contracts and the arbitration clauses included therein are considered to be «severable», a rule that the Convention itself adopts with respect to avoidance of contracts generally».
- 2.º La prohibición del *venire contra factum proprium* (ex. arts. 7.2; 16. 2 (b); y 29. 2).
- 3.º El de que las partes, en una relación que se prolonga a lo largo del tiempo, tienen obligación de comunicarse entre ellas (46).St. del *US District Court, Southern District of New York*, de 14 abril de 1992, caso *Filanto Spa. vs. Chilewich International Corp.*, CLOUT, núm. 23. Se ha afirmado al respecto que «...The opinion may... be read as saying that the parties in a long-term relationship owe to each other a duty to communicate, a duty which ultimately may be derived from a duty to act in good faith». Cfr. WINSHIP, *The UN Sales Convention and the Emerging Case Law*, en NEUMAYER (coord.), *Emptio-Venditio Internationales*. Basilea, 1997, pág. 228.
- 4.º El principio de que la carga de la prueba de los defectos de las mercaderías y de su denuncia en plazo corresponde a quien los alega (arts. 38 y 39) (46). Cfr. St. del *Handelsgericht* de Zurich, 9 de septiembre de 1993, CLOUT, núm. 97.
- 5.º El principio consistente en que el perjudicado por un incumplimiento contractual deber ser reintegrado por la totalidad de los daños patrimoniales sufridos (arts. 74 y 78) (46). Cfr. Laudo arbitral de la Cámara Federal de Comercio de Viena, 15 junio de 1994, CLOUT, núm. 93.
- 6.º El principio de que todos los pagos derivados de la Convención (incluso los indemnizatorios) deben hacerse, en defecto de pacto, en el domicilio del acreedor (art. 57.1 (a) (46)); Cfr. St. del OLG de Dusseldorf, de 2 julio de 1993, CLOUT, núm. 49.

ción sólo se pueden extraer algunos principios generales. Sin embargo⁴⁷, se han establecido catálogos de mayor amplitud⁴⁸, definiendo posibles principios generales⁴⁹ distintos en cada caso⁵⁰. En términos generales, dichos catálogos coinciden con aquellos principios que conforman el contenido de una *lex mercatoria* internacional⁵¹.

7.º) El principio de que, en defecto de pacto sobre la divisa en que haya de hacerse el pago, ésta será la del lugar de pago (arts. 54 y 78).

8.º) Finalmente, el principio de que los intereses adeudados, en defecto de pacto, son los del país en cuya divisa se pactó el pago del precio (46). Cfr. Laudo Arbitral de la Cámara Húngara de Comercio e Industria, de 5 de diciembre de 1995, CLOUT, n.º 164.

⁴⁷ El primero fue propuesto por HONNOLD, quien identifica entre tales principios inspiradores de la Convención: 1.º) la confianza en las manifestaciones de la otra parte (*pacta sunt servanda* o *estoppel*); 2.º) la obligación de comunicar la información que la otra parte necesita (con fundamento en los arts 19, 21, 26, 39, 65); 3.º) el principio de que una parte debe procurar evitar el deterioro de las mercaderías, evitando así daños innecesarios a la otra parte, incluso en el supuesto de que la otra parte hubiera enviado una mercadería defectuosa o incurrido en cualquier otro incumplimiento del contrato (*mitigation*). Cfr. *Uniform Law*...cit. págs. 160 y sigs.

⁴⁸ Posteriormente, AUDIT añadió a los citados: 1.º) el principio del *favor negotii* que busca la preservación de la vigencia del contrato y no su resolución (con fundamento en los arts. 25, 26, 34, 37, 47, 48, 49, 63, 64); 2.º) la obligación de las partes de cooperar de buena fe con independencia de las estipulaciones concretas (arts. 32, 60); 3.º) la consideración de la razonabilidad de una conducta o actuación, criterio ampliamente presente en la Convención, consistente en aquello que haría una persona normalmente diligente, que se hallara en circunstancias similares (con fundamento en los arts. 18, 33, 38, 39, 43, 47, 49, 63, 64, 65, 72, 73, 75); 5.º) el principio de que una parte no puede incurrir en contradicción con declaraciones o comportamientos que hubieren resultado decisivos para que la otra parte adaptara su conducta a tales declaraciones y comportamientos (arts. 16, 29, 47, 63). Cfr. *La vente internationale de marchandises*, cit. págs 50 y sigs.

⁴⁹ Por su parte, FERRARI distingue entre las lagunas de la Convención *intra legem* (o materias que la Convención no ha deseado contemplar) y lagunas *extra legem* (lagunas auténticas, producto de silencios o errores de la Convención). Partiendo de una comparación entre los principios generales de los ordenamientos civilistas y del *Common Law*, el citado autor infiere determinados principios subyacentes a la Convención e inspiradores de la misma. Cfr. *Interpretation Uniforme de la Convention de Vienne* cit. págs. 843 y sigs.

⁵⁰ Más reciente, MAGNUS, *Die allgemeinen Grundsätze im UN-Kaufrecht*, en «*Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*», 1995, págs. 470 y sigs., sistematiza un amplio listado de principios generales de la Convención; VÁZQUEZ LEPINETE, *Compraventa Internacional de Mercaderías*, cit. págs. 50 y sigs., y las referencias jurisprudenciales allí mencionadas; ILLESCAS ORTIZ y PERALES VISCASILLAS, *Derecho Mercantil Internacional* cit. pag. 119.

⁵¹ Asimismo, SAN JUAN CRUCELAEGUI, *La aplicación e interpretación de la Convención de Viena de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías*, en «*Estudios de Deusto*», Vol. 51/2, 2003, págs. 195-231.

1. *El principio de buena fe y sus implicaciones*

En cuanto a los principios generales o subyacentes a la Convención, en primer lugar, cabe hacer mención del principio de buena fe, anteriormente mencionado, objeto de expresa mención por parte de la Convención la cual lo eleva al rango de principio esencial en el desarrollo del comercio internacional. Junto a tal principio, cabe hacer mención de los siguientes:

1.º) **El principio *pacta sunt servanda***. El principio básico según el cual los contratos son vinculantes no está expresamente recogido en la Convención. Sin embargo, es presupuesto de forma implícita por diversos preceptos como, por ejemplo, los arts. 30 y 53 de la Convención que regulan las obligaciones de entrega de la mercancía y pago del precio. Asimismo, los arts. 71 a 73 y 79 señalan que una relación contractual no se extinguirá por simple alteración de las circunstancias, la desaparición del objeto del negocio o situaciones similares, sino sólo cuando concurren los requisitos recogidos en estos preceptos. Sin el carácter vinculante del contrato, esta regulación carecería de sentido⁵².

2.º) **La protección de la confianza inducida**. En estrecha relación con el principio de la buena fe, se encuentra el principio según el cual la parte que hubiera inducido una determinada situación de confianza, que hubiere sido determinante para la actuación de la otra parte, deberá quedar vinculada por la situación creada. El art. 16 II (b) y el art. 29 II (2), ambos anteriormente mencionados, así como el art. 35 II (b) (confianza en la competencia específica del vendedor) y el art. 42 II (b) (ausencia de responsabilidad por vicios en caso de que el vendedor al fabricar la mercancía se hubiera ajustado a las especificaciones facilitadas por el comprador) indican que subyace a la Convención un concepto jurídico general aplicable a situaciones análogas. Así, por ejemplo, un vendedor no podrá rechazar la reclamación por vicios formulada por un comprador cuando él mismo haya causado la impresión y el comprador hubiera confiado en que el vendedor aceptaría y solventaría la reclamación (por ejemplo, hecha de forma demasiado genérica). Asimismo, en caso de que una de las partes genere la apariencia de estar dispuesta a aceptar cambios en las condiciones del contrato, deberá quedar vinculada por la misma siempre que la otra parte ya hubiera actuado basándose en dicha apariencia.

⁵² La resolución del contrato de compraventa no afecta a las cláusulas compromisorias que se hubieran pactado (52). *St. Finalto Spa. vs. Chilewich International Corp* que estableció «...contracts and the arbitration clauses included therein are considered to be “severable”, a rule that the Convention itself adopts with respect to avoidance of contracts generally».

Se desdibuja así el límite respecto de aquellos supuestos en que es de aplicación la prohibición del *venire contra factum proprium*. Sin embargo, sólo puede apelar a la protección de la confianza quien realmente hubiera confiado en determinado comportamiento de la otra parte. Por el contrario, la prohibición del *venire contra factum proprium* no presupone una situación de confianza.

3.º) **El principio de la razonabilidad o adecuación de la conducta de las partes.** Distintos preceptos de la Convención se fundamentan en el concepto de razonabilidad (*reasonable, raisonable*). En unos casos, el concepto se refiere a plazos que deben ser razonables (art. 39 I) y, en otros, se hace alusión al comportamiento de una parte que debe ser razonable o adecuado. En ambos casos será de aplicación el principio general del art. 8 de la Convención, que obliga a aplicar con carácter general un criterio objetivo tomando como base el comportamiento de una ordenada persona media o normal que actuase en una situación análoga, aun cuando habrán de tenerse en cuenta las circunstancias excepcionales que deban ser tomadas en consideración (art. 8 III), así como los usos internacionales (art. 9).

4.º) **La caducidad de los derechos y pretensiones contractuales.** El principio de buena fe está estrechamente relacionado con el concepto de caducidad de los derechos y pretensiones contractuales.

Aun cuando no resulta plenamente pacífico, podría afirmarse que se puede extraer un principio de la Convención, compartido por diversos ordenamientos jurídicos internos, consistente en que la falta de ejercicio de sus derechos por una de las partes durante cierto período de tiempo, creando así la apariencia frente al obligado de que no es su intención el ejercicio de determinado derecho o pretensión contractual, puede entrañar la caducidad de tal derecho o pretensión. Este principio puede ser deducido de aquellos pasajes de la Convención que reflejan el principio de la protección de la confianza. De esta forma, podría excluirse el recurso a la regulación de la caducidad contenida en el ordenamiento interno invocado por la norma de conflicto.

Los arts. 46 y 47 de la Convención pueden constituir plasmación o ejemplo de lo anterior al establecer plazos y condiciones para la exigencia de cumplimiento por el comprador. Consecuentemente, el comprador podrá dejar caducar su derecho a la entrega.

2. Los principios generales relativos a la concepción del contrato

5.º) **La primacía de la voluntad de las partes.** Los acuerdos entre partes gozan de preferencia sobre las disposiciones de la Conven-

ción (art. 6), criterio respaldado de manera unánime por los pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales. La libertad de decisión de las partes es prácticamente ilimitada, si bien con algunas excepciones recogidas en el art. 12 de la Convención (exigencia de forma), en el art. 4, a de la Convención relativo a la cuestión de validez del contrato de compraventa, lo que deberá ser resuelto de acuerdo con un ordenamiento interno y mediante la aplicación del principio de buena fe (art. 7 I de la Convención). En consecuencia, la Convención únicamente será de aplicación respecto de aquellas cuestiones no reguladas por las partes.

6.º) **La libertad de forma del contrato.** El art. 11 de la Convención sanciona el principio de la libertad de forma en relación a la conclusión del contrato y su prueba, para el caso de que un estado ratificante de la misma no hubiera hecho uso de la reserva de forma del art. 96 en relación con el art. 12. Es decir, de dicho precepto se deriva el principio general de que, de acuerdo con la Convención, las declaraciones de cualquier tipo, como reclamaciones por vicios, declaraciones de rescisión, etc., no están sometidas a forma determinada.

7.º) **La primacía de los usos del comercio internacional.** Entre los principios generales e indiscutidos de la Convención se encuentra el de la observancia de los usos internacionales de comercio (art. 9). Los usos que fueran ampliamente conocidos en el comercio internacional, reguladores de determinado sector de actividad, pueden (más allá del texto del art. 9 de la Convención) ser utilizados para la resolución de problemas de interpretación de la propia Convención. Sin embargo, esta posibilidad cabría únicamente en aquellos casos en que se cumplieran las condiciones que, de conformidad con el art. 9, permiten la aplicación de los usos internacionales, es decir, su reconocimiento internacional y la regularidad de su observancia.

8.º) **El principio del *favor negotii*.** Diversos preceptos permiten deducir que la Convención sólo permite la resolución de un contrato cuando concurren determinados requisitos y, además, como última medida (arts. 25, 34, 37, 47, 48, 49, 63 y 64). Lo que se pretende, siempre que sea posible, es evitar la resolución del contrato de compraventa en atención a sus negativas consecuencias económicas. Sólo en aquellos casos en que la gravedad del incumplimiento contractual no sea soportable, la parte perjudicada deberá tener la posibilidad de resolver el contrato. Este principio también debería ser aplicable a aquellos casos en que se incumplan obligaciones no expresamente reguladas por la Convención o a aquellas obligaciones a las que las partes hayan hecho extensiva la Convención.

3. Principios relativos a las obligaciones de las partes

9.º) **El deber general de cooperación.** La doctrina identifica en la Convención un deber general de cooperación entre las partes. Dicha obligación se deduce de las obligaciones adicionales que la Convención establece junto a las obligaciones principales: ello se pone de manifiesto, por ejemplo, en el deber de conservación de las mercaderías que, posteriormente, habrán de ser devueltas (arts. 85 y 86); en el deber de aceptar un cumplimiento *a posteriori* (arts. 34, 37 y 48); en el deber de evitar daños (art. 77); en las diversas y numerosas obligaciones directas e indirectas de informar a la otra parte.

De los preceptos citados, así como de los arts. 32 y 60 de la Convención, cabe deducir el principio general según el cual cada parte tiene el deber de facilitar a la otra el cumplimiento del contrato y el de no poner en peligro el fin del mismo.

Además, en ciertos casos, supone la existencia de un deber general de información. Pero dado que el deber de informar a la otra parte es regulado de forma detallada, parece dudoso que, además, exista una obligación general de información más amplia. Por motivos de seguridad jurídica, las partes deberían poder deducir de forma inmediata de la Convención el momento y el tipo de información que están obligadas a dar⁵³.

10.º) **La obligación de evitación de daños.** De acuerdo con la opinión mayoritaria, de la Convención cabe deducir la obligación general de las partes de evitación de daños a la otra parte dentro de lo razonable, lo que se recoge en el art. 77 de la Convención. El precepto impone a la parte que reclame una indemnización por daños y perjuicios la obligación de adoptar las medidas para reducir el daño propio en lo posible. Por otra parte, los arts. 85 y 86 de la Convención imponen en determinadas circunstancias a la parte que esté en posesión de mercaderías que deban ser devueltas a la contraparte un deber independiente de custodia y conservación. En los mencionados artículos subyace la idea generalizable de que la parte que ostente la custodia efectiva sobre las mercaderías está sujeta a un deber razonable de

⁵³ El de que las partes, en una relación que se prolonga a lo largo del tiempo, tienen obligación de comunicarse para aclarar las ambigüedades); St. del *US District Court, Southern District of New York*, de 14 abril de 1992, caso *Filanto Spa. vs. Chilewich International Corp.*, CLOUT, núm. 23. Se ha afirmado al respecto que «...The opinion may... be read as saying that the parties in a long-term relationship owe to each other a duty to communicate, a duty which ultimately may be derived from a duty to act in good faith». Cfr. WINSHIP, *The UN Sales Convention and the Emerging Case Law*, en NEUMAYER (coord.) *Emptio-Venditio Internationales*. Basilea, 1997, pág. 228.

custodia y de evitación de daños. Así, el deber de conservación del art. 85 de la Convención puede aplicarse no sólo a las mercaderías sino, también, por ejemplo, a los materiales puestos a disposición por el comprador.

11.º) **La carga de la prueba.** De acuerdo con la opinión doctrinal mayoritaria, de la Convención también se pueden derivar o desarrollar principios generales respecto a la carga de la prueba.

El art. 79 I de la Convención recoge explícitamente la distribución de la carga de la prueba, de forma que una parte sólo se liberará de su deber cuando pruebe que existe una razón para su exoneración. El análisis de determinados preceptos permite afirmar la existencia de un reparto de la carga de la prueba. Así, de expresiones como «salvo que» (*unless, à moins que*), cabe deducir que quien haga uso de la excepción deberá asumir la carga de la prueba. Algunos preceptos imponen, con carácter cuasi-imperativo, el reparto de la carga de la prueba, de forma que quien, de acuerdo con el art. 44 de la Convención, aduzca excusa razonable relativa a la omisión de la comunicación requerida, deberá aportar las pruebas pertinentes. De igual manera, en relación con el art. 26, en supuestos de comunicaciones incompletas o no recibidas, la carga de la prueba recaerá sobre quien haya hecho la comunicación.

Del conjunto de esta regulación cabe extraer tres principios generales respecto de la carga de la prueba: 1.º) Como regla general cada parte tendrá que acreditar la existencia de los presupuestos fácticos de aquellas normas de las que pretenda extraer para sí consecuencias jurídicas favorables; 2.º) Quien invoque una regla de excepción, deberá acreditar sus presupuestos fácticos; 3.º) Aquellos hechos que correspondan al ámbito competencial propio de una de las partes y que tenga un mejor conocimiento de los mismos, deberán ser acreditados por aquella parte que ejerza el control sobre dicho ámbito⁵⁴.

12.º) **La obligación de indemnización por daños y perjuicios.** En la Convención subyace el principio estructural general según el cual cada parte deberá indemnizar íntegramente a la otra el daño derivado de un incumplimiento contractual respecto del cual no se pueda exonerar (art. 79). En principio, esta regla puede ser deducida de los arts. 45 I (b) y 61 I (b), en conexión con el art. 74 y siguientes de la Convención, y es aplicable al incumplimiento de cualquier obligación derivada de un contrato. De las anteriores disposiciones se deduce un principio general

⁵⁴ Principio de que la carga de la prueba de los defectos de las mercaderías y de su denuncia en plazo corresponde a quien los alega (arts. 38 y 39) (54); Cfr. St. del *Handelsgericht* de Zurich, de 9 de septiembre de 1993, en CLOUT, n.º 97.

que también será de aplicación a obligaciones de las partes pactadas adicionalmente o ampliadas⁵⁵.

4. *Principios relativos a los derechos de las partes*

13.º) **La simultaneidad de las prestaciones.** Si bien no cabe hablar de un principio claramente establecido al respecto, del art. 58 I de la Convención se puede extraer la regla de que, a menos que las partes hubieran establecido otra cosa, únicamente están obligadas a cumplir las prestaciones de forma simultánea, por lo que ninguna de las partes está obligada a un cumplimiento anticipado. Bien es cierto que el comprador, antes de que le sea exigible el pago, deberá haber tenido la oportunidad de examinar las mercaderías (inspección externa y superficial) (art. 58 III).

Asimismo, en caso de resolución del contrato, la restitución de las prestaciones también deberá ser simultánea (art. 81 II 2 de la Convención). Por tanto, el principio de la simultaneidad, característico de las relaciones contractuales sinalagmáticas, puede ser aplicado con carácter general a las prestaciones entre las partes. De dicha norma se deduce que, en aquellos supuestos de prestaciones pactadas adicionalmente (como por ejemplo, el montaje), el pago será debido tras el cumplimiento íntegro de la prestación, produciéndose su vencimiento a la finalización de la prestación.

14.º) **La compensación de reclamaciones.** La Convención no regula la compensación, la cual queda sometida al ordenamiento jurídico interno designado por la norma de conflicto.

Sin embargo, podrían contraponerse reclamaciones opuestas dimanantes de un mismo contrato de compraventa sometido a la Convención. Un ejemplo de lo anterior podría hallarse en una indemnización por daños y perjuicios a consecuencia de defectos en las mercaderías que hubieran producido daños, pretensión que el comprador puede querer oponer frente a la reclamación del pago por el vendedor. En tal caso podría aceptarse la compensación directamente derivada de la Convención, lo que no resultaría novedoso pues la Convención contempla una compensación de este tipo, en su art. 84 II, para el caso de que el comprador hubiera obtenido alguna ventaja del uso de las mercaderías restituidas y pueda reclamar la devolución del precio de compra.

⁵⁵ Principio el de que el perjudicado por un incumplimiento contractual deber ser reintegrado por la totalidad de los daños patrimoniales sufridos (art. 74 y 78) (55); Cfr. Laudo arbitral de la Cámara Federal de Comercio de Viena, de 15 junio de 1994, en CLOUT, núm. 93.

El principio anteriormente citado relativo a la simultaneidad de las prestaciones también podría suponer un argumento a favor de la compensación de reclamaciones dinerarias derivadas de la propia Convención sin mayores requisitos y sin recurrir al sistema conflictual⁵⁶.

15.º) **El derecho de retención.** Del principio de la simultaneidad del cumplimiento de las obligaciones contractuales se sigue que una parte podrá diferir su prestación hasta que la otra dé cumplimiento debido a su prestación. Por su parte, el art. 71 faculta, caso de duda razonable acerca del cumplimiento, a no cumplir con la obligación propia (apdo. 1), o a que el vendedor prosiga en poder de la mercancía cuando ésta estuviera siendo transportada al comprador (apdo. 2).

De lo anterior cabe deducir la regla general de que la Convención, salvo en los casos anteriormente descritos, no contempla el derecho de retención, no siendo necesario acudir al sistema conflictual para la aclaración de la cuestión, que sólo será de aplicación cuando una de las partes pretenda ejercer un derecho de retención derivado de pretensiones no sometidas a la Convención.

5. Principios relativos a la transmisión del riesgo

16.º) **La transmisión del riesgo.** Como se ha indicado anteriormente, los arts. 67 II y 69 III de la Convención hacen depender la transmisión del riesgo del hecho de que las mercaderías en cuestión constituyan el objeto inequívoco de determinado contrato de compraventa. Si bien el art. 68 de la Convención (relativo a la transmisión del riesgo durante el transporte de las mercaderías) no contiene esta regla, dicho precepto podría ser integrado mediante el criterio apuntado que podría ser generalizable y, asimismo, aplicable en situaciones análogas.

17.º) **La transmisión del riesgo, transmisión de las cargas y transmisión del uso de las mercaderías.** La Convención no contiene una regla general para el establecimiento de la fecha a partir de la cual el comprador pueda hacer uso de la mercancía y tenga que soportar las cargas de la misma. Sin embargo, la cuestión podría ser resuelta por recurso al principio de la transmisión del riesgo. En caso de duda, la fecha de la transmisión del riesgo será determinante para la transmisión del uso y de las cargas.

⁵⁶ Ello podría ser de aplicación en caso de que no coincidieran las monedas de las reclamaciones dinerarias derivadas de la Convención.

6. Principios relativos al cómputo de los plazos contractuales

18.º) **El cómputo de los plazos.** De acuerdo con el art. 20 II de la Convención, los días festivos y los no laborables no prorrogan el plazo de aceptación de una oferta, salvo que la entrega de la comunicación de aceptación no pudiese ser entregada por ser el día del vencimiento del plazo un día festivo o no laborable.

Este principio es susceptible de aplicación analógica. En este sentido puede ser empleado para el cómputo de otros plazos como, por ejemplo, el plazo para la realización de una prestación, de un pago, etc., los cuales igualmente se prorrogarán en función de los días festivos, siempre que la prestación, el pago, etc. no pudiese ser realizado por ser el último día del plazo un día festivo o no laborable. En consecuencia, puede quedar excluido el recurso al sistema conflictual para el cómputo de los plazos.

19.º) **El principio del envío de las comunicaciones.** El art. 27 de la Convención sanciona el criterio del envío de las comunicaciones en lo relativo a su Parte III, de forma que, por el hecho de su envío (en plazo), las declaraciones o comunicaciones son válidas. La recepción únicamente será necesaria cuando la Convención así lo establezca expresamente. Este principio también es de aplicación a la parte II de la Convención (formación del contrato). Sin embargo, para la validez de una oferta o de una aceptación, así como de otras declaraciones, la Convención exige expresamente su recepción (arts. 15 y 18 II). Pero, de conformidad con el principio general, para las declaraciones del art. 21 (comunicaciones respecto de aceptaciones tardías), únicamente es necesario su envío.

20.º) **El principio de recepción de las comunicaciones.** Para el caso de que fuere necesaria la recepción de la declaración de una de las partes, el art. 24 de la Convención define el concepto de recepción pero lo hace, expresa y únicamente, en lo relativo a la Parte II de la Convención.

Aun así, existe unanimidad acerca de la aplicabilidad general de la definición, es decir, también resultaría de aplicación a la Parte III de la Convención. Así, cuando los arts. 47 II, 48 IV, 63 II, 65 I y II y 79 IV requieran que una comunicación haya «llegado» a la otra parte, resultará de aplicación el art. 24.

21.º) **La improcedencia de requerimiento para el vencimiento.** Según el art. 59 de la Convención, la reclamación del pago del precio será exigible una vez hubiere transcurrido el plazo de pago. La Convención no exige un requerimiento ni ninguna otra formalidad.

De lo anterior cabría deducir un principio general asimismo aplicable a otras reclamaciones de pago como, por ejemplo, devoluciones, indemnizaciones por daños y perjuicios, pagos por gastos e intereses.

22.º) **La comunicación a través de terceros.** En ocasiones puede plantearse la cuestión de tener que precisar si una parte ha recibido una comunicación a través de un tercero. Igualmente, podría ser necesario averiguar si una comunicación ha sido recibida, si hubiera sido entregada a un empleado de la otra parte, o si es atribuible a una parte el conocimiento de vicios materiales o defectos legales que pudiera tener un empleado de dicha parte u otra persona dependiente de la misma, etc.

El art. 79 de la Convención (párrafos 1.º y 2.º) puede ofrecer un principio general para la presunción de actuaciones y conocimientos, consistente en que una parte será responsable por las actuaciones y conocimientos de sus empleados y de aquellos terceros «de los que se sirva para la ejecución total o parcial del contrato».

7. Principios relativos al pago del precio

23.º) **La moneda de pago.** En general, de la Convención se deriva el principio según el cual, en caso de duda, el pago del precio deberá ser satisfecho en la moneda correspondiente al domicilio del vendedor. En defensa de este criterio cabe indicar que, además de la necesidad de hallar una solución jurídica unitaria, la Convención concede una cierta preferencia al acreedor. Así, por ejemplo, el pago deberá realizarse en el lugar donde tenga su establecimiento el acreedor (art. 57 I (c)), debiendo cumplir el comprador las formalidades referentes al pago existentes en dicho lugar (art. 54)⁵⁷.

24.º) **El lugar de pago.** En caso de duda, el art. 57 de la Convención establece que el lugar de pago del precio será aquél en que el vendedor tenga su establecimiento⁵⁸, de lo que cabe extraer el principio general según el cual, en caso de duda, el lugar de cumplimiento de otras reclamaciones dinerarias (devoluciones, gastos, intereses, penalizaciones, etc.) será el del domicilio del acreedor. Sin embargo, el lugar de pago de indemnizaciones por daños y perjuicios sigue siendo discutido.

25.º) **El devengo de intereses.** De los arts. 78 y 84 I de la Convención cabe deducir el principio general⁵⁹ según el cual una deu-

⁵⁷ Principio de que todos los pagos derivados de la Convención (incluso los indemnizatorios) deben hacerse en el domicilio del acreedor (art. 57.1 (a) (57); *vid.* St. del OLG de Dusseldorf, de 2 julio de 1993, CLOUT, núm. 49.

⁵⁸ Principio de que la divisa en que haya de hacerse el pago será la del lugar de pago (arts. 54 y 78).

⁵⁹ Laudo arbitral de la Cámara Húngara de Comercio e Industria, de 5 de diciembre de 1995, CLOUT, n.º 164.

da dineraria comienza a devengar intereses desde la fecha de su vencimiento⁶⁰.

V. La utilización de los Principios UNIDROIT para la integración de las lagunas de la Convención de Viena de 1980

Tras años de trabajos preparatorios, el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) publicó, en 1994, los «Principios para los Contratos Comerciales Internacionales» (PCCI), fruto de una amplia comparación de ordenamientos jurídicos llevada a cabo por un grupo de trabajo compuesto por juristas de reconocido prestigio internacional procedentes de todos los Estados representados en el UNIDROIT⁶¹.

⁶⁰ Por su parte, MAGNUS, art. cit. págs. 490 y sigs, hace referencia a los siguientes principios, cuya presencia en la Convención podría ser deseable, pero cuya aceptación y generalización no dispone de encaje en su texto. Se trata de:

- La cuantía de los intereses: se ha expresado la opinión de que la omisión por parte del art. 78 de la Convención respecto de la cuantía de los intereses a pagar puede ser suplida utilizando para ello los principios generales de la Convención. Sin embargo, como entiende la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, dicho planteamiento carece del adecuado respaldo. Por el contrario, no cabe extraer un parámetro para determinar la cuantía de los intereses de la propia Convención, por lo que sería necesario el recurso a un ordenamiento jurídico interno en relación con el supuesto concreto (por ejemplo, la ley del domicilio del acreedor), caso en el que se tendría que recurrir a la norma de conflicto.
- El orden de extinción: la jurisprudencia de los tribunales holandeses, en su interpretación de la LUVI, definieron como principio general el de que, caso de duda, los pagos deberán aplicarse en primer lugar a los intereses de demora, y posteriormente a la deuda pendiente más antigua. Sin embargo, la Convención tampoco contiene disposición alguna que permitiera sustentar la existencia de esta regla, aun cuando pudiera resultar operativa parece y pudiera corresponderse con una hipotética voluntad de las partes. En suma, no parece posible calificar el orden de extinción como principio general.

⁶¹ En dicho grupo, dirigido por BONELL, estaban representados los ordenamientos jurídicos más relevantes del mundo. La primera versión de los Principios fue publicada por UNIDROIT en 1995, existiendo versiones posteriores reformadas (2005). Al respecto, *vid.* BONELL (ed. y coord), *A New Approach to International Commercial Contracts*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 1999; BONELL, *The UNIDROIT Principles in Practice: The Experience of the First Two Years*, en «Uniform Law Review», 1997, págs. 33 y sigs; GIARDINA, *Les Principes UNIDROIT sur les contrats internationaux*, en «Journal de Droit International», 1995, págs. 547-558; quizá sea de especial interés, por las numerosas contribuciones recogidas, *UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria?*, Institute of International Business Law and Practice, Publicación CCI, n.º 490/1, 1995. En la doctrina en castellano, *vid.* MORÁN BOVIO (coord.) *Comentario a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Interna-*

La definición o inducción de principios generales para la regulación de los contratos internacionales tiene a su favor la tradición en la doctrina internacionalista de derecho privado. Una antigua línea doctrinal⁶² ya había propuesto que, en aquellos casos en que el derecho invocado por la norma de conflicto no pudiese ser determinado, los principios jurídicos generales fuesen considerados como derecho supletorio, aun cuando ello impone unas exigencias máximas al juez. El estado del derecho comparado y el aumento del tráfico jurídico internacional permiten la traslación al juez, mediante la práctica de una labor comparativa de la obligación de la definición de principios jurídicos generales. Aún existen pocos principios jurídicos generales que, obtenidos por comparación entre ordenamientos jurídicos, sirvan, con carácter general, para dirimir disputas jurídicas de todo tipo y que, al mismo tiempo, confieran seguridad jurídica. Sin embargo, cabe calificar de adelanto el hecho de que, al menos en un campo concreto como es el de la compraventa internacional de mercaderías, exista un conjunto reconocido de principios jurídicos generales. La posibilidad de su generalización, así como la de los principios UNIDROIT, permiten alimentar la esperanza de que se desarrollen principios jurídicos generales, al menos para los contratos comerciales internacionales. En suma, y con carácter general, los PCCI pretenden superar la crítica expuesta anteriormente respecto de la unificación legislativa internacional, y son exponente del intento de creación de un instrumento más flexible y adaptable que aquello que pueda ser una convención o una ley modelo.

El método utilizado para la definición de los Principios resulta novedoso, pues no se trata de un *Restatement* de principios generales presentes en todos o en algunos de los ordenamientos jurídicos más relevantes, ni de un derecho normativo de grupos económicos, sino que, más bien, se trata de un intento de extracción de aquellos elementos co-

cional, Aranzadi, Madrid, 1999. De entre las diversas colaboraciones contenidas, es especialmente sugerente la de ILLESCAS ORTIZ, *Los principios de UNIDROIT: ¿Una Nueva Lingua Franca para la Redacción de los Contratos Internacionales?*, págs. 389-399. Es igualmente de interés, PERALES VISCASILLAS, *El Derecho Uniforme del Comercio Internacional: los Principios de Unidroit*, en «Revista de Derecho Mercantil», 1997, págs. 221-297. Muy en especial MARRELLA, *La Nuova Lex Mercatoria*, en GALGANO (dir.), «Tratato di Diritto Commerciale e Diritto Pubblico dell'Economia», Tomo XXX, Padua, Cedam, 2003, págs. 464-472.

⁶² La idea ya había sido propuesta por WENGLER, *Les principes généraux du droit en tant que loi du contract*, en «Rev. Critique de Droit International Privé», 1983, págs. 467-501. Recibió el posterior respaldo de ZWIEGERT, *Diskussion* in «Die Anwendung ausländischen Rechts im internationalen Privatrecht, Festveranstaltung und Kolloquium anlässlich des 40jährigen Bestehens des Max Plank Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht», vom 6., julio 1966, pág. 190; la postura fue retomada posteriormente por KÖTZ, *Allgemeine Rechtsgrundsätze als Ersatzrecht*, en *RabelsZ*, 34, 1970, 663 ff.

munes, que resultaren evidentes desde un punto de vista teórico y práctico, desde el sustrato de los ordenamientos jurídicos, de las convenciones de mayor relevancia así como de otras obras codificadoras internacionales como los *Incoterms*, para elevar el resultado de tal inducción comparativa al rango de principios. Como consideración complementaria a lo anterior, los PCCI han abierto un nuevo camino para la unificación internacional del derecho, pues no contienen un derecho unitario material directo ni una ley modelo que pueda ser aceptada o rechazada íntegramente, sino que establecen un catálogo de reglas que deben servir como modelo de regulación y ejemplo para destinatarios diferentes: en primer lugar, para el legislador nacional e internacional como modelo de su legislación; en segundo lugar, significan una referencia para quienes se encuentren en la tesitura de tener que proceder a una labor interpretativa de las normas y tener que colmar las lagunas de convenios internacionales o cuando no sea posible la determinación del derecho aplicable; finalmente, como ayuda para las partes de contratos mercantiles internacionales al redactar y ejecutar sus contratos. Sin embargo, es de señalar que las posibilidades mencionadas quedan supe-
ditadas, en principio, a la condición de que los Principios únicamente tendrán carácter vinculante cuando las partes hayan pactado su aplicación.

En cuanto a la cercanía apreciable entre la Convención de Viena y los Principios UNIDROIT, pueden formularse las siguientes observaciones generales:

- 1.^a La apreciación de conexión y similitud entre los PCCI y los principios generales inspiradores de la CV es, probablemente, posible ya desde un primer momento. Como se ha indicado anteriormente, el art. 7 II de la Convención permite el recurso a los principios generales que subyacen a la Convención para colmar sus lagunas, aun cuando no hayan sido formulados de forma expresa. Por el contrario, en términos generales y tal como ha quedado anteriormente expuesto, los principios generales ajenos a la Convención no deberán ser tenidos en cuenta, lo que puede suscitar dudas en relación a la consideración de los Principios UNIDROIT. Sin embargo, sus redactores pretendieron, entre otras funciones, que los mismos sirvieran de ayuda a la hora de interpretar y colmar lagunas de convenios internacionales relativos a contratos comerciales. A pesar de todo, es de estimar que los Principios deberían ser tenidos en cuenta como principios generales complementarios de la Convención. La razón principal radica en que ponen de manifiesto una subs-

tancial coincidencia con las disposiciones específicas de la Convención y con los principios generales de la Convención anteriormente mencionados, coincidencia ésta que no puede sorprender pues la Convención fue, en buena medida, el origen de los Principios UNIDROIT⁶³.

- 2.^a Por otro lado, el procedimiento empleado para la creación de los Principios parece adecuado al estado actual de unificación jurídica. La CV supone la existencia de una regulación fruto de una comparación entre ordenamientos jurídicos. Por ello, con carácter general, se puede partir de la CV para la creación de un derecho general de los contratos, pues, al objeto de proporcionar respuestas a nuevas cuestiones y de procurar la mejora de soluciones ya existentes, bastaría con la generalización de sus disposiciones y su coordinación con las necesidades de los distintos sectores comerciales lo que, precisamente, constituyó la pauta de actuación del grupo de trabajo del UNIDROIT. Por ello, los resultados alcanzados podrían, en tanto en cuanto formulen principios generales no directamente deducibles de la Convención, ser utilizados para colmar las lagunas de la misma.
- 3.^a Por último, un análisis de los principios generales de la CV, que reciben una general aceptación, permite afirmar que su contenido ha dejado de ser reducido, no limitándose a princi-

⁶³ La línea de los pronunciamientos arbitrales en orden a la consideración de los Principios UNIDROIT como inspiradores de la Convención de Viena parece suficientemente establecida. En tal sentido, cabe mencionar:

- Laudos arbitrales del «Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der Gewerblichen», Viena, nos. SCH-4366 y SCH-4318, ambos de 15 de junio de 1994, que interpretan que, para la determinación del tipo de interés, se aplica el principio general que cabe extraer del art. 74 de la Convención de Viena, con lo que se consigue igual resultado que el derivado de la aplicación del art. 7 de los Principios UNIDROIT.
- St. del Rb Zwole (Países Bajos), de 5 de marzo de 1997, que alude a los Principios UNIDROIT como criterio interpretativo para el derecho francés.
- Laudo arbitral CCI, 8128/1995, que cita los Principios UNIDROIT en relación con la determinación del tipo de interés, en los que habrá de fundamentarse el intérprete para la solución las lagunas de la Convención de Viena.
- Laudo arbitral CCI, 8769/1996, sin mayores razonamientos, aplicó el art. 7 de los Principios UNIDROIT, al entender se trataba del tipo de interés razonable en las transacciones mercantiles.
- Laudo arbitral CCI, 8817/1997, sobre un contrato de distribución en exclusiva en España y Portugal, en el que el árbitro decretó la aplicabilidad de la Convención de Viena, así como sus principios generales tal y como estaban recogidos en los Principios UNIDROIT.

pios absolutamente genéricos de cuya aplicación no cabe esperar la formulación de soluciones cuando se trata de la resolución de casos concretos. En efecto, los principios inducidos no vienen referidos con carácter específico a cuestiones del contrato de compraventa sino que, en general, se trata de principios que podrían resultar de utilización también en relación a otras convenciones cuyo objetivo sea la unificación internacional del derecho contractual. Los principios anteriormente citados se derivan de la estructura y conceptos jurídicos de la Convención, aun cuando son susceptibles de generalización y contienen los elementos necesarios para el reforzamiento del armazón básico de los contratos. Por tanto, no es coincidencia que una gran parte de los mismos sean también incardinables en los principios de la *lex mercatoria* internacional y en los principios UNIDROIT.

1. *La posibilidad de la interpretación e integración de la Convención de Viena mediante la utilización de los Principios UNIDROIT*

Una posible aplicación de los Principios UNIDROIT se produce en los casos en los que se presenten dudas interpretativas o fuere necesario colmar eventuales lagunas apreciables en el contenido de convenciones internacionales de derecho uniforme. En tal sentido, el pár. 5 del Preámbulo señala que «Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar textos internacionales de derecho uniforme».

Además, el comentario oficial a los Principios⁶⁴ hace explícita mención de su aplicabilidad en cuanto medio para la interpretación e integración de convenciones internacionales. Dicho documento hace referencia a los Principios como instrumento de interpretación e integración de los convenciones internacionales ya existentes. En todo texto legislativo, de origen nacional o internacional, se presentan cuestiones relacionadas con el significado exacto de cada una de sus disposiciones. Además, las leyes, por su naturaleza, no pueden prever anticipadamente todos los casos en los que serán aplicadas. Cuando se aplican leyes internas, es posible recurrir a principios ya consolidados y a criterios hermenéuticos existentes dentro de cada sistema jurídico. La situación se presenta más incierta en relación con aquellos instrumentos que, a pesar de estar introducidos en los diferentes sistemas nacionales, hayan

⁶⁴ Cfr. UNIDROIT, *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, Roma, 1995, págs. 5 y sigs.

sido elaborados por vía convencional a nivel internacional. Según las teorías tradicionales, en estos casos también se debería recurrir a los principios y criterios interpretativos previstos en el derecho interno, tanto si se trata de la *lex fori* como del derecho que, según las normas de derecho internacional privado, sería aplicable en ausencia de derecho uniforme. Hoy en día, tanto los jueces ordinarios como los árbitros, tienden cada vez más a abandonar este tipo de planteamiento conflictual, tratando en cambio de interpretar e integrar las fuentes internacionales en relación con los principios autónomos y uniformes a nivel internacional. Esta orientación, expresamente ratificada en los convenciones más recientes, se fundamenta en el supuesto de que el derecho uniforme, incluso tras su incorporación a los diferentes sistemas jurídicos nacionales, se convierte sólo formalmente en parte integrante de estos últimos, mientras que, desde el punto de vista sustancial, no pierde su carácter original de cuerpo normativo que se ha desarrollado de forma autónoma a nivel internacional, destinado a una aplicación uniforme en el mundo. Hasta ahora, ha venido siendo tarea de los mismos jueces y árbitros buscar en cada uno de los casos estos principios y criterios autónomos de interpretación e integración de los instrumentos normativos internacionales, basándose en investigaciones comparativas sobre las soluciones adoptadas en los diferentes sistemas jurídicos nacionales. Los Principios, podrían facilitar de forma importante su tarea en este aspecto.

Esta utilización de los Principios debe ser ponderadamente considerada pues se corre el peligro, ante la existencia de una laguna, de recurrir a los Principios UNIDROIT en lugar de hacerlo, primeramente, a los propios principios generales que puedan ser deducidos del texto internacional objeto de interpretación. Con todo, ésta es una de las funciones que los Principios de UNIDROIT están llamados a desarrollar⁶⁵ por la propia naturaleza incompleta o fragmentaria de los textos internacionales que conforman el Derecho Uniforme del Comercio Internacional⁶⁶.

Si los Principios han sido también concebidos con una función interpretativo-integrativa de convenciones internacionales de derecho

⁶⁵ Al respecto, se ha afirmado «...the UNIDROIT Principles deal with a number of matters which are either excluded or not sufficiently covered in CISG». Cfr. BONELL, *An International Restatement of Contract Law*, Nueva York, Transnational Juris Publications, 1994, pág. 44.

⁶⁶ «The potential use of the UNIDROIT Principles as a means of interpreting and supplementing the CISG must be examined first in light of CISG article 7 (2)». Cfr. GARRO, cfr. *The Gap-Filling Role of the UNIDROIT Principles in International Sales Law*, en «Tulane Law Review», abril 1995, págs. 1155-1156.

uniforme, habría que recordar que, en la jurisprudencia, aún no se ha apaciguado el debate⁶⁷ sobre la *vexata questio* de si la interpretación tiene que hacerse de acuerdo con criterios autónomos, o bien mediante parámetros extraídos de la ley aplicable en virtud de los tradicionales criterios de localización. En términos generales, la doctrina se pronuncia a favor de la influencia de los Principios sobre la CV, ante la consideración de que los Principios pueden llegar a convertirse en un conjunto de principios comunes⁶⁸ necesarios para alcanzar la uniformidad y armonización del derecho mercantil internacional, a pesar de su carácter no obligatorio, o en la pieza central de convenciones internacionales⁶⁹.

Un ejemplo de lo anterior⁷⁰ lo ofrece el régimen de la responsabilidad precontractual en la CV. Puede indicarse que la responsabilidad precontractual es una laguna de la Convención sin que sea posible encontrar en el texto de la Convención algún principio general. Por ello, en principio, la regulación de la responsabilidad precontractual debería dejarse al derecho nacional que resulte aplicable por mandato del art. 7.2 CV. Esta dejación de la responsabilidad contractual a los diversos derechos nacionales puede ser superada por la aplicación de los Principios UNIDROIT, particularmente por la aplicación del art. 2.15 PCCI (Negociaciones con mala fe) y del 2.16 PCCI (Deber de confidencialidad). Esta solución evitaría los inconvenientes del recurso a los diversos ordenamientos internos y permitiría la consecución de una aplicación uniforme para las transacciones internacionales, máxime cuando los diferentes derechos internos no son unánimes acerca de la naturaleza jurídica que reviste la responsabilidad en esta fase de la vida del contrato, ni acerca del contenido del principio de buena fe, ni acerca de las soluciones para la parte afectada, así como el cálculo de los daños que bascula entre el interés positivo y el negativo, si bien este último criterio es el generalmente aceptado. En tal sentido, Van

⁶⁷ Cfr. KAHN, *Les Conventions Internationales de Droit Uniforme Devant les Tribunaux Arbitraux*, en «Uniform Law Review», 2000, págs. 121 y sigs.

⁶⁸ La expresión «a backbone of common principles» es de FERRARI, en *Le champ d'application des «Principes pour les Contrats Commerciaux Internationaux» élaborés par UNIDROIT*, en «Rev. Internationale de Droit Comparé», 1995, pág. 1234.

⁶⁹ Por su parte, GARRO completa la anterior expresión señalando que tales principios comunes son «necessary to achieve uniformity and harmonization of international commercial law, despite their nonbinding character, or in the centerpiece of international conventions»; cfr. *The Gap-Filling Role of the UNIDROIT Principles in International Sales Law*, cit. pág. 1155.

⁷⁰ PERALES VISCASILLAS, *El Derecho Uniforme del Comercio Internacional*, cit. págs. 255-257.

Houtte⁷¹ pone de relieve que una de las grandes innovaciones de los Principios UNIDROIT radica en la definición de estándares para el desarrollo de las negociaciones.

Otro ejemplo lo puede ofrecer el supuesto de la contratación construida sobre cláusulas estándar, supuesto en el que se pueden plantear problemas acerca de la validez de las llamadas «cláusulas sorprendidas». Al respecto, de acuerdo con el art. 2. 20 (1) PCCI, «toda estipulación incorporada en cláusulas estándar cuyo contenido o redacción, material o formal, no fuese razonablemente previsible por la otra parte». Este precepto, recogido en los PCCI, no tiene paralelo en la CV por lo que la aplicación de los Principios sería deseable, lo que no impediría que se llegase al mismo resultado sobre la base de aplicar el principio de la razonabilidad⁷².

Por otra parte, tal como indica el Preámbulo, esta solución contribuirá a lograr una mayor equidad durante la resolución de la disputa, ya que no se aplicará el derecho nacional de una de las partes, lo que en el caso de contratantes pertenecientes a ordenamientos jurídicos diferentes podría suponer una ventaja para aquel cuyo derecho se aplica.

2. *Los supuestos de dificultad en la coordinación entre la Convención de Viena y los Principios UNIDROIT*

Pese a lo anteriormente expuesto, no se deben desconocer determinados problemas que pueden plantearse para un adecuado engranaje y debida coordinación entre la CV y los PCCI lo que parece posible, ya desde un principio, pues se trata de textos con diferente alcance, siendo el segundo de aplicación a cualquier tipo o clase de contrato.

A) LAS DIFERENCIAS APRECIABLES ENTRE LAS REGULACIONES DE AMBOS TEXTOS

El hecho de que la regulación de los Principios UNIDROIT se aparte en determinadas cuestiones de la regulación de la CV puede llevar a

⁷¹ El art. 2. 15 PCCI sanciona la responsabilidad de las partes caso de ruptura de las negociaciones de mala fe. Sobre la cuestión, VAN HOUTTE, «one of the great innovations of the UNIDROIT Principles is that they provide standards for conducting negotiations», cfr. *The Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, en «Arbitration International», 1995, vol. 11, pág. 377.

⁷² Los árbitros, sin duda, tenderán más fácilmente a complementar los textos internacionales vigentes con los Principios de UNIDROIT, como lo demuestran los laudos del *International Schiedsgericht* comentados acerca de la determinación del tipo de interés. No obstante, sería deseable que los jueces nacionales se sumen también a este movimiento, para lograr efectivamente la consecución de un Derecho Uniforme en el comercio internacional.

una interpretación errónea de la Convención; particularmente puede influir en la solución que el juez o arbitro dé ante un determinado conflicto. Ejemplos de lo anterior, tal como señala Perales Viscasillas, pueden ser los siguientes:

El art. 78 CV establece el derecho que asiste a las partes a la percepción de intereses, derecho que también acogido por el art. 7.4. 9 PCCI, viniendo a reflejar un uso ampliamente reconocido en el comercio internacional. A diferencia de los Principios de UNIDROIT, la Convención no ha especificado el tipo de interés de aplicación. Pues bien, es claro que el tipo de interés se configura en la Convención como una laguna, por lo que, en principio, deberá buscarse una solución al problema en la propia Convención. La solución ha de tener en cuenta los objetivos de la Convención plasmados en el art. 7 CV, principalmente la finalidad de conseguir el máximo de uniformidad aplicativa de la Convención evitando, en la medida de lo posible, el recurso a la norma de conflicto y, consecuentemente, a los ordenamientos internos.

Otro ejemplo lo proporciona la parte II de la CV relativa al proceso de formación del contrato. El art. 19 CV regula la formulación de una contraoferta y establece, al respecto, que la respuesta a la oferta no puede ser considerada como aceptación, sino como contraoferta, cuando en ella se han incluido adiciones, limitaciones o modificaciones en relación con la oferta inicial (art. 19. 1 CV). Se acoge el conocido principio de la *mirror image rule* o «regla del espejo».

Los Principios UNIDROIT, por su parte, regulan la formulación de una contraoferta en su art. 2.11 (aceptación de la oferta que incluye modificaciones a la misma) en términos muy similares a los párrafos 1.º y 2.º del art. 19 CV. Por contra, el párrafo 3 del art. 19 CV no ha sido acogido por los PCCI. La «batalla de formularios» se regula en el art. 2. 22 PCCI, precepto dedicado por los Principios UNIDROIT a la fase de formación del contrato dispensando acogida a la ya mencionada *knock out rule*. El hecho de que la Convención no contenga una regla específica para la «batalla de formularios», lo que es regulado por los Principios UNIDROIT, puede inducir a pensar que la CV no regula esa cuestión, por lo que el juez o árbitro podrían sentirse tentados de aplicar la solución acogida por los redactores de UNIDROIT con la finalidad de interpretar la CV. Tal situación, por otra parte, puede llegar a producirse si el juez o el arbitro permanecen ajenos a los objetivos de la Convención, a la historia legislativa del art. 19 CV (que claramente demuestra que la «batalla de formularios» no es una laguna en la Convención) y se dejan influenciar por la resistencia que una parte de la doctrina sobre la CV, especialmente la de origen angloamericana, tiene frente a la aplicación de la *last shot rule*.

B) LA DETERMINACIÓN DE LA PREEMINENCIA ENTRE AMBOS TEXTOS

Un problema adicional que se puede presentar al árbitro o al juez es el de determinar la regulación que prima sobre la otra cuando la Convención y los Principios se aplican a determinado contrato de compraventa, siempre teniendo en cuenta que se trate de situaciones en las que ambos textos acojan soluciones dispares. Habrán de distinguirse distintas situaciones:

- 1.^a Aplicabilidad de la Convención ante el silencio de los contratantes al respecto y elección expresa por las partes de los Principios UNIDROIT. En este caso, resulta que ambos textos son aplicables a la transacción, puesto que la Convención es inmediatamente aplicable al formar parte del derecho interno y los PCCI lo son por la elección expresa de las partes. La regulación preeminente será la de los Principios, ya que el art. 6 CV permite a las partes la exclusión de la regulación de la Convención, siendo determinante a estos efectos la elección expresa de los Principios UNIDROIT. La Convención quedará totalmente excluida de la transacción en aquellos aspectos en que la regulación que acoja sea diferente a la de los Principios.
- 2.^a Aplicabilidad de la Convención por acuerdo de las partes, independientemente de que la misma resultase aplicable al formar parte del derecho interno de los Estados donde radican los establecimientos de los contratantes, y acuerdo expreso de aplicación de los Principios UNIDROIT. En esta circunstancia, las reglas de la Convención se aplicarán antes que las de los Principios en virtud del principio *lex specialis derogat generali*. Este principio podría también aplicarse en relación con la primera de las hipótesis, ya que el juez o el árbitro (especialmente el primero) podría considerar más adecuada la normativa contenida en la CV por ser la ley especial y, además, por ser derecho interno.

Las dos situaciones descritas demuestran que la función de los Principios UNIDROIT en el sentido de complementar o ayudar en la interpretación de otros textos internacionales debe ser tomada con cautela, sin que ello sea un obstáculo para que efectivamente pueda producirse una influencia recíproca entre ambos, esto es, que los Principios UNIDROIT puedan servir como instrumento para la integración del derecho uniforme existente, y viceversa. Un ejemplo de esto último lo proporciona el ya mencionado art. 19 CV. Ha quedado indicado que el art. 2.11 PCCI (aceptación de la oferta incluyendo modificaciones a la

misma) no ha acogido un párrafo similar al art. 19. 3 CV. No obstante, el comentario al art. 2. 11 PCCI se acerca mucho al listado recogido en el art. 19. 3 CV (82). Pues bien, se observará que en este punto puede llegar a sostenerse una influencia de la Convención sobre los Principios en sentido inverso al considerado por el Preámbulo, de forma que la Convención puede servir para complementar (o interpretar) los Principios UNIDROIT.

3. *La utilización de los Principios UNIDROIT por los Tribunales internos*

La jurisprudencia interna de diversos países ha hecho mención y ha utilizado los Principios UNIDROIT para la interpretación e integración de la Convención de Viena, lo que puede revestir particular relevancia en aquellos casos en que tal utilización se produjo a instancia del tribunal, sin que los contratos respectivos hicieran remisión a los mismos⁷³).

La St. de la *Cour d'Appel* de Grenoble, de 24 de enero de 1996⁷⁴, se pronunció a propósito de un litigio entre una sociedad norteamericana y otra francesa relativo al transporte de una maquinaria hasta Francia a ser hecho por la primera de las citadas. La maquinaria sufrió daños durante el transporte como consecuencia de su inadecuado embalaje. Sin embargo, una cláusula del contrato, prácticamente, eliminaba toda responsabilidad del transportista, pues limitaba su responsabilidad económica a cifras puramente simbólicas. El juez francés hizo expresa mención a los Principios UNIDROIT, en los que se fundamentó, y concluyó que, en caso de ambigüedad, las cláusulas de un contrato se interpretan preferentemente contra quien las hubiera propuesto, por lo que respaldó la postura de la demandante francesa.

La St. asimismo de la *Cour d'Appel* de Grenoble, de 23 de octubre de 1996⁷⁵, se pronunció sobre un contrato entre una sociedad francesa y

⁷³ Cfr. BONELL, *A New Approach to International Commercial Contracts*, Actas del «XVth International Congress of Comparative Law», Kluwer Law International, 1999, págs. 13 y sigs. El autor se refiere a pronunciamientos judiciales de tribunales de diversos países en tal sentido, mencionados y analizados en las posteriores y diferentes ponencias nacionales. Sobre la cuestión, es de señalar la base de datos de UNILEX. info, actualizada hasta los inicios del presente año 2005, y que contiene más de un centenar de pronunciamientos judiciales y, sobre todo, arbitrales, sobre el uso recibido por los Principios UNIDROIT como complementarios de la Convención de Viena.

⁷⁴ St. del caso *Société Harper Robinson c. Société Internationale de Maintenance et de Réalisations Industrielles (SIMRI) et autres*, en «Uniform Law Review», 1997, pág. 184.

⁷⁵ Caso *Scea GAEC Des Beauches Bernard Bruno c. Société Teso Ten Elsen GMBH & COKG*, en «Uniform Law Review», 1997, vol. 1, pág. 185.

otra alemana, estando esta última obligada al suministro de determinados bienes por los que cobró un sobreprecio no pactado. El tribunal estableció que el art. 57 de la CV determina que el pago del precio debe hacerse en el domicilio del acreedor, y ello a título de principio general. Al respecto, el tribunal dictaminó que ello era, además, expresión de un principio enunciado en el art. 6. 1. 6 de los Principios UNIDROIT, válido y aplicable, no sólo en cuestiones de compraventa internacional, sino en cualquier otro contrato del comercio internacional. Con tal pronunciamiento, el tribunal llevó a cabo una labor de acercamiento y armonización entre ambos textos.

La St. de la *Cour d'Appel* de París, de 5 de marzo de 1998⁷⁶, enjuició un caso en el que el tribunal se debía pronunciar sobre la impugnación presentada contra un laudo arbitral que se había fundamentado en los Principios UNIDROIT en cuanto usos del comercio internacional, y ello aun cuando las partes habían sometido su contrato a la ley francesa. Sin embargo, el árbitro apreció una laguna en el derecho francés que no le permitía establecer los efectos de la resolución del contrato, lo que le llevó a recurrir a los PCCI para colmar tal laguna legal interna. El razonamiento del árbitro resultó respaldado por el tribunal.

Una sentencia de un juez holandés⁷⁷ hizo mención a los Principios UNIDROIT con el fin de resolver una cuestión surgida en relación con la interpretación de la CV. El caso se refería a un contrato de venta de pescado estipulado entre un agente de comercio francés y un comprador holandés. Tras la primera entrega, el comprador rechazó las siguientes entregas, como consecuencia de las reclamaciones de sus clientes acerca de la calidad del pescado. Según la parte actora francesa, el derecho del comprador a reclamar un defecto de conformidad de la mercancía había caducado, puesto que este último no había denunciado el defecto dentro del plazo correspondiente. El demandado, por su parte, alegó que el defecto no podía razonablemente ser descubierto en el breve plazo previsto en el contrato. El juez holandés, tras establecer que el contrato quedaba bajo el campo de aplicación de la CV, se refirió a su art. 39, pár. 1, según el cual el comprador habrá de comunicarse con el vendedor dentro de un plazo razonable a partir del momento en que haya descubierto la falta de conformidad o debiera haberla descubierto. Según el Tribunal holandés, con el fin de interpretar dicho art. de la CV, había que tomar como referencia la ley aplicable y el

⁷⁶ St. del caso *Société Forasol c. Société mixte Franco-Kazakh CISTM*, en «Rev. Arbitrage», 1999, págs. 86-90.

⁷⁷ St. del Rd. Zwolle (Países Bajos), de 5 de marzo de 1997, *CME Coopérative Maritime Etaploise SACV vs. Bos Fishproducts Urk*, en UNILEX. Info.

modo en que el principio de buena fe se encontraba disciplinado en el ordenamiento referido de acuerdo con el art. 7, 2. de la CV. En este caso concreto, se trataba de la ley francesa, y el Tribunal, tras examinar la opinión de la doctrina y jurisprudencia francesas, concluyó que, en ese ordenamiento, prevalecía el concepto de la buena fe subjetiva. Por ello, aún evocando el concepto más amplio de buena fe tomado en consideración en los Principios UNIDROIT (relevante con arreglo al art. 5, pár. 1, de la CV, pero no decisivo según el juez competente) aceptó la tesis de la parte contraria que sostenía la caducidad del derecho de denuncia de defectos en la mercancía vendida, y condenó al comprador holandés.

La St. del *US. District Court* de California, de 7 de diciembre de 1998⁷⁸, se pronunció sobre un contrato entre el Ministerio de Defensa iraní y la sociedad norteamericana *Cubic Defense Systems Inc.* Tras la revolución iraní, las autoridades suspendieron todos los pagos a la empresa norteamericana, por lo que ésta instó el procedimiento arbitral contractualmente previsto ante la CCI que emitió laudo n.º 7365, de 5 de mayo de 1997. El árbitro dictó resolución fundamentándose en el art. 6. 2. 3. PCCI, en los arts. 5.1. y 5. 2, así como en el art. 7. 3. 6. de los Principios UNIDROIT, y respaldó en cierta medida la posición del Gobierno iraní. Este último solicitó la concesión del *exequátur* ante un tribunal de California para obtener la restitución de algunas cantidades de dinero indebidamente pagadas. El tribunal se pronunció en el sentido de que los árbitros habían procedido correctamente, afirmando que los Principios UNIDROIT, la *lex mercatoria* y las normas transnacionales constituyen normas de derecho.

Por su parte, St. del Federal Court de Australia, de 30 de junio de 1997⁷⁹, aplicó los PCCI para la interpretación del propio derecho australiano, mientras que otras dos sentencias⁸⁰ de la *New South Wales Supreme Court*, se fundamentaron igualmente en los Principios UNIDROIT para acoger el principio de buena fe como integrante del derecho australiano, noción que no resulta de fácil admisión y comprensión para los sistemas del *Common Law*.

⁷⁸ St. del caso *The Ministry of Defence and Support for the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran vs. Cubic Defense Systems Inc*, 29 F. Supp. 2d 1168, en *Yearbook*, 1999, págs. 875-881.

⁷⁹ St. del caso *Hughes Aircraft Systems International vs. Airservices Australia*, en «Diritto del Commercio Internazionale», 2001, págs. 210 y sigs., con comentario de BONELLI sobre la misma.

⁸⁰ La primera de ellas, sobre el caso *Alcatel Australia Ltd. vs. Scarcella & Ors Matter*; la segunda, de 1 de octubre de 1999, caso *Aiton vs. Transfield*, en «Uniform Law Review», 2000, pág. 838.

4. *La Convención de Viena y los Principios UNIDROIT en el arbitraje de derecho*

La praxis relacionada con las diferencias comerciales internacionales dirimidas por los árbitros internacionales pone de manifiesto que han utilizado los Principios UNIDROIT como medio de interpretación e integración de convenciones internacionales de derecho material uniforme. En la praxis hasta ahora conocida, las partes no habían formulado solicitud específica al árbitro de interpretar una convención de derecho uniforme en sentido transnacional, sino que han sido los árbitros quienes han recurrido a este método identificando en los Principios UNIDROIT las referencias normativas necesarias para colmar las lagunas existentes en las convenciones internacionales. En este tipo de cuestiones, los árbitros han utilizado los Principios fundamentalmente para la interpretación e integración de la Convención de Viena de 1980. Ello se ha fundamentado, adicionalmente, en la consideración del nexo entre la CV y los Principios UNIDROIT puesto de manifiesto en el art. 7 de la CV, que enfatiza que en la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación.

Así, el art. 7.4.9 de los Principios UNIDROIT ha permitido determinar la autonomía del derecho a la percepción de intereses y el tipo de interés para el cálculo del monto de los intereses por impago de una suma de dinero, resolviendo así una duda acerca de la interpretación del art. 78 de la CV. En esta categoría se sitúa el laudo CCI n.º 8128 de 1995. Otras aplicaciones de los Principios se han puesto de manifiesto en los laudos CCI n.º 8769 de 1996 y n.º 8817 de 1997.

En el laudo CCI n.º 8128 de 1995, el árbitro recurrió a los Principios UNIDROIT para interpretar e integrar la CV. El litigio tuvo su origen en un contrato de venta de fertilizante químico en sacos, estipulado entre una sociedad austriaca y una sociedad suiza⁸¹. El comprador inició el procedimiento arbitral ante el retraso de los plazos de la entrega. El vendedor alegaba que los defectos encontrados por el comprador dependían de hecho imputable a un tercero, suministrador del mismo vendedor. El árbitro, una vez constatada la ausencia de elección de derecho aplicable, basándose en el art. 70, párr. 2 de la CV, condenó al vendedor al resarcimiento de daños y perjuicios, puesto que, en ese caso, no se constataba la presencia de una causa de exoneración de la responsabilidad del vendedor. Además, el árbitro observó que la CV no permitía

⁸¹ En «Journal de Droit International», 1998, págs. 1025-1028, con comentario de HASCHER.

determinar un tipo de interés resarcitorio y, por lo tanto, decidió aplicar un tipo de interés internacional, llegando al tipo LIBOR en vigor en la plaza de Londres. Esta decisión, se sustentaba en el art. 7.4.9, párrafo 2.º de los Principios UNIDROIT, además de en el art. 4. 507, párrafo 1.º, de los PCCI, esto es, en aquellos principios generales a los que la misma CV hace referencia en el art. 7, párrafo 2.º. Por lo tanto, el árbitro determinaba un tipo de interés equivalente al LIBOR incrementado en un dos por ciento. De esta forma, el árbitro coincidió con la jurisprudencia que sostiene, en caso de lagunas en la CV, que hay que recurrir a los principios generales y no localiza la relación en el ordenamiento del Estado competente por remisión de las normas de conflicto⁸².

Un ejemplo adicional del empleo de los Principios UNIDROIT con fines integrativo-interpretativos de la CV, se encuentra en el laudo de la CCI n.º 8769 de 1996. De forma similar a lo ya observado en el laudo de CCI n.º 8128, el árbitro colmó una laguna de la CV mediante la aplicación de los Principios UNIDROIT en materia de determinación de los intereses por impago de una suma de dinero.

Se trataba de un contrato estipulado entre una sociedad francesa y una sociedad austriaca cuyo objeto era la producción y suministro de maquinarias. La sociedad francesa, actora, emprendió el procedimiento arbitral reclamando el comportamiento doloso de la parte contraria por carencias en las especificaciones técnicas pactadas en contrato, además de la falta de registro de una patente y, por lo tanto, sostenía, *inter alia*, la resolución injustificada del contrato y el impago de lo debido, y pedía, por vía reconvenzional, el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos. El árbitro único, una vez fijado la sede en Zurich, apuntó la elección expresa del derecho francés en el contrato, declaró aplicable la CV y, rechazando las tesis de la parte actora, condenó a la misma al resarcimiento de los daños y perjuicios. La exacta cuantificación de los daños no podía realizarse en base a la CV (*ex art. 78*) y, por lo tanto, evitando proceder a la localización, resolvió la cuestión del *quantum* refiriéndose al art. 7.4.9., párrafo 2.º, de los Principios UNIDROIT argumentando que «the sole arbitrator considers it appropriate to apply a commercially reasonable interest rate (see Art. 7.4.9. UNIDROIT Principles). The interest rate claimed is commercially reasonable for the award currency, austrian schillings».

En el laudo posterior, n.º 8817 de 1997, en cambio, el laudo de CCI no se plantearon cuestiones de integración de la CV, puesto que los

⁸² Aún más, el árbitro apuntó una convergencia entre los Principios de UNIDROIT y los Principios de derecho europeo de los contratos, suscitando interrogantes acerca de la relación entre los principios generales y la *lex mercatoria*.

Principios UNIDROIT fueron considerados por el árbitro como un todo único y armónico con la Convención.

También en este caso específico, la controversia se originó en la rescisión injustificada por una de las partes como consecuencia del recurso de algunas circunstancias consideradas unilateralmente como causa legítima de resolución. El árbitro único, tras sentar la aplicación de la CV, consideró los Principios UNIDROIT como un complemento natural de la convención misma, y afirmó que las disposiciones de la Convención y de sus principios generales, reunidos actualmente en los Principios UNIDROIT relativos a los contratos del comercio internacional, resultan perfectamente adaptados a la resolución del litigio⁸³. Los fundamentos normativos del razonamiento del árbitro, se centraron en el art. 1.8 de los Principios en materia de usos y prácticas implementadas entre las partes, además de en el art. 7.4.8 en relación con la obligación de la mitigación de los daños. En base a estas referencias, el árbitro condenaba a la demandante al resarcimiento de daños y perjuicios derivados de la resolución del contrato.

5. *La Convención de Viena y los Principios UNIDROIT en el arbitraje de equidad*

Junto a la aplicación de los Principios UNIDROIT en el marco del arbitraje de derecho, se han producido aplicaciones de los Principios en el ámbito del arbitraje de equidad. De forma similar a lo observado en relación con el arbitraje de la CCI, los Principios UNIDROIT han sido utilizados por los árbitros con el fin de interpretar e integrar una convención internacional de derecho uniforme. Esto se ha producido en diversos casos, en los que los Principios han tenido aplicación en materia de determinación del tipo de interés aplicable con el fin de determinar el *quantum* del resarcimiento del daño.

1) Dos laudos emitidos por el Tribunal Arbitral Internacional de la Cámara Federal de Comercio de Viena se refieren a otras tantas controversias relacionadas con contratos para el suministro de chapa, estipulados entre un vendedor austriaco y un comprador alemán. Las mercancías debían ser entregadas «Fob Rostock». Iniciada la ejecución del contrato, el comprador vendió las mercancías a una sociedad belga, la cual, a su vez, las envió a un fabricante portugués. Este último, descu-

⁸³ «Les dispositions de la convention et ses principes généraux, réunis à l'heure actuelle dans les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, son parfaitement adaptés à la résolution du litige».

brió defectos en los bienes adquiridos y vendidos y rechazó toda entrega ulterior. Una vez recibida la denuncia del defecto de conformidad, el vendedor austriaco rechazó pagar los daños, sosteniendo que la reclamación no había sido cursada inmediatamente. El comprador alemán emprendió el procedimiento arbitral. El primer laudo concluyó con la condena del vendedor al resarcimiento de daños, el segundo laudo con la condena del comprador. En ambos casos, el árbitro se encontró con tener que afrontar la misma cuestión, es decir, la fijación del tipo de interés.

a) En el laudo n. SCH-4318, de 15 de junio de 1994, el comprador se dirigió al árbitro aduciendo el incumplimiento por parte del vendedor por defectos de la mercancía vendida (16). Por su parte, el vendedor alegó que la acción del comprador había prescrito de acuerdo con los plazos previstos en el contrato.

El árbitro único comprobó la aplicabilidad al caso de la CV. Posteriormente, con fundamento en la Convención, condenó al vendedor austriaco al resarcimiento de los daños, calculados a partir del día de la demanda del comprador. A efectos de la cuantificación de los daños, el árbitro observó que el art. 78 de la CV no resolvía la cuestión del tipo de interés aplicable. La CV, de hecho, nada dispone en relación con esta cuestión, dejando abierto el problema de cubrir la laguna en base a los principios generales previstos en la convención misma, según su art. 7, 2. Dado que uno de los principios generales de la Convención está constituido por la obligatoriedad del resarcimiento íntegro de los daños (art. 74 de la CV), el árbitro decidió referirse al tipo bancario aplicado en el país de acreedor con referencia a la moneda de pago, encontrando su fundamento en el art. 7. 4. 9, párr. 2.º, de los Principios UNIDROIT. Esta decisión se fundamentaba en la consideración según la cual el acreedor de una suma de dinero, caso de incumplimiento o demora del deudor, debía dirigirse a su propio banco, que le concedería un crédito equivalente en moneda local u otra moneda al tipo de interés practicado en el Estado en el que está domiciliado. Por tanto, el tipo de interés aplicable se determinaba en base al tipo medio relativo al dólar estadounidense vigente en Alemania durante el periodo considerado.

b) También en el laudo n.º SCH-4366, de igual fecha de 15 de junio de 1994, la controversia tenía su origen en un contrato de suministro de chapa. El contenido de la controversia resultaba similar a lo expuesto anteriormente, sin embargo la cuestión que se le presentaba al árbitro era en parte distinta.

En este caso, en efecto, el árbitro apreció que la mercancía había sido entregada de conformidad con la norma del art. 53 CV y, por lo tanto, el comprador debía pagar el precio a partir de la recepción de las facturas,

según lo establecido en el contrato (art. 58, párrafo 1.º, de la CV). Al condenar al comprador alemán al resarcimiento de daños, el árbitro apuntó, también en este caso, que la CV nada disponía en materia de tipo de interés aplicable a la suma debida en concepto de resarcimiento de daños y, además, laguna que debía ser cubierta a través de los principios generales a que hace referencia el art. 7, párrafo 2.º, de la CV. La solución, por lo tanto, no se encontró a través de la técnica tradicional de la localización de la relación, sino mediante la aplicación del art. 7.4.9 de los Principios UNIDROIT. Por consiguiente, el tipo de interés aplicable se encontró en el *average prime rate* sobre el dólar estadounidense y el marco alemán vigente en Austria durante el periodo considerado.

2) Otras aplicaciones de los Principios UNIDROIT, en función interpretativo-integrativa de la CV, se produjeron en los laudos dictados por la Cámara de Comercio e Industria de la Federación de Rusia. Dichos laudos fueron dictados a propósito de problemas producidos en supuestos de compraventa internacional, y los Principios UNIDROIT resultaron aplicados con el fin de establecer la imputabilidad parcial de los daños al perjudicado, *ex art. 7.4.7*, además de en materia de interpretación del contrato estipulado entre un comprador ruso y un vendedor británico.

3) En un laudo dictado el 1 de diciembre de 1996, en el marco de un arbitraje desarrollado ante la Cámara Arbitral Nacional e Internacional de Milán, se aplicaron los Principios UNIDROIT a un contrato de agencia entre una sociedad italiana y otra norteamericana que desarrollaba los servicios de agencia comercial.

El principal sostuvo la resolución del contrato por incumplimiento del agente, mientras que este último reclamó el resarcimiento de daños aduciendo la falta de causa de la resolución del contrato. Las partes obtuvieron un acuerdo según el cual serían de aplicación los Principios UNIDROIT en el marco de un arbitraje de equidad. Por tanto, el árbitro se fundamentó en el art. 1.3 que sanciona el carácter vinculante del contrato. A continuación, el árbitro trajo a colación el art. 4.1 y el art. 4.2, relativos ambos a la interpretación del contrato, al objeto de determinar la legitimidad de la resolución. Por otro lado, con base en el art. 7.3.1. y en el art. 7.3.5, ordenó al agente la devolución de las mercancías propiedad del principal, e impuso a este último el pago de las comisiones correspondientes a las transacciones impulsadas por el agente. El árbitro se sirvió, asimismo, del art. 7, párrafos 1, 2, 3 y 4, para fundamentar el derecho del agente a la percepción de una indemnización por incumplimiento de contrato del principal.

* * *

A modo de conclusión, procede la cita del antiguo brocardo, según el cual *electa una via non datur recursus ad alteram*.

La belleza del sistema conflictual reside en la precisión y en el refinamiento con que las técnicas de localización permiten la definición de las normas que han de ser de aplicación y de aquellas otras que hubieren de ser excluidas. Sin embargo, todo da la impresión de que la técnica conflictual clásica tiene necesidad del soplo renovador aportado por la *lex mercatoria* y por los principios generales que, paulatinamente, van siendo definidos en lo atinente a las relaciones mercantiles internacionales.

Ad contrarium, ello no permite la evocación meramente simbólica de los principios jurídicos generales actualmente en fase de preparación y definición, de índole regional o universal, que parecen apuntar que las regiones y el universo buscan, más o menos a tientas, un derecho de obligaciones y contratos material, substancial, y compartido.

DEL CONCEPTO AL PARADIGMA DE LA SECULARIZACION

Manuel M.^a Urrutia León

El concepto de secularización constituye un ejemplo clamoroso de metamorfosis de un vocablo específico en una de las principales palabras clave de la edad contemporánea. Originariamente nacida como término técnico en el ámbito del derecho canónico (saecularisatio: de saecularis, saeculum), la expresión ha conocido, en el transcurso de los dos últimos siglos, una extraordinaria extensión semántica: primero en el campo jurídico-político, después en el de la filosofía (y la teología) de la historia, y finalmente en el de la ética y la sociología. Por medio de estos cambios y ampliaciones de significado, la palabra gradualmente ha alcanzado el rango de categoría genealógica, pudiendo compendiar o significar unitariamente el desarrollo histórico de la sociedad occidental moderna, a partir de sus raíces (judeo-) cristianas.

(Marramao, 1998: 17).

En la entrada al campo de la secularización debería haber siempre una señal que advirtiera: «Sigue usted bajo su propia responsabilidad».

(Casanova, 2000: 26).

1. Introducción

«Secularización es —como se sabe— una de las expresiones clave del debate político, ético y filosófico contemporáneo» (1998: 12), escribe Giacomo Marramao en un precioso libro donde rastrea la genealogía —legal, filosófica, teológica, sociológica, etc.—, del concepto de secularización. Mi pretensión, mucho más modesta y limitada, se circunscribe fundamentalmente al ámbito de la sociología de la religión. Y consiste en un acercamiento al debate más reciente en torno a las «teorías de la secularización», a su cuestionamiento y/o replanteamiento más actuales.

Ello requiere abordar un problema previo, absolutamente decisivo, de orden epistemológico y metodológico: qué entendemos por secularización y cómo concebimos la teoría o teorías que habrían de dar cuenta de ella. Pues sucede que generalmente tanto el concepto como las teo-

rías de la secularización son dados por sentado sin ser definidos ni examinados de manera explícita y sistemática. De ahí que muchas de las críticas a la secularización, desde la consolidación del concepto hasta hoy, no sean sino palos de ciego que, al confundir los términos, no permiten un verdadero replanteamiento, o si fuera preciso abandono, de las teorías de la secularización criticadas.

En esta dirección me parece muy importante y tremendamente útil la aportación de Olivier Tschannen, quien ha hablado de la existencia de un verdadero «paradigma de la secularización» —a la vez que se ha ocupado de sistematizarlo con rigor—, que se consolida en la sociología de la religión en los años 1970.

El problema en el que nos vamos a centrar en este artículo preliminar es el de delimitar con claridad en qué consiste tal paradigma, cuáles son sus supuestos y elementos constitutivos y en qué sentido supone una ruptura, que lo es, con las teorías de la secularización anteriores a él. Sólo así estaremos en condiciones de juzgar en qué medida los dardos de los críticos de «la secularización» dan o no en el blanco —es decir, son críticas válidas a los planteamientos más actuales de la idea de la secularización, luego requieren ser afrontadas— o se dirigen, como sucede a menudo, a planteamientos de los críticos de la religión, o de los teóricos clásicos de la secularización, etc., muchos de los cuales habían sido ya superados por los sostenedores del «paradigma de la secularización».¹

2. El concepto de secularización

El surgimiento histórico del concepto de secularización remite a dos sentidos originarios. Frente a la opinión predominante hasta épocas recientes, que situaba su primer uso a mediados del siglo XVII, hoy ha

¹ El presente artículo es el primero de una serie que pretende investigar el replanteamiento de las teorías de la secularización que se está produciendo en la sociología de la religión desde principios de los años 1980. En efecto, los Nuevos Movimientos Religiosos; la irrupción de las religiones en la esfera pública; la globalización, que sobrepasa el marco occidental en que se encuadran las teorías de la secularización, etc., están poniendo en cuestión las teorías de la secularización dominantes en la sociología de la religión desde finales de los años 1960. Existiendo dos respuestas ideal-típicas a estos cuestionamientos. (1) Aquellos para quienes las teorías de la secularización tienen aún valor explicativo, al menos parcial, una vez convenientemente revisadas a la luz de estos u otros hechos históricos. (2) O los que sostienen que han sido totalmente refutadas y por ello deben ser abandonadas y sustituidas por otro tipo de teorías, más bien opuestas. El posicionamiento crítico respecto de estas posturas es el fin último de esta investigación.

quedado demostrado que fue empleado en un momento anterior, en los últimos decenios del siglo XVI. En esa época, el término técnico *saecularisatio* es utilizado en el ámbito del Derecho canónico y su sentido alude al paso a un estado secular, a la vida laica, de quien había recibido órdenes religiosas con anterioridad (Marramao, 1998:19). Sólo posteriormente, el concepto se extenderá al ámbito político-jurídico, adquiriendo entonces un segundo sentido. En efecto, en el contexto de las negociaciones de la Paz de Westfalia, en mayo de 1646, *séculariser* vino a significar la sustracción o expropiación de terrenos y propiedades de la Iglesia que pasan a manos seculares. A partir de ese momento, con el surgimiento del Estado moderno, se inicia un largo proceso de separación progresiva de las autoridades eclesiásticas, y de lo religioso en general, respecto del ámbito temporal. Con ello nos encontramos ante uno de los significados fundamentales, sino el central, del concepto de secularización.

Ahora bien, inicialmente el término podía ser utilizado de manera puramente descriptiva, no valorativa; era un término neutral. Incluso determinadas secularizaciones fueron promovidas por la propia Iglesia (Lübbe, citado por Matthes, 1971: 83). Pero a lo largo de los siglos posteriores el concepto se fue extendiendo a otros ámbitos, sufriendo importantes cambios y una considerable ampliación de significados, haciéndose enormemente polisémico. Y además, sobre todo en épocas recientes, «tanto *secularización* como su derivado *secularismo* han sido empleados como concepto ideológico muy lastrado de connotaciones valorativas, a veces positivas, a veces negativas» (Berger, 1981: 152-153). Como señala el propio Peter Berger, esta valoración ideológica de la secularización no es simple, positiva o negativa, según venga del campo secular o del religioso, sino bastante más compleja. Y así, una de las más importantes novedades en esta dirección, surgida a partir de la Segunda Guerra Mundial, será la valoración netamente positiva de la secularización por ciertos teólogos cristianos protestantes. Tal *teología de la secularización*, como se la conocerá posteriormente, llegará a saludar a la secularización no como des-cristianización sino, al contrario, como el desarrollo y realización lógicos del propio cristianismo, y desde un punto de vista creyente, como una oportunidad única para llevar una vida verdaderamente cristiana.

Debido a las dos razones mencionadas, la polisemia y la carga valorativa adquiridas por el concepto de secularización a lo largo de su dilatada historia, el uso del concepto de cara a la investigación rigurosa se fue volviendo enormemente problemático, hasta el punto de que algunos autores hayan propuesto, una y otra vez, su eliminación y sustitución por otros conceptos más específicos.

Pero lo cierto es que, seguramente por lo profundamente arraigado de su uso, el concepto de secularización siempre ha acabado por sobrevivir a sus críticos. Un buen ejemplo de la gran dificultad para deshacerse del mismo, lo constituye una divertida anécdota, referida al sociólogo de la religión David Martin, que en su momento hizo las delicias de sus compañeros en los círculos de la disciplina, y de la cual cabe extraer importantes enseñanzas.

Martin irrumpió en la sociología de la religión en 1965, con un artículo, *Towards eliminating the concept of secularization*, verdadero «trabajo de demolición», según propia expresión, en el que planteaba la necesidad de eliminar el concepto de secularización por considerarlo un obstáculo al progreso de la disciplina. El motivo principal, además de su polisemia y ambigüedad, era que a su juicio se trataba de un instrumento en manos de ciertas ideologías antirreligiosas, como el racionalismo, el marxismo y el existencialismo, más que de un concepto verdaderamente científico (Martin, 1969: 9). Pero he aquí que el artículo sería incorporado como primer capítulo a un libro posterior y en éste, tras la radical afirmación con la que concluía el artículo: «secularización debería ser borrada del diccionario sociológico» (Idem: 22); inmediatamente se podía leer como inicio, no muy coherente, del segundo capítulo, que «el cristianismo ha experimentado al menos dos tipos principales de secularización» (Idem: 23).² A Martin, que no fue capaz de seguir su propio consejo, no le quedó más remedio que reconocer tal incoherencia en la introducción al libro, al sostener que no había pretendido ser enteramente consecuente sino que, ante todo, había tratado de mostrar la complejidad de la cuestión y plantear sugerencias para el debate (Idem: 1).

Más aún, posteriormente el propio Martin, que sería Presidente de la CISR³ entre 1975 y 1983, en el momento de la consolidación y desarrollo del «paradigma de la secularización», contribuiría de forma importante a esta tarea con su obra *A General theory of secularization*. En la introducción al mismo, saliendo al paso de las bromas que le

² Véase: David MARTÍN, *The religious and the secular. Studies in secularization*, London, Routledge, 1969. De los 11 capítulos del libro 8 recogen el concepto de secularización en su título. El artículo «demoledor», *Towards eliminating the concept of secularization*, había sido publicado en: *The Penguin Survey of the social sciences*, en 1965. Y el segundo capítulo reproduce un artículo del año siguiente, 1966: *Some utopian aspects of the concept of secularization*.

³ CISR: *Conferencia Internacional de Sociología de las Religiones*. A partir de 1989 cambiaría su nombre por el de *SISR: Sociedad Internacional de Sociología de las Religiones*.

habían gastado sus colegas en esos años y refiriéndose una vez más a su polémica incursión en el campo de la secularización, escribiría: «Quizá debiera decir que intenté abrir el debate más que desterrar una palabra, y pienso que he tenido algún éxito en ello» (Martin, 1978: viii). En este y otros lugares explicaría que lo que había hecho era oponerse a una concepción de la secularización como un proceso universal lineal e irreversible, sostenida por ciertas visiones ideológicas de la historia. Defendiendo la conveniencia de separar empíricamente los diferentes y a veces opuestos elementos reunidos indiscriminadamente bajo el manto de un concepto difuso, que tiende a simplificar excesiva e injustificadamente un fenómeno muy complejo (Martin, 1969: 2 y 16).

En este sentido, tiene razón Olivier Tschannen al defender a pesar de todo la coherencia del conjunto de su obra (1992: 291-293). Más aún, las razones de Martin tienen plena vigencia en la actualidad, y de hecho identifica con bastante precisión el tipo de concepción de la secularización que muchos críticos, equivocadamente, tienden a equiparar sin más con «la» secularización.

La lección que debemos aprender del «caso Martin» es decisiva, pues «en toda discusión que incida en la controversia sobre la secularización importa mucho aclarar que las conclusiones dependerán en gran medida de las premisas básicas en que se apoyen los argumentos aducidos. De la forma en que se defina la secularización [...] dependerá en gran parte la posibilidad de identificar tal proceso» (Hill, 1976: 285). Luego de cara a la precisión analítica es indispensable definir con la mayor claridad posible el sentido específico en el que utilizamos el concepto de secularización en cada caso. Sólo así estaría justificado seguir utilizando el concepto de secularización y remitirnos a un paradigma o a determinadas teorías acerca de la secularización y poder valorar, al mismo tiempo, su eficacia heurística⁴.

⁴ Desde una perspectiva muy cercana al planteamiento «paradigmático», que considera la tesis de la secularización como «unas *coordinadas interpretativas* de orientación pragmática», Joachim MATTHES, en un pionero y valioso estudio, nos previene con total precisión sobre lo que está en juego en el uso del concepto, de las teorías y de las «coordinadas» de la secularización. Pues «las numerosas versiones, diversamente acentuadas, de la tesis de la secularización suponen semióticamente una enorme variedad de observaciones, datos, análisis de la situación, valoraciones e indicaciones programáticas de acción. Para poder valorar adecuadamente la virtualidad enunciativa de la tesis de la secularización nos es preciso partir del hecho de que dicha tesis es un signo lingüístico relativamente abstracto de un aglomerado múltiple de enunciados, donde se juntan experiencias primarias de los diversos sujetos de experiencia, construcciones teóricas particulares e intenciones operativas posicionalmente diferentes...» (1971: 85).

3. Las teorías de la secularización

Podemos considerar como teoría de la secularización a toda teoría que rinde cuentas de la situación de la religión en el mundo moderno y que describe la evolución que ha conducido a tal situación (Tschannen, 1992: 8). Luego, como señala Matthes, la tesis de la secularización remite y abarca el campo de la transformación social. Cambio social que es percibido como separación y distanciamiento entre religión y sociedad moderna.

Dicha tesis implica una afirmación sobre el modo de definir la sociedad moderna —en el sentido de un pensar el proceso a nivel histórico-sociológico— «en relación con su origen definido básicamente por la religión». Pero entonces, como preconcepto teórico de toda investigación socio-religiosa, se establece que, genéticamente, la sociedad moderna está determinada básicamente por la religión (cristiana), aunque su actitud actual frente a ésta sea la de una relación parcial, constantemente en retroceso, hacia un sector concreto y especial de religión (Matthes, 1971: 81-82)

Más concretamente, cabe situar en el siglo XVIII, en la época de la Ilustración europea, el origen de la tesis de la secularización. En este momento comienza a ser perceptible una cierta «crisis de la religión» como resultado del desarrollo de la modernidad, que ahora comienza a acelerarse, de las transformaciones sociales, económicas, políticas, culturales, etc., que conlleva la sociedad moderna occidental.

3.1. Las teorías «radicales» de la secularización

Las primeras teorías, más bien implícitas, de la secularización tienen un carácter cuanto menos ambiguo, en la medida en que no se contentaban con pronosticar teóricamente —filosófica o científicamente— el declinar de la religión, sino que en ocasiones tratan de promocionarlo y perseguirlo —como es el caso sobre todo de los «críticos» de la religión—; encontrándonos en estos casos más bien ante determinados programas políticos que ante hipótesis científicas sobre la secularización. Tales planteamientos van ligados a una matriz, que se prolongará durante todo el siglo XIX, de un ingenuo optimismo ilustrado, de una confianza casi ciega en el progreso concebido como un avance lineal e inexorable desde el oscurantismo a la luz. Y la religión es vista como un obstáculo importante a dicho progreso. Como superstición, como mera ilusión basada en la ignorancia, como algo irracional o acientífico, en resumen, como una etapa infantil de la humanidad que la nueva

y definitiva etapa racional o científica acabará por sustituir, o mejor aún, que la Razón debería relegar hasta conseguir su total extinción.

Positivistas y evolucionistas como Comte o los primeros antropólogos Tylor o Frazer se sitúan aquí, si bien éstos, predominantemente intelectualistas, aún vaticinando la progresiva desaparición de la religión, se explican su persistencia merced a la contribución positiva que la religión aporta al orden social; y Comte incluso hace de tal convicción un programa, instaurando una «nueva religión de la Humanidad», laica y positiva, de cara a consolidar el nuevo estadio «positivo». O el más sistemático de los críticos de la religión, Karl Marx, para el que la religión es ideología o falsa conciencia: un elemento retardatario del progreso que además se alía con los poderosos convirtiéndose en instrumento de dominio, en opio que adormece a las masas y les impide tomar conciencia de la explotación a la que se encuentran sometidos bajo el modo de producción capitalista.

En síntesis: progresistas ilustrados; positivistas y evolucionistas; críticos de la religión como Feuerbach, Nietzsche, Freud o Marx sostienen teorías *radicales* sobre la secularización que pronostican, y a menudo contribuyen a promocionar, el declive inexorable de la religión y a medio plazo y como resultado del progreso social su inevitable desaparición pura y simple.

3.2. *Las teorías «moderadas» de la secularización*

Con el nacimiento de la sociología, a finales del siglo XIX, la perspectiva de análisis del hecho religioso sufrirá modificaciones importantes. Si bien en los grandes clásicos de la sociología y primeros sociólogos de la religión, Emile Durkheim y Max Weber, no existen excesivas referencias al concepto de secularización, la problemática que encierra el término no sólo está presente sino que ocupa un lugar fundamental en sus obras. Sobre todo con Max Weber, «la sociología religiosa clásica investigaba el origen del mundo moderno a partir de la tradición cristiana y analizaba el proceso de su distanciamiento de la misma» (Matthes, 1971: 121). Ahora bien, si es cierto, como piensa Matthes, que la tesis de la secularización puede considerarse como la herencia de la crítica de la religión, lo cierto es que la pretensión de los primeros sociólogos es, frente a los críticos de la religión, la de abordar el hecho religioso desde una perspectiva que se pretende científica y no valorativa.⁵

⁵ En este sentido cabe distinguir, con uno de los principales teóricos de la secularización, Bryan WILSON, y como demandaba la clarificación del concepto pedida por Martin, entre el *secularismo*: que es una ideología que «trata de minimizar, si no eliminar, el papel

Lo que en consecuencia les llevará a ser bastante más prudentes en sus predicciones. Sus teorías sobre la secularización son bastante más *moderadas* que las de aquéllos, sobre todo en cuanto se refiere al futuro previsible de la religión. Al margen del diagnóstico weberiano sobre el «desencantamiento del mundo» o de los signos claros de secularización que señalan tanto el uno como el otro —pérdida del poder temporal de la iglesia, privatización y subjetivización de la creencia, etc.—, ninguno de ellos cree en absoluto previsible la desaparición pura y simple de la religión. Más bien piensan que, al margen de la persistencia de las religiones tradicionales en el ámbito subjetivo de muchas personas, se producirá una metamorfosis o recomposición del hecho religioso, o de la creencia en general; que aparecerán nuevas formas de religiosidad: bien se trate de una «nueva religión del hombre» basada en los más altos ideales del hombre (Durkheim), o de algún tipo de religión «de sustitución» o «de reemplazo», etc.

4. El «paradigma de la secularización»

Tras la desaparición de los clásicos, durante varias décadas, apenas se producirá un desarrollo significativo de la reflexión teórica de carácter sociológico sobre la religión. De hecho, durante los años 1930, 1940 y 1950 predominará un tipo de *sociología religiosa* confesional, sobre todo católica, al servicio de la institución eclesial y de carácter meramente empírico (Luckmann, 1973: 30).

No será sino hacia finales de los años 1950 cuando la *sociología de la religión* comience a institucionalizarse, a consolidarse como disciplina, obteniendo un cierto reconocimiento profesional. Ello coincide con la llegada de un grupo de nuevos jóvenes sociólogos a la sociología de la religión, y lo que es más importante, con la revitalización de la teoría, que pasa principalmente por el retorno a los clásicos.

Siendo en los años siguientes, ya en la década de los 1960, cuando la temática de la secularización se convertirá en la más relevante de la disciplina.

A ello van a contribuir, en parte, varios debates teológicos, sobre todo en el ámbito del cristianismo protestante, que se producen en esos

de la religión en los asuntos sociales», y que acompaña a los planteamientos de la mayoría de las teorías radicales de la secularización (singularmente los de los críticos de la religión); y la *secularización*: que es un término no valorativo, que describe empíricamente «un proceso de cambio social en el que la religión pierde significación social» (WILSON, 1992: 209).

años de 1960.⁶ Inicialmente, el promovido por los teólogos de «la muerte de Dios» (*The dead of God*), y el que se produce en torno a «Honesto con Dios» (*Honest to God*), significarán una importante popularización del debate religioso en los EEUU y el Reino Unido, que posteriormente se extenderá por otros ámbitos europeos. Y, sobre todo, la posterior discusión, propiciada por el libro del teólogo Harvey Cox, *La ciudad secular*, y que se conocerá precisamente como el debate sobre «la ciudad secular» (*The secular city debate*), sumado a los anteriores, llevará la problemática de la secularización a un lugar importante del ámbito público.⁷

De hecho, el libro del teólogo baptista Harvey Cox, en el campo explícito de una *teología de la secularización*, va a suponer una cierta ligazón entre el debate teológico y la sociología de la secularización y una cierta transposición de motivos del primero, a la segunda.⁸ Cox

⁶ Ya desde los inicios del siglo XIX, la teología protestante había estado en diálogo permanente con los desarrollos intelectuales de la Ilustración, tratando de adaptar el cristianismo a los cambios de la modernidad. Cabe citar a F. SCHLEIERMACHER (1768-1834); K. BARTH (1886-1968); o R. BULTMANN (1884-1976). Y entre los más recientes e influyentes a Dietrich BONHOEFFER (1906-1945) quien, partiendo del rechazo del dualismo entre lo supramundano y lo mundano, defenderá una interpretación puramente secular del cristianismo, un *cristianismo sin religión* liberado de las nociones metafísicas o de la pura piedad individualista desligada de la vida secular, etc. O Friedrich GOGARTEN (1887-1965), en quien aparecen ya planteamientos de una *teología de la secularización*, que sostiene que la secularización no sólo es plenamente compatible con el cristianismo, sino que realmente se origina en gran parte en él mismo, en cuanto que es desacralización del mundo y una religión histórica y no mística. Acentuándose la idea de la co-creación, y apelando, junto con Bonhoeffer, a la mayoría de edad del ser humano responsable de su propia historia. En esta dirección, y desde un punto de vista sociológico, Peter BERGER analiza el protestantismo liberal alemán, como el modelo típico-ideal de *adaptación* religiosa a la modernidad, frente al catolicismo anterior al Concilio Vaticano II, que representa el tipo-ideal opuesto: la *resistencia* a la misma (Berger, 1981: 222-237).

⁷ En efecto, durante la década de los 1960 se incrementa enormemente la demanda y consiguiente edición de libros de teología popular, algunos de los cuales se convertirán en auténticos bestsellers (ROBINSON, BUREN, COX...), y proliferan los debates donde participa por vez primera el gran público, la prensa, además de estudiantes, teólogos... alcanzando a determinados círculos sociológicos. Cabe citar algunos títulos: el libro de G. VAHANIAN, *The death of God* (1960), que inicia involuntariamente el movimiento de «la muerte de Dios»; si bien serán W. HAMILTON y T. ALTIZER los que crean y bautizan el movimiento de la teología radical o de «la muerte de Dios», como tal, en 1966. Por otra parte: J.A.T. ROBINSON, *Honest to God* (1963), o L. NEWBIGIN, *Honest religion for secular man* (1966). Y en cuanto a la problemática más explícita de la secularización, entre la gran cantidad de libros de teólogos, cabe citar: P. VAN BUREN, *The secular meaning of the gospel* (1963); H. COX, *The secular city* (1966); G. SMITH, *Secular christianity* (1966); o J. COGLEY, *Religion in a secular age* (1968), etc., que son una buena muestra de la extensión del concepto de secularización entre los teólogos antes incluso que entre los sociólogos.

⁸ Como recuerda TSCHANNEN, cuyo libro es insustituible para todo lo referente a la génesis y desarrollo del «paradigma de la secularización», en esos momentos en que éste se

—que se pregunta en su libro cómo ser cristiano en un mundo secular—, sigue a Gogarten y Bonhoeffer; pero recurre a la sociología en todo lo referente a la lectura de la sociedad moderna. Trata de ver cuáles son las consecuencias de la modernidad —leída sobre todo a través de un «peculiar» proceso de urbanización— para el cristianismo. Y no le cabe duda de que la fundamental consecuencia de la modernidad para la religión es la secularización. «El surgir de la civilización urbana y el colapso de la religión tradicional son los dos mojones principales de nuestra era; son también movimientos íntimamente ligados» (Cox, 1968: 23), estampa como primera frase de su obra. La secularización —valorada ahora de forma absolutamente positiva para el cristianismo—, es asumida además como un hecho establecido, irreversible y llamado a extenderse universalmente.

¿Qué es la secularización? El teólogo holandés C.A. van Peursen dice que es la liberación del hombre, «primero del control religioso, y después del metafísico sobre su razón y su lenguaje». Es la liberación del mundo de sus concepciones religiosas y cuasirreligiosas de sí mismo, el disipar de todas las visiones cerradas del mundo, la ruptura de todos los mitos sobrenaturales y símbolos sagrados. Representa lo que otro observador ha llamado la «desfatalización de la historia», el descubrimiento que ha hecho el hombre de que el mundo ha sido dejado en sus manos, de que ya no puede culpar al sino o a las furias por lo que él hace con el mundo. La secularización viene cuando el hombre vuelve su atención de mundos más allá a este mundo y a este tiempo (*saeculum* = «esta era presente»). Es lo que Dietrich Bonhoeffer llamó en 1944 «la mayoría de edad del hombre». [...]

La secularización simplemente pasa por alto y socava la religión y se vuelve a otras cosas. Ha relativizado los conceptos religiosos del mundo, y de esta forma los ha hecho inocuos. La religión se ha privatizado. Ha sido aceptada como la peculiar prerrogativa y punto de vista de una persona o grupo particular. [...]

Los dioses de las religiones tradicionales viven como los fetiches privados o los patrones de grupos de mente afín, pero no desempeñan ningún papel en absoluto en la vida pública o en la metrópolis secular. [...]

La era de la ciudad secular, la época cuyo *ethos* se está difundiendo rápidamente por todos los rincones del globo, es una era de «ninguna religión en absoluto» (Cox, 1968: 23-25).⁹

está gestando muchos de los investigadores tenían una formación teológica a la vez que se «dedicaban a la sociología»: P. BERGER, L. MEHL, L. SHINER, M. MARTY, A. GREELEY, etc. (TSCHANNEN, 1992: 245). Y como veremos, en el debate teológico acerca de «la ciudad secular», la apelación al tribunal de la sociología será una invocación constante a la hora de acreditar las posturas en conflicto.

⁹ Esta concepción de la secularización como un proceso irreversible y universal es bastante común en estos momentos, en este grupo de teólogos protestantes. Y así, por ejem-

Valga esta larga cita para mostrar la manera radical en que se asume el hecho indudable de la «secularización» entre este importante grupo de teólogos, y de paso en qué medida muchos de los temas centrales del planteamiento sociológico ya asoman aquí. Por otra parte, como decía más arriba, las polémicas entre teólogos se situarán, más allá de la teología, en el terreno sociológico. Así sucede, por ejemplo, con el más importante de los críticos de Cox, el sacerdote católico Andrew Greeley, que será considerado además como uno de los primeros críticos de la secularización. Pues obviamente, sostendrá Greeley, antes de elaborar una teología para el «hombre secular» debemos saber «si tal hombre secular existe realmente» (Greeley, en Callahan, 1971: 156). Y va a cuestionar «la sociología» que a Cox le permite responder positivamente a tal pregunta, acusándole de «simplismo sociológico». La pregunta que está en cuestión es, reitera Greeley en otro lugar,

si se da en la actualidad la ciudad secular, y si ya el hombre secular está siendo muy frecuente. Basándose en la más reciente sociología empírica resulta difícil responder afirmativamente a una u otra pregunta. [...]

Creeré que el hombre moderno se está desacralizando progresivamente en los países industriales, y destribalizando, cuando tenga pruebas empíricas de ello y no antes. [...]

En conclusión, que exista, desde luego, un diálogo entre la sociología y la teología. Pero si los teólogos van a utilizar la sociología para sus especulaciones, que empleen la sociología más reciente, con más datos, más elaborada, y no la sociología populachera, romántica y sentimental del principiante universitario (Greeley, en Callahan, 1971: 165, 191 y 166).

Prácticamente en las mismas fechas es cuando ha comenzado a producirse un cierto consenso en la utilización del concepto de secularización entre los sociólogos de la religión. Consenso que tiene su reflejo en unas primeras obras —singularmente: P. Berger, *The sacred canopy* (1967); T. Luckmann; *The invisible religion* (1967); B. Wilson, *Religion in a secular society* (1966)—, que serán decisivas en la conformación del llamado, por Olivier Tschannen, «paradigma de la secu-

plo, en el libro del obispo anglicano Lesslie NEWBIGIN, *Honest religion for secular man*, del mismo año que el libro de Cox (1966), bajo el título de «El proceso de secularización» y el subtítulo «La secularización, hecho universal», podemos leer lo siguiente: «El hecho más significativo del periodo contemporáneo, es que es un momento en el que un único movimiento de secularización está arrastrando a los pueblos de todos los continentes en un torbellino» (NEWBIGIN, 1966: 11).

larización». ¹⁰ Tal paradigma es, sin duda, el más importante, quizá el único, de la sociología de la religión; e incluso hay quien considera que «la teoría de la secularización puede que sea la única teoría que fue capaz de alcanzar una posición verdaderamente paradigmática dentro de las ciencias sociales modernas» (Casanova, 2000: 33). ¹¹

Presento en la página siguiente una tabla a modo de resumen del «paradigma de la secularización» elaborado por Olivier Tschannen.

Lo primero que conviene recalcar, por su trascendencia, es que el «paradigma de la secularización», según lo concibe Tschannen, no engloba todas las teorías de la secularización existentes, o concebidas a lo largo de la historia, sino sólo aquellas defendidas por los autores citados, a partir de los años 1960, que implican una relectura crítica de las que llamábamos teorías «moderadas», y lo que es más importante, suponen una importante ruptura con las teorías «radicales» de la secularización.

¹⁰ La opinión de Olivier TSCHANNEN es que no existe una *teoría unificada* de la secularización, sino diversas teorías en concurrencia —lo que explica, de paso, muchos de los malentendidos que sobre la problemática se reproducen una y otra vez—, y, sin embargo, lo que sí existe realmente es un *paradigma de la secularización*. Paradigma que, tras una sistemática y rigurosa investigación, ha elaborado con notable precisión. Los principales sostenedores del mismo asistirían en Roma, a petición del Vaticano, a la *1.ª Conferencia Internacional sobre la Incredencia* (1969). El presidente fue Peter L. Berger; y asistirían también: Thomas LUCKMANN; Bryan R. WILSON; David MARTÍN, de quien hay que destacar su obra ya citada *A general theory of secularization* (1978); Richard K. FENN, *Toward a theory of secularization* (1978); Karel DOBBELAERE, *Secularization: A multi-dimensional concept* (1981). Y completan la nómina de los sostenedores del paradigma: Talcott PARSONS y Robert N. BELLAH. Entre los demás asistentes, significativamente se encontraba HARVEY COX entre los invitados de fuera del círculo de los sociólogos de la religión.

¹¹ El planteamiento de José CASANOVA constituye, a mi juicio, una de las reformulaciones recientes más revelantes que se han efectuado sobre una de las vertientes fundamentales de las teorías de la secularización (TS): la «privatización» de la religión. Ahora bien, su libro, publicado dos años después del de TSCHANNEN, desconoce la aportación de éste. Y si bien se refiere igualmente al concepto kuhniiano de paradigma, hay una diferencia que creo es preciso tener en cuenta. Cuando CASANOVA habla del paradigma de la secularización (PS) lo identifica con una (única) TS, desde sus inicios, de la que existirían distintas *versiones*. Y aunque señala que sus fundamentos más sistemáticos y empíricos se establecen en los años 1960, al separarse de sus orígenes ideológicos en la crítica de la religión, y parece concordar con TSCHANNEN en que en ese momento se produciría una *ruptura cualitativa* con su historia anterior, la identificación de PS y TS me parece equívoca y confusa. Más claro me parece el planteamiento de TSCHANNEN. Para él existirían diversas TS a lo largo de la historia, sólo algunas de las cuales y a partir de la formación del PS, a finales de los 1960, se integrarían en él, al ser compatibles con sus presupuestos. Pero se trata de TS bastante diferentes entre sí —y así la postura de un B. WILSON, por ejemplo, es contraria en muchos aspectos a funcionalistas como BELLAH o PARSONS—; luego lo importante es, por tanto, establecer los *supuestos* y *elementos comunes* que conforman el PS. Y a esta tarea central es a la que se dedica Tschannen.

El paradigma de la secularización

<p><i>Primer enunciado introductorio:</i> «Ciertas raíces del proceso de secularización se sitúan en el seno mismo de la esfera religiosa»</p>
<p><i>Segundo enunciado introductorio:</i> «La secularización no implica la desaparición de la religión»</p>
<p style="text-align: center;">1. PRIMER ELEMENTO CENTRAL: DIFERENCIACION</p> <p>La diferenciación funcional de las esferas sociales es el prerrequisito de todo proceso de secularización</p> <p style="text-align: center;">1.1. <i>Primer correlato de la D: Autonomización</i> Autonomización de la sociedad. Disminuye el poder de control social de la religión: pasa de ser impuesta a ser ofrecida como producto en un «mercado»; disminuye el poder (cultural) simbólico de la religión que ya no dicta el orden moral</p> <p style="text-align: center;">1.2. <i>Segundo correlato de la D: Privatización</i> Al no imponerse socialmente, la religión se retira de la esfera pública a la privada</p> <p style="text-align: center;">1.3. <i>Tercer correlato de la D: Generalización</i> Elementos de la visión del mundo religiosa (símbolos, valores, normas, etc.) se difunden por la esfera secular tras ser parcialmente liberados de su carácter religioso</p> <p style="text-align: center;">1.4. <i>Cuarto correlato de la D: Pluralización</i> La uniformidad cultural no es impuesta por el poder político y el dosel sagrado homogéneo se fragmenta en una multitud de visiones del mundo en competición</p> <p style="text-align: center;">1.5. <i>Quinto correlato de la D: Descenso de la práctica</i> Descenso de la práctica y de la afiliación religiosas</p>
<p style="text-align: center;">2. SEGUNDO ELEMENTO CENTRAL: RACIONALIZACION</p> <p>Los dominios (diferenciados de la religión) de la vida social pasan a funcionar según criterios de racionalidad instrumental</p> <p style="text-align: center;">2.1. <i>Primer correlato de la R: Cientifización</i> La ciencia como racionalización del saber reemplaza a la religión en ese dominio</p> <p style="text-align: center;">2.2. <i>Segundo correlato de la R: Sociologización</i> La sociología («sustituyendo» a la religión) a través de la «ingeniería social» define un orden racional</p>
<p><i>Primer correlato flotante: Destrucción de la visión del mundo</i> Correlato de la diferenciación y consecuencia del pluralismo /y/ de la racionalización (científica)</p>
<p><i>Segundo correlato flotante: Increencia</i> Ligado al descenso de la práctica /y/ la destrucción de la visión del mundo: descenso en la proporción de creyentes</p>
<p style="text-align: center;">3. TERCER ELEMENTO CENTRAL: MUNDANIZACION</p> <p>Presuponiendo la diferenciación y fundado en parte en el proceso de racionalización. Desviación, a nivel social o cultural, de la atención al mundo sobrenatural para interesarse por los asuntos de este mundo</p>

Fuente: Elaboración propia a partir del texto de Tschannen, 1992: 62-69.

En este sentido son decisivas un par de *creencias*, que forman parte del nivel suprateórico, y sobre las que se fundamenta el paradigma. Por una parte el *presupuesto epistemológico* que concede a la sociología independencia de todo elemento valorativo —lo «pone entre paréntesis»—, que se sitúe fuera del «dominio empírico». Ello supone independencia frente a la religión y la teología. De hecho, la denominación de *sociología de la religión*, frente a la anterior de *sociología religiosa* supone, al adoptarse justo en el momento anterior a la emergencia del paradigma, una reivindicación explícita de tal postura. Pero esta actitud epistemológica implica igualmente el rechazo de la postura clásica que veía en la ciencia la demostración de la vanidad de la religión y un arma de combate contra ella (Tschannen, 1992: 60). Más importante aún me parece la segunda de las creencias, el *presupuesto filosófico* que requiere que el ser humano sea simultánea e inseparablemente un animal racional y un animal simbólico, o religioso. Lo que implica, de nuevo, una importante ruptura con la postura anterior a los años 1960 (Tschannen, 1992: 59).¹² Y me parece decisivo de cara a ciertos cuestionamientos posteriores de la racionalidad moderna más estrecha que, para algunos, acabarían con toda teoría de la secularización.

Por último, conviene subrayar también el segundo enunciado introductorio del paradigma, que va estrechamente ligado al presupuesto filosófico anterior: «La secularización no implica la desaparición de la religión» (Tschannen, 1992: 64), lo que supone dejar definitivamente de lado las perspectivas ilustradas más ingenuas sobre el hecho religioso.

La aportación de José Casanova, en su libro *Religiones públicas en el mundo moderno* —que aún sin mencionar el texto anterior de Tschannen, una vez reformulada resulta compatible con el paradigma presentado por éste—, considera la «teoría de la secularización», así la denomina, como un marco teórico y analítico que conserva valor explicativo, siempre y cuando se reformule convenientemente para incluir el fenómeno de la desprivatización de la religión, que comienza en los años 1980. Lo que implica no considerarla una teoría simple, sino compuesta de tres proposiciones distintas que es preciso diferenciar analíticamente y por tanto evaluar de forma separada (Casanova, 2000: 19-20 y 287).

¹² Postura anterior al *moderno* paradigma que estaría marcada por una *dicotomía*. Ciertos pensadores, considerando al ser humano como un animal prácticamente sólo racional, sacaban de esta convicción la conclusión de que la religión estaba condenada a desaparecer. Por el contrario, los que consideraban que era esencialmente un ser simbólico, tendían a rechazar la modernidad (TSCHANNEN, 1992: 59). Más importante aún, tal presupuesto filosófico de que el ser humano es al mismo tiempo un animal racional y simbólico, es compartido, a su juicio, por los miembros de la profesión sociológica en general (Idem: 70).

En este sentido, a su juicio, conviene distinguir entre el proceso de *diferenciación*, que se identifica prácticamente con el proceso de secularización mismo, y las dos principales consecuencias que se prevé conllevará tal proceso para la religión: *decadencia* y *privatización*.

La aportación de Casanova puede servir a modo de sencillo esquema que nos permita un mejor seguimiento de las discusiones y cuestionamientos en torno a una parte central del paradigma de la secularización.¹³

Esquema para el análisis del proceso de secularización

<p>1. TESIS CENTRAL: DIFERENCIACIÓN</p> <p>El verdadero núcleo de la teoría de la secularización es «la conceptualización del proceso de modernización de la sociedad como un proceso de diferenciación y emancipación estructural de las esferas seculares (principalmente el Estado, la economía y la ciencia) respecto a la esfera religiosa y la diferenciación y especialización concomitantes de la religión dentro de su propia esfera recién hallada»</p>
<p>2. Primera subtesis: decadencia</p> <p>El progresivo decrecimiento y ocaso de la religión (analizado sobre todo a través de las creencias y las prácticas religiosas)</p>
<p>3. Segunda subtesis: privatización</p> <p>La privatización de la religión en el mundo moderno</p>

Fuente: Elaboración propia a partir de Casanova, 2000: 36.

En efecto, a la altura de 1967, los principales sostenedores del paradigma concuerdan en que el futuro previsible que le espera a la religión es, dicho de forma sintética, el de su progresiva decadencia y privatización. Así Bryan Wilson mantiene que la religión tuvo en otros tiempos gran influencia social, que el pensamiento, las prácticas y las instituciones religiosas ocuparon el *centro* mismo de la vida social de la mayoría de las sociedades, singularmente de las occidentales. Y que, situados en el siglo XX, se percibe que el lugar ocupado y el papel jugado

¹³ Conviene ser consciente de que esquema es compatible con una parte importante del paradigma de TSCHANNEN, una vez que las subteorías o subtesis han sido separadas de sus orígenes previos al paradigma y reformuladas. De hecho, escribe que el proceso de secularización implicaría la *decadencia*, que postulaba «el progresivo decrecimiento y ocaso de la religión hasta, añadían las versiones más extremistas, su desaparición final»; y la *privatización* «y añadían algunos, la marginación de la religión en el mundo moderno» (Casanova, 2000: 36). Por ello descartamos esta formulación preparadigmática y nos quedamos con la división analítica una vez matizadas sus afirmaciones. (Ver nota n.º 11).

por la religión en la sociedad ha ido cambiando, en el sentido de ser cada vez menor su centralidad e influencia sociales. Precisamente, a tal «proceso por el cual pensamiento, prácticas e instituciones religiosas pierden significación social» (Wilson, 1969: 13), es a lo que denomina secularización.¹⁴ De este proceso, más que las creencias o actitudes, le parece decisiva la posición que la religión ocupa en la estructura institucional de la sociedad. En expresión de Peter Berger el nivel *socioestructural* de la secularización (separación Iglesia-Estado; expropiación de bienes inmuebles eclesiales; emancipación de la educación, etc.) Si bien ambos concuerdan en que la secularización afecta también al resto de la realidad, al ámbito *cultural* (arte, filosofía, literatura, etc.), con la gran importancia de la ciencia; e incluso, a lo que Berger llama la vertiente *subjetiva*, la secularización de las conciencias: que los individuos miren el mundo y sus propias vidas sin referencia a interpretaciones religiosas (Berger, 1981: 155). La conclusión de Wilson, que incorpora gran cantidad de datos empíricos de los EEUU y GB, sobre todo referidos a la práctica religiosa (bautismo, confirmación, catequesis, matrimonio, etc.), es que

La sociedad secular no parece depender directamente, en ningún sentido, del mantenimiento del pensamiento, las prácticas o las instituciones religiosas. [...]

Todavía sería prematuro decir que la sociedad funciona sin la religión, o que pudiera hacerlo alguna vez. [...]

Una sociedad completamente secularizada no ha existido hasta ahora. [...]

Es posible que, en respuesta al creciente institucionalismo, impersonalidad y organización burocrática de la sociedad moderna, la religión encuentre nuevas funciones que cumplir...

(Wilson, 1969: 222 y 225-226).

Apuntando en todo caso a la hipótesis, que desarrollarán sobre todo Berger y Luckmann, de la previsible privatización de la religión. «En una sociedad que se caracteriza [...] por la relegación al dominio priva-

¹⁴ Concepto de secularización que, como subrayábamos, «no se emplea en ningún sentido ideológico, ni para aplaudir su realización ni para deplorarla» (WILSON, 1969: 11). Lo que es igualmente el punto de partida de la obra de Berger, que defiende un concepto descriptivo de fenómenos empíricos que no tiene porqué implicar valoración. «El proceso* por el cual algunos sectores de la sociedad y de la cultura son sustraídos de la dominación de las instituciones y los símbolos religiosos» (BERGER, 1981: 154). De ahí que sea incomprensible que en la traducción al español, por la que citamos, al ser recientemente reeditada (3.ª edición: 1999), entre los múltiples errores sin corregir mantenga uno especialmente relevante en la definición de secularización (la traducción de *process* = proceso, por progreso*), al desmentir el planteamiento metodológico del autor.

do de muchas cuestiones morales, la religión puede haberse convertido también en un asunto en gran medida privado» (Wilson, 1969: 222). Thomas Luckmann, que sostiene, en plena sintonía con Wilson, que la «religiosidad orientada hacia una iglesia institucionalizada» ha sido empujada hacia la *periferia* de la vida moderna (Luckmann, 1973: 46), se va a centrar precisamente en mostrar cómo la religión se convierte en un asunto privado.

La forma social de la religión que nace en las sociedades industriales modernas se caracteriza por la posibilidad que tiene el posible consumidor de acceder directamente a un surtido de representaciones religiosas. [...] Este acceso directo al cosmos sagrado —y más exactamente a un surtido de temas religiosos— es el que hace que la religión sea en nuestros días esencialmente un fenómeno de la «esfera privada». La forma social de la religión naciente difiere así de un modo significativo de las formas anteriores y más antiguas de religión que se caracterizaban o bien por la difusión del cosmos sagrado a través de la estructura institucional de la sociedad o a través de la especialización funcional de la religión (Luckmann, 1973: 114).

Radical privatización de la religión —que se vuelve «invisible», como indica el sugerente título del libro de Luckmann—, que junto con la decadencia de la «religión de iglesia» le parece un fenómeno irreversible. «El nacimiento de la nueva forma social de religión nace en parte a causa de las características políticas y económicas más evidentes de la moderna sociedad industrial. Es improbable que el indicio que hemos intentado describir sea reversible, aun admitiendo que tal reversibilidad se considere deseable» (Luckmann, 1973: 129).

Conclusión que, sobre todo Wilson y Berger, parecen extender, a través de un previsible proceso futuro de modernización, al resto de las sociedades humanas.

Bástenos señalar una vez más que la modernización es hoy un fenómeno mundial y que las estructuras de la sociedad industrial moderna, pese a las diferencias en áreas y culturas nacionales distintas, crea situaciones notablemente semejantes para las tradiciones religiosas y las instituciones que las encarnan. En efecto, a causa de ello esta experiencia actual de las tradiciones religiosas occidentales es de gran interés si se desea proyectar el futuro de la religión en países no occidentales (Berger, 1981: 240).

Bien pronto, sin embargo, en los primeros años de esa misma década de los años 1970, la emergencia de lo que se denominarán los *Nuevos Movimientos Religiosos* (NMR) llevará a algunos críticos a un cuestionamiento más o menos radical de las teorías de la secularización. Más

aun, al final de la misma década las cosas se complicarán todavía más con un nuevo fenómeno, mucho más importante e inesperado, cual es la irrupción de ciertos movimientos religiosos en el ámbito público, político. Fenómenos de permanente actualidad cuya dimensión globalizada además, en algunas de sus manifestaciones, suponen importantes desafíos al paradigma de la secularización, de raigambre netamente occidental. ¿Se trata de «anomalías» lo suficientemente importantes para poner en crisis el paradigma de la secularización? ¿Estamos asistiendo a la emergencia de un nuevo paradigma que de cuenta de manera más cabal de la situación de la religión en el mundo moderno?¹⁵

Estas preguntas, que exceden a la pretensión de este artículo preliminar, son las que deberemos plantearnos en el futuro desde el esquema teórico y analítico que aquí hemos presentado brevemente.

Bibliografía

- BERGER, Peter L. (1981/1967): *Para una teoría sociológica de la religión*, Barcelona: Paidós.
- CALLAHAN, Daniel (ed.) (1971/1966): *El debate sobre la ciudad secular*, Bilbao: Mensajero.
- CASANOVA, José (2000): *Religiones públicas en el mundo moderno*, Madrid: PPC.
- COX, Harvey (1968/1966): *La ciudad secular. Secularización y urbanización en una perspectiva teológica*, Barcelona: Península.

¹⁵ Buena muestra de la necesidad de la precisión terminológica y analítica que he defendido a lo largo del artículo, es la obra más reciente de unos de los críticos más radicales de «la secularización» (STARK y FINKE, 2000). Que no dudan en dar por superado el paradigma de la secularización —«Secularization, R.I.P.»—, titulan un capítulo de su libro—, al que simplemente identifican con todas las ideas o teorías sobre la secularización surgidas a lo largo de la historia. Citando indiscriminadamente como «profetas de la secularización» a VOLTAIRE, MÜLLER, MARX, WEBER, WILSON o BERGER. Y así, no titubean al identificar entre los principales puntos de acuerdo entre los defensores de la secularización: 1. Que la religión es falsa y peligrosa, y 2. Que está condenada a morir (pp. 29 y 57), señalando que el nuevo paradigma emergente justo defiende lo contrario de esas afirmaciones. Cuando veíamos que ambos puntos son explícitamente rechazados por los sostenedores del paradigma de la secularización según la terminología de TSCHANNEN. Ello supone que muchas de las presuntas críticas radicales a la secularización simplemente no den en el blanco y que los elementos valiosos de esta perspectiva queden diluidos al involucrarse en afirmaciones exageradas, en lugar de contribuir, junto con otras aportaciones, a una reformulación crítica del «paradigma de la secularización» que, debidamente acotado y revisado, no cabe duda que continúa teniendo cierta validez explicativa al menos para Europa. Obviamente el problema de la precisión terminológica y analítica se plantea de igual manera para los defensores de la secularización que muchas veces incurrir en la misma confusión, y por extensión a los medios de comunicación, líderes de opinión, políticos o gente común que pudieran pensar o debatir sobre la problemática en cuestión...

- GREELEY, Andrew M. (1974/1972): *El hombre no secular. Persistencia de la religión*, Madrid: Cristiandad.
- HILL, Michael (1976): *Sociología de la religión*, Madrid: Ediciones Cristiandad.
- LUCKMANN, Thomas (1973/1967): *La religión invisible. El problema de la religión en la sociedad moderna*, Salamanca: Sígueme.
- MARTÍN, David (1969): *The religious and the secular. Studies in secularization*, London: Routledge.
- , (1978): *A general theory of secularization*, Oxford: Basil Blackwell.
- MARRAMAO, Giacomo (1998): *Cielo y tierra. Genealogía de la secularización*, Barcelona: Paidós.
- MATTHES, Joachim (1971/1967): *Introducción a la sociología de la religión. I. Religión y sociedad*, Madrid: Alianza Universidad.
- NEWBIGIN, Lesslie (1966): *Honest religion for secular man*, London: SCM.
- STARK, Rodney, and FINKE, Roger (2000): *Acts of faith. Explaining the human side of religion*, Los Angeles: University of California Press.
- TSCHANNEN, Olivier (1992): *Les théories de la sécularisation*, Genève: Librairie Droz.
- WILSON, Bryan R. (1969/1966): *La religión en la sociedad*, Barcelona: Labor.
- , (1992): «Reflections on a many sided controversy», *Religion and modernization* (Steve Bruce, ed.), Oxford: Clarendon, pp. 195-210.

TOCQUEVILLE (1805-1859), DOS SIGLOS DESPUES

Demetrio Velasco

Sumario: 1. La recuperación intelectual de un clásico cuya vigencia es sorprendente. 2. La hermenéutica tocquevilliana de un contexto cargado de lecciones. El liberalismo de Tocqueville en el contexto ideológico de su época. Una biografía original. La defensa tocquevilliana de la democracia y sus reservas ante la misma. La hermenéutica «trascendente» del sociólogo político: la compleja mirada de su eclecticismo metodológico y la construcción social de la realidad. Lo natural, lo histórico y lo religioso, como elementos constitutivos de su concepción dialéctica de la historia humana. La definición tocquevilliana de «lo social» frente a la concepción de la economía política clásica, al catolicismo social y al liberalismo doctrinario. «Memoria sobre el pauperismo». 3. La prioridad del sociólogo político. La concepción tocquevilliana de la democracia. La asunción crítica de un proceso social e histórico, irreversible e irresistible. La construcción del imaginario democrático o la igualdad como el *sensorium commune* de la vida social democrática. Reformulación crítica de cosmovisiones jusnaturalistas y revolucionarias: individualismo, libertad e igualdad, soberanía popular, cohesión social. Proclividad al despotismo y a la servidumbre voluntaria del hombre democrático. La moderación de la democracia y las garantías de la libertad. 4. El asociacionismo en libertad y las nuevas aristocracias democráticas. 5. Religión, libertad y democracia en Tocqueville. 6. La cuestión etnorracial en la democracia norteamericana: *conquiro ergo sum*. 7. A modo de conclusión.

1. La recuperación intelectual de un clásico cuya vigencia es sorprendente

Creo que han sido pocos los autores clásicos que han llegado a su segundo centenario con el éxito que lo hace Tocqueville, sobre todo, cuando, hasta no hace mucho tiempo, su memoria había sido si no silenciada, sí minusvalorada, en casi todos los lugares del mundo, comenzando por su propio país de nacimiento, con la excepción de Estados Unidos de América. Yo siempre me he sorprendido de que haya sido uno de esos autores imprescindibles, pero para los que no hay un lugar en los libros de texto de teoría sociológica y especialmente en los

de teoría política.¹ Al buscar una explicación convincente a estos hechos, me han venido a la cabeza muchas razones diferentes, aunque ninguna de ellas suficiente por sí misma para responder a la sorpresa mencionada. He pensado en la propia biografía personal e intelectual de Tocqueville, cuya originalidad e independencia convertían su figura en incómoda y difícil de enmarcar en el convencional discurso de las ideologías. He tenido presente el contexto histórico, ideológico y político, en el que Tocqueville se vio inmerso y del que, en algunos momentos, fue un actor relevante. Su papel de intelectual y de analista social metido a político, con análisis mucho más complejos de los que la política convencional está dispuesta a digerir, le hacía incómodo para casi todos y quizá, por eso, no acabó de «hacer escuela».²

¹ Es conocida la posición de R. ARON, para quien, siendo Tocqueville una de las figuras más relevantes en los orígenes del pensamiento sociológico, no suele ser reconocido como tal. «Tocqueville ne figure pas d'ordinaire parmi les inspireurs de la pensée sociologique. Cette méconnaissance d'une œuvre importante me paraît injuste». R. ARON. *Les étapes de la pensée sociologique*. (1967). Gallimard, p. 223; El mismo Aron reconocerá que al «no leerse a Tocqueville ni en la École Normale, ni en la sección filosófica de la Sorbona, comenzó a estudiar a Tocqueville en 1950, ocupando ya la cátedra de Sociología». (R. ARON. «Tocqueville retrouvé», en *The Tocqueville revue/La Revue Tocqueville*, vol. 1, n. 1-automne 1979, pp. 8-23; citado según la reproducción del artículo en el número monográfico de la misma revista que recoge los mejores artículos de los 25 últimos años). NT: los autores que hayan escrito en esta revista, serán citados según las páginas de dicho número especial: *Tocqueville et l'esprit de la démocratie. The Tocqueville Review/La Revue Tocqueville*. Sciences PO (2005). Les Presses. Paris). Caso sorprendente es el de G. SABINE, quien en su texto *Teoría política* no hace alusión a la figura de Tocqueville, ni siquiera una sola vez. En la actualidad, me parece significativo el caso de Sheldon WOLIN, que apenas cita a Tocqueville en su obra (véase *Política y perspectiva. Continuidad y cambio en el pensamiento político occidental* (1973). AMORRORTU. Buenos Aires) y que, en una reciente y voluminosa obra dedicada a Tocqueville, parece querer resarcirse de su error, aunque, como comenta M. RICHTER, WOLIN sólo busca criticar a Tocqueville por conservador e incoherente. Véase «The deposition of Alexis de Tocqueville?», en *The Tocqueville Review*, vol. XXIII, n. 2 (2002) pp. 173-199, en donde RICHTER comenta la obra de WOLIN *Tocqueville Between Two Worlds. The Making of Political and Theoretical Life*. (2001), Princeton Univ. Press.

² F. MÉLONIO, en su obra *Tocqueville et les Français* (1993). Aubier Paris, en el apartado dedicado al «retorno de Tocqueville» (pp. 271-293), da una explicación plausible del «enigma» de su reciente reconocimiento y, refiriéndose al caso de Francia, dice que dicho reconocimiento data de la posguerra y es posterior al redescubrimiento de su obra en los países aplastados por el totalitarismo (obras de CROCE, MAYER, etc.). El autor distingue tres etapas en la relectura de Tocqueville, que se encadenan y nacen del encuentro con la cultura americana y su culto a la libertad, y que coinciden con las décadas de los 50, los 60 y los 70. Los años cincuenta, los del fin de las ideologías, hacen posible la lectura de Tocqueville, al darse, en pleno clima de guerra fría, una creciente desafección respecto a la ideología mesiánica del comunismo. Figuras como las de HAYEK y ARON promueven la figura de Tocqueville, sobre todo el de la Primera parte de la DA, para resaltar el modelo USA de democracia frente al despotismo soviético; en la década de los sesenta, son mu-

El porqué de su recuperación intelectual, sobre todo en Francia, y de su creciente presencia en las ideologías hegemónicas de las últimas décadas, tanto de las que se siguen proclamando cabalmente liberales, como de aquéllas que han surgido más recientemente denunciando las insuficiencias del liberalismo, como los neoconservadurismos, neocomunitarismos y republicanismos, para quienes Tocqueville parece ser una figura imprescindible, creo que tiene que ver con algo que hace de un autor un clásico: Tocqueville supo pensar lo sociopolítico en un momento de incertidumbre, cargado de amenazas y de riesgos, consciente de que hay caminos recorridos y fracasados por los que ya no hay que volver a transitar, pero receloso de una razón humana que no acaba de aportar la luz suficiente para tiempos de crisis. PH. Riviale, en un interesante y poco convencional estudio de Tocqueville y de su obra dice que navega cautelosamente entre el optimismo ilustrado del XVIII y el irracionalismo del XIX.³ Tocqueville es notario de una época que ha visto fracasar de forma dramática los proyectos utópicos revolucionarios y que, por ello, debería estar vacunada tanto contra el terror jacobino como contra el despotismo napoleónico. Pero tampoco la revolución «democrática» del 48, que acaba en un baño de sangre, despeja ningún horizonte. Tocqueville cree que es el fin de una época que ha creído en un «arreglo imaginario» gestado en la clave capitalista del progreso, del bienestar, del orden impuesto. Cree que este imaginario infundadamente optimista, tal como lo legitimaban sus coetáneos doctrinarios, es un error, ya que se basa en un proceso de apropiación de la riqueza y de reapropiación de la aristocracia por parte de la clase media que solamente puede llevarse a cabo si se arroja de la conciencia a la masa de los pobres y desposeídos. «Tocqueville no pertenece a la tradición liberal. Su filiación es la de los espíritus rebeldes que no han podido encontrar en la situación de las sociedades modernas (derechos del individuo y orden del mercado) la evidencia de un orden natural, el

chos y diferentes los autores que releen a Tocqueville (L. DUMONT, C. LEFORT, M. CROZIER, F. BOURRICAUD, etc.), ya que el interés por la cultura democrática se ha generalizado. Los temas que Tocqueville aborda, sobre todo, en el segundo tomo de la DA cobran una gran actualidad, como son: grandezas y errores de la democracia, derechos humanos, derecho a la igualdad y reivindicación de la diferencia, preocupación ante la deriva individualista y el ambiguo papel del Estado de Bienestar como domesticador de la libertad, etc.; en los años setenta, frente a la lectura convencional de Tocqueville que hacen los sociólogos, filósofos y politólogos, figuras como FURET descubren al Tocqueville intérprete de la historia (Antiguo Régimen y la Revolución) y como ayuda para un revisionismo de la historia revolucionaria, que como subraya Furet, ha privado a los franceses de la experiencia política democrática.

³ PH Riviale. *Tocqueville ou l'intranquillité* (1977) L'Harmattan. Paris.

deseable legítimo, el cumplimiento misterioso de un destino querido por Dios o por la Naturaleza. ¿Qué tenemos que aprender de él?». ⁴

La democracia que ha estudiado en América y que abre un camino irreversible para las sociedades contemporáneas es un «enigma social» que hay que saber desentrañar y, sobre todo, controlar, porque si no acabará arruinando nuestro destino. La lucidez y rigor con que Tocqueville desentraña los retos y peligros que se incuban en los procesos democráticos, la libertad con que denuncia las posiciones de prácticamente todos sus conciudadanos, la llamada a la reflexión serena y a la prudencia política, entendida esta vez en clave de ética-política, y la importantísima aportación que hace sobre las mediaciones sociopolíticas necesarias para hacer viable la democracia, ponen en evidencia la parcialidad y, con frecuencia, la desvergüenza con la que no pocos de quienes se dicen sus seguidores cercenan y expurgan su obra.

Al leer la obra de Tocqueville, uno no puede menos que pensar en algunos de los grandes problemas que aquejan a nuestra época y que hacen de Tocqueville una figura especialmente significativa. Los analistas sociales han subrayado hasta la saciedad que la incertidumbre y el riesgo son características de nuestras sociedades democráticas. A menudo, tenemos la sensación de que nuestras sociedades toman una deriva que es la de los caminos que nunca deberíamos volver a recorrer. Sabemos que no hay que volver hacia las trágicas experiencias de los totalitarismos de diverso signo, que han marcado nuestro imaginario durante décadas, aunque a veces da miedo ver cómo dichas experiencias se diluyen en la penumbra de la historia como si ya no fueran nuestras. Hoy se acentúa, en no pocos casos, el talante «iliberal» de nuestras democracias, con la adopción de formas populistas y neobonapartistas, que manipulan la opinión pública; se extiende como una pandemia un proceso de masificación intrínsecamente vinculado con el hegemónico individualismo posesivo; se reafirma un proceso de globalización economicista que se legitima con un discurso propietario y excluyente que ha hecho hegemónico el neoliberalismo. Se propone como solución a las inseguridades y riesgos de nuestras sociedades complejas el peligroso camino de las políticas identitarias que, de la mano de los nacionalismos étnicos, siembran a la vez gregarismo y exclusión social.

Creo que, después de leer a Tocqueville, se puede responder de forma inequívoca a la pregunta de Riviale: «¿qué tenemos que aprender de él?», diciendo que «mucho».

⁴ *Ibid.* p. 7.

En este artículo voy a ir subrayando algunas de las aportaciones de Tocqueville que considero más importantes para nosotros hoy. Personalmente estoy persuadido de que la ideología hegemónica en nuestros días es un análogo funcional de lo que fue en tiempos de Tocqueville el liberalismo doctrinario. Nuestra democracia lleva dentro una lógica que parece irrefrenable y que, paradójicamente, ésta vez, sí que tiene patente americana, pero de cariz muy diferente a la que se resalta en la DA. La llamada «americanización del mundo», que es otro de los nombres del actual proceso de globalización, tiene mucho que ver con la deriva de la democracia a la que nos acabamos de referir. La exportación de un modelo de democracia norteamericana, que, hoy, se pretende imponer mundialmente como canónico, nos obliga a repensar en las graves patologías que amenazan a la democracia cuando ésta carece de los controles y mediaciones que la legitiman y, sobre todo, no hace el uso pertinente de aquellas mediaciones simbólicas e institucionales que, en otro momento, le han sido tan útiles.⁵

2. La hermenéutica tocquevilliana de un contexto cargado de lecciones

Alguien ha llamado a la época de Tocqueville «edad de oro del pensamiento político», refiriéndose a una larga nómina de autores, que compartieron la convicción de vivir un momento de grandes y acelerados cambios, que experimentaron una sensación de inseguridad generalizada y que tuvieron el excepcional ímpetu para atreverse a hacerse cargo de su mundo. «En el plazo de su breve vida, pensadores del siglo XIX, como Saint-Simon, Comte, Marx, Tocqueville, Guizot, fueron testigos de cambios sociales y políticos de una magnitud antes nunca vista».⁶

Tocqueville compartió con otros liberales ilustrados la convicción de que el proyecto revolucionario fracasó debido a que las dos experiencias más relevantes que determinaron su destino, como fueron el jacobinismo y su terror, de un lado, y Napoleón y su despotismo, del otro, pervirtieron el espíritu liberal.⁷ Tocqueville se dedicó a criticar

⁵ Ver D. VELASCO. «Las legitimaciones ideológicas del Nuevo Orden Mundial», en *Iglesia Viva* (2004), n. 219, pp. 3-33; E. GARZÓN VALDÉS. «Instituciones suicidas», en *Isegoría* (1994), n. 9.

⁶ Ver A. CRAIUTU. «The method of the French Doctrinaires». *History of European Ideas*. (2004), vol. 30, n. pp. 39-59; H. ROSENBLATT «French Liberalism and the Question of Society», *ibid.* pp. 1-3.

⁷ Recojo un breve mapa de las principales corrientes del liberalismo francés de la época, con sus rasgos comunes, tal como lo define F. PRIETO: El liberalismo francés, a pesar

de su polivalencia y polisemia, tiene unos rasgos comunes, como: — la oposición al absolutismo y a la sociedad estamental; — la asunción de los principios iniciales de la revolución y el rechazo de sus perversiones, sobre las que reflexiona; — la conciencia de haber entrado en un mundo nuevo que exige instituciones políticas nuevas. Las principales corrientes liberales son:

- la parte de la burguesía que, durante el imperio, pacta con el poder y renuncia a la política, con tal de que se le garantice el usufructo de la privilegiada situación socio-económica. Ocuparán el poder político con el orleanismo.
- la parte minoritaria que, no implicada en los grandes negocios, se mantiene fiel a la Ilustración y defiende el liberalismo político y cultural. Se sitúa en la oposición a Napoleón (aunque en un primer momento le apoyaron y fueron admirados por él) y son los ideólogos (Destutt de Tracy, el conde de Volney, J.B. Say y los que podríamos llamar «los de Coppet», liderados por Constant (Constant que se autoexilia con Mme. de Staël en su castillo de Coppet, cerca de Lausanne). Seguirán en la oposición con el orleanismo.
- los liberales que llegan a una transacción con la Restauración: los doctrinarios, que son liberales conservadores (P.P. ROYER-COLLARD, F. GUIZOT, VICTOR COUSIN, V. DE BROGLIE, Ch. DE RÉMUSAT...).
- En los últimos años de los Borbones, a la corriente liberal más auténtica (Lafayette, Tracy) se incorpora una nueva generación de jóvenes liberales, románticos, y enfrentados tanto al régimen borbónico como al orleanista. Su manifiesto es el famoso prólogo de Víctor Hugo a su *Cromwell* (1827). Hasta entonces, el gran mentor del romanticismo había sido Chateaubriand (romanticismo aristocrático). Con VICTOR HUGO el romanticismo se hace popular y se agrupa bajo el recuerdo bonapartista, buscando disminuir la desigualdad y el posible ascenso en el servicio al Estado. La explicación de este «liberalismo bonapartista» estaría en que se fijan el Napoleón convertido al liberalismo en los Cien Días. A diferencia de los doctrinarios en los que su liberalismo busca hacerse compatible con tesis románticas y prima la construcción intelectual sobre lo emocional, en los bonapartistas el romanticismo busca la complicidad con tesis liberales, predominando lo emocional sobre la construcción intelectual.
- En los mismos años finales de los borbones, aparece otra corriente que reivindica la herencia de la revolución, de toda la revolución, sobre todo de la jacobina. Es la plenamente democrática sobre las que se van a injertar las nuevas ideas del naciente socialismo.

Hay figuras como A. de Tocqueville o Lamennais, que no son fáciles de clasificar. Lamennais porque a lo largo de su vida va pasando por etapas muy diferentes: teocracia, liberalismo y democracia. Tocqueville, porque es la figura más compleja y polivalente del liberalismo francés. F. PRIETO «El Liberalismo francés», en *Historia de las Ideas y Formas Políticas. IV. Edad Contemporánea (1. Romanticismo)*. (2001). Unión Editorial.

Recojo asimismo un texto con el que F. MÉLONIO concluye su estudio sobre el liberal Tocqueville: «Libéral, le mot n'a d'ailleurs que la séduction du flou. On n'est pas libéral tout court et sans déterminants. On est libéral autoritaire, libéral conservateur, libéral monarchiste, libéral républicain, libéral démocrate, sagement libéral, "libéral d'une espèce nouvelle" tel Tocqueville, voire sous la Troisième République, "libérâtre" ou "libéroufle"... Il y a des pratiques libérales, des sensibilités libérales, des générations libérales qui furent de "gauche" ou de "droite", et parfois, l'âge aidant, les deux successivement mais pas un libéralisme français. L'œuvre de Tocqueville nous importe donc moins par la lignée dans laquelle on l'insère que par son exotisme. Aristocrate d'instinct et démocrate

dichas perversiones revolucionarias y a defender algunos principios básicos del liberalismo como la convicción de que el Antiguo Régimen y la sociedad estamental fueron un «lugar de servidumbre» al que en ningún caso se debería volver. Pero, a la vez, mantenía la tesis de que la sociedad «democrática» posrevolucionaria estaba lejos de resolver adecuadamente los problemas de la libertad. Tenía conciencia de que estaba viviendo una etapa histórica en la que la novedad de la sociedad posrevolucionaria no venía acompañada de las necesarias mediaciones políticas y culturales para afrontar las amenazas y retos.

Pero, quizá lo más importante de Tocqueville sea la forma en que se distancia de los demás liberales. Ph. Riviale toma como hilo conductor de su comprensión de la naturaleza de la democracia en Tocqueville varios ejes que son los frentes contra los que reacciona Tocqueville: contra los contrarrevolucionarios y reaccionarios; contra Rousseau (la democracia política posible va intrínsecamente vinculada a una concepción de la soberanía como un poder desparramado y mediatizado); contra B. Constant (su concepción de la libertad política, que vincula a las asociaciones, al consenso, al bien común, se aleja del individualismo de Constant);⁸ contra los hombres de los tiempos democráticos prendados de la igualdad (se refiere a los seguidores de la raza revolucionaria representada por Blanqui, que, según él, defienden una concepción de la igualdad que es incompatible de la libertad); contra el determinismo y quienes creen en él (para él, la sociedad puede convertirse alternativamente en espacio de libertad o de tiranía y se trata de impulsar una era democrática abierta).⁹

Una biografía original

Es recurrente el argumento de que su biografía es una de las razones de su original forma de situarse en el mapa ideológico descrito. Su origen nobiliario y las adversidades y contradicciones que atraviesan la vida de su familia, marcaron sin duda la vida de Tocqueville. Su abuelo Malessherbes, escribe Mélonio, «después de haber defendido al pueblo ante el rey Luis XVI, defendió también a Luis XVI ante el pueblo».

de raison, au carrefour des deux cultures française et américaine, Tocqueville a été le re-foulé de notre tradition démocratique». F. Melonio. *Tocqueville et les Français*. (1993). Aubier. Paris, pág. 304).

⁸ Para ver cómo se confrontan Tocqueville y Constant, véase Châtelet/Duhamel/Pisier-Kouchner. *Historia del pensamiento político* (1987), Tecnos, Madrid, pp. 96-103.

⁹ Ph. RIVIALE, *op. cit.*, pp. 25 y ss.

Fue guillotinado. De su familia recibió Tocqueville una doble herencia: el culto a las Luces y la angustia ante la Modernidad.¹⁰ El se distanciará de su familia y escogerá la revolución, pero no se identificará nunca con la forma francesa hegemónica de entender el proceso revolucionario y la soberanía popular, expresión de una obsesión patológica por la igualdad y contra todo lo que pueda originar privilegios.¹¹

Durante los años 1828-1829, recibe el encargo de inventariar la cantidad de bienes expropiados durante la revolución, con el objetivo de indemnizar a los exiliados. Así pudo Tocqueville tomar conciencia del enorme transfert de propiedades¹² y de la profundidad de los odios entre los emigrados y el pueblo, lo que le llevará a dudar de la posibilidad de cerrar la revolución, algo que él consideraba imprescindible.

¹⁰ Dice J. P. MAYER que los padres de Tocqueville, Henri Clérel y Louise M. le Peletier, se casaron dos meses después de la ejecución del rey. «Más tarde, durante el mismo año, los jóvenes esposos fueron conducidos a París y encarcelados. El 9 Thermidor les salvó del cadalso, pero a los veintidós años Henri de Tocqueville tenía el cabello blanco.» (J. P. Mayer. *Alexis de Tocqueville*. (1948). Gallimard, París, pp. 13-14. El mismo Tocqueville narra así, al final de su vida, un episodio familiar muy elocuente al respecto. «Me acuerdo, hoy, como si todavía estuviera allí, de cierta tarde en un castillo donde entonces vivía mi padre, que una fiesta de familia había reunido con nosotros a muchos de nuestros parientes próximos. No estaba la servidumbre y la familia entera se había reunido en torno al hogar. Mi madre, que tenía una voz dulce y penetrante, se puso a cantar una melodía famosa durante las luchas civiles, cuya letra se refería a las desgracias del rey Luis XVI y su muerte. Cuando terminó, todo el mundo estaba llorando, no sólo por tantas penas personales como habían sufrido ni por tantos parientes que habían muerto en la guerra y en el cadalso, sino sobre todo por el destino de ese hombre muerto quince años antes y que la mayor parte de los que le lloraban no le habían visto jamás. Pero ese hombre era el Rey.» (Carta de Tocqueville a Lady Teresa Lewis. 6/V/1857).

¹¹ «Los desgarros más penosos son los que fuerzan a un hombre a distanciarse, aunque sea con toda razón, de la forma de ver el mundo que tienen sus seres queridos» (Carta a su padre de 14/III/1839), citado por Laurence GUELLEC: «Tocqueville à travers sa correspondance familiale», en *The Tocqueville Review/La Revue Tocqueville*, vol. XIX, 2, 1998, pp. 181-199. El autor describe en este artículo los penosos desencuentros de Tocqueville con buena parte de su familia, como su tío Rosando o sus hermanos Hippolyte y Édouard, en diferentes momentos de su vida. Tocqueville quiso mantener siempre normalizados los lazos afectivos con su familia a pesar de las diferencias de criterio en casi todo lo relevante de la vida: religión, política y libertad. En momentos críticos, Tocqueville denunciará el chantaje afectivo con que vive la distancia de su tío o, en el caso de sus hermanos, a «aque-llos católicos que muestran esta atracción por la servidumbre, este gusto por la fuerza, por el gendarme, por el censor, por el verdugo». (*Ibid.* Pp. 389-390). En una carta que escribe a su sobrino Hubert, su interlocutor liberal en la familia, dice Tocqueville en un texto revelador: «cómo vive la distancia con la aristocracia de su época». El artículo de GUELLEC aborda también cuestiones debatidas de la biografía de Tocqueville, como su carácter melancólico y depresivo, su actitud dubitativa ante la vida, su forma de entender el matrimonio y el rol de la mujer, que quedarían mejor explicados desde su correspondencia íntima.

¹² Es conocida la tesis de FURET al respecto.

Obviamente, no se trataba de cerrarla en falso, como cree que lo quieren hacer muchos de sus contemporáneos. En los años 1829-1830 sigue las lecciones de Guizot sobre «La historia de la Civilización en Europa».

Tocqueville percibe la precariedad de una monarquía constitucional que vive a caballo del Antiguo Régimen y del proceso democratizador y llega a dudar de que Francia sea apta para conciliar el liberalismo y la democracia. Al tener que prestar juramento a la nueva monarquía orleanista, le escribe a su hermano Hipólito que no ha tenido más remedio que hacerlo, pero que se siente humillado. Su amigo Beaumont, comentaba al respecto: «No podía negar su adhesión; la dio con tristeza y seis meses más tarde partió hacia Estados Unidos».¹³

Será su viaje a América el que le devolverá la confianza en que la democracia es viable, también en Francia, siempre que se den las condiciones sociopolíticas y culturales que la hagan plausible. Esta será, como veremos, una de las convicciones que más le distanciarán de otros liberales, como Constant o Guizot. A su regreso de América, redactaron el informe dirigido al Ministro del Interior sobre «El sistema penitenciario en EEUU y su aplicación en Francia».¹⁴

Por solidaridad con su amigo Beaumont, cesado de sus funciones en el tribunal de París, Tocqueville dimitió y, de 1832 a 1834, se dedicó a redactar, en un encierro en el que, según él mismo dice, «sólo lleva una existencia mental», la Primera parte de la Democracia en América. En 1835, tras la publicación de la obra y tras el gran éxito obtenido, viaja a Inglaterra invitado a hablar por la Cámara de los Comunes. Ante el uso partidista que se hace de sus opiniones, Tocqueville afirma algo que va a reiterar más de una vez, a lo largo de su vida. «Quieren a toda

¹³ Cita tomada de P. GIBERT (edr). Alexis Tocqueville. *Igualdad social y libertad política...* (1978). Ed. Magisterio Español S.A Madrid, p. 36.

¹⁴ Pág. 7, final del segundo párrafo, n.p.p.: La preocupación de Tocqueville por la compatibilidad entre democracia y libertad es, como dice FURET, bastante anterior a su viaje a América, remontándose a los veinte años de edad. En una carta que escribe a su amigo Kergorlay, en 1835, poco después de publicar el primer tomo de la DA, lo aclara el mismo Tocqueville: «Yet even knowing all this, I must tell you that some of the ideas that I shall soo be setting forth for you I have held for nearly ten years now. I went to America solely to clarify my thinking on this subject. The penitentiary system was a pretext: I used it as a passport that could gain me acces everywhere in the United states. In that country, where many things proved beyond my expexctations, I discovered any number that bore on the questions I hat often asked myself». (Citado por FURET, F. «The intellectual origins of Tocqueville's Thought», en *The Tocqueville Revue/La Revue de Tocqueville*, vol VII, 1985-1986, pp. 117-129, en n. especial de 2005, pp. 123-124. Tocqueville sería, como dice Furet a continuación, un caso único que desde muy joven tiene un pensamiento único, en el que va integrando todo lo que conoce y desde el que va construyendo toda su obra. Así, sus viajes, incluido el de América, son experimentos al servicio de un sistema deductivo de pensamiento.

costa hacer de mí un hombre de partido, cosa que no soy en absoluto... Me atribuyen alternativamente prejuicios democráticos o aristocráticos (...) Estoy en tan perfecto equilibrio entre el pasado y el futuro que no me siento natural e instintivamente atraído hacia un lado u otro, y no he necesitado hacer grandes esfuerzos para lanzar miradas tranquilas a ambos lados.»¹⁵ Este mismo año se casa con Mary Mottley. Al año siguiente muere su madre y hereda el castillo de Tocqueville, lugar al que se retirará al final de su vida. La *London and Westminster Review*, dirigida por J. Stuart Mill, a quien conoció en este viaje a Inglaterra, publica *El estado social y político de Francia, antes y después de 1789*, uno de sus textos más importantes y al que nos referiremos más adelante. De este momento es también su *Memoria sobre el pauperismo*, que más adelante comentaremos. Ambas obras y *Dos cartas sobre Argelia* preceden a su vida política activa, que inicia como diputado independiente por Valognes (La Manche).

En 1839, Tocqueville es elegido diputado lo que se reflejará en un nuevo enfoque sobre las consecuencias políticas que tiene defender la democracia de una forma u otra. Desde 1840 alteró no sólo sus análisis de los grandes peligros para la libertad en las sociedades caracterizadas por un estado social democrático, sino también su concepto de democracia, que acabará redefiniendo en términos inequívocamente políticos. Su concepción de la política le opondrá a quienes, como los orleanistas, pretendan reducir el ejercicio de la libertad, aunque sigan haciendo uso de su bandera. Hasta 1851, la actividad de Tocqueville será predominantemente política, siendo un actor relevante de la vida política y jurídica francesas.

En 1840 escribe la segunda parte de la DA, cuya recepción es mucho menos entusiasta que la primera, seguramente por su carácter más teórico, propio del gran analista social que es Tocqueville. Sus estudiosos señalan una evolución en su pensamiento, que tendría diferentes etapas, aunque no estén de acuerdo ni en las fechas ni en el alcance de los cambios.¹⁶ Parece razonable aceptar la tesis de Richter que señala tres etapas en la evolución del pensamiento de Tocqueville a lo largo de sus tres décadas de teórico. En un primer momento, al comenzar a es-

¹⁵ Carta de Tocqueville a Mme. de Grancey, 11/II/1836. Citado por P. GIBERT, *op. cit.*, p. 51.

¹⁶ Autores como FURET o MÉLONIO mantienen que Tocqueville vivió un gran cambio después de 1840 y, sobre todo, en 1851, en donde pasará a priorizar la importancia de la política sobre el estado social. La misma tesis comparte M. RICHTER. «Tocqueville and Guizot on democracy: from a type of society to a political regime», en *History o European Ideas*, *op. cit.*, pp. 61-82. Sin embargo, otros autores no están de acuerdo. Ver Ch. B. WELCH. «Tocqueville's resistance to the social», *ibid.*, pp. 83-107.

cribir la DA, estaría identificado con las tesis de Guizot, defendiendo que la democracia es un estado social, definida por oposición a la aristocracia¹⁷; en un segundo momento, a medida que va escribiendo la DA de 1835 y sin rechazar lo anterior, Tocqueville se miraría en Montesquieu y en su teoría de la compleja interacción entre lo social y lo político. Se va distanciando progresivamente de Guizot. Finalmente, tras el violento golpe de estado que acabó con la III.^a República y la llegada del despotismo bonapartista, revestido de seudodemocracia, Tocqueville se hace cada vez más ecléctico e independiente y entiende que una adecuada definición de la democracia debe incluir no sólo la igualdad social, sino también y sobre todo la libertad política y la participación de los ciudadanos en los procesos de decisión política. Tocqueville acaba invirtiendo la concepción doctrinaria de la relación entre sociedad y política. La razón de su cambio está en que desde 1815 a 1852 ha habido tres regímenes diferentes en un mismo estado social y la variable que más ha cambiado ha sido la de la libertad política y la forma en que los ciudadanos participan en política. Frente a Guizot, que cree que la democracia es incompatible con las libertades y derechos individuales y genera despotismo, Tocqueville entiende que la dimensión política de la democracia, la que garantiza el ejercicio de las libertades y de los derechos, a través de las leyes, es imprescindible para la libertad.¹⁸ Para Tocqueville era imposible desvincular la libertad de los antiguos y la de los modernos, que Guizot oponía frontalmente, y era la fórmula para superar tanto el estatismo como el individualismo.

En la Primera parte de la DA subyace el miedo a la tiranía de la mayoría y a la anarquía. Recordemos que, en el tradicional y antiguo debate sobre la corrupción de los regímenes políticos, la anarquía era el destino de la democracia, conducida a excesos fatales por el demiurgo del igualitarismo. A la anarquía seguía la dictadura. Pero, en Tocqueville, la forma de entender el proceso es diferente. En la segunda parte de la DA, subyace el miedo a la apatía general y al debilitamiento de los sentimientos liberales y de la vida pública, el miedo a la inercia (desaparece el espíritu revolucionario en las democracias y nacen la degradación, la servidumbre y la corrupción). En esta segunda parte, Tocqueville describe el proceso de disolución de los lazos jerárquicos por obra del igualitarismo y de la nivelación de las condiciones, pero el riesgo principal no está ya en el abuso de poder, sino en la desaparición

¹⁷ A. de Tocqueville, en *La Democracia en América*. Fondo de Cultura Económica, México/Buenos Aires. 1963, pp. DA, P.I.^a, cap. III «Estado social de los angloamericanos», pp. 67 ss.

¹⁸ DA. T. I, cap. IX, pp. 310-311.

del civismo bajo las pasiones del materialismo y del individualismo degradado, que facilitarán la llegada de un nuevo Leviatán, que impondrá su yugo suave, sin recurrir a formas violentas, e incluso siendo respetuoso de ciertas formas exteriores de libertad, pero con el resultado final de una situación de servidumbre.¹⁹ Al cambiar los peligros, cambian los remedios.

Receloso de las demandas excesivas de la revolución de 1848, Tocqueville se colocó entre los moderados que intentaban encauzar el imaginario jacobino hegemónico, especialmente en su trabajo para redactar la nueva constitución, aunque tuvo poco éxito. Su relación con Luis Napoleón y los avatares que le llevaron, en breve plazo, de ejercer como ministro de Exteriores a ser arrestado durante unos días, le determinaron a retirarse de la vida política activa y a reflexionar con toda su lucidez y experiencia acumulada sobre la historia de Francia y sobre su futuro. El *Antiguo Régimen y la Revolución* (1856) es la parte de la obra que le dio tiempo a concluir antes de su muerte y que nos confirma, una vez más, la breve pero rica biografía intelectual de Tocqueville. El 16 de abril de 1859 muere en Cannes, a donde sus médicos le habían recomendado retirarse, al agravarse su enfermedad, un año antes. Poco después será trasladado a su parroquia de Tocqueville.

La hermenéutica «trascendente» del sociólogo político

Dice Mélonio que, en tiempo de Tocqueville, estaban de moda las encuestas sociales, inauguradas en el siglo XVIII, que tenían como objetivo privilegiado diagnosticar y curar el «mal social», nombre con el que se designaba al pauperismo, la criminalidad y la prostitución, es decir los males más llamativos del organismo de la sociedad y que necesitaban una terapia. Su viaje a América se inscribirá en esta preocupación de conocer el sistema penitenciario americano como un terapia al mal social.

¹⁹ Me parece acertado el juicio de A. KALEDIN, al respecto, cuando dice que «Tocqueville suggests, in a surprising reversal, that democracy would perish not by fire but by ice—that is, not by a lapse into anarchy but rather by an excess of order that would finally immobilize the human spirit. In his view it was, ironically, *the fear of anarchy* (among other things) and not anarchy itself that would drive the middle class almost compulsively into a quest for order and «tranquillity» that would prove democracy’s undoing. The democratic «heart» would prove to be rather more prudent, timid, and fearful than radically experimental or revolutionary». (Arthur KALEDIN. «Tocqueville Apocalypse», en *The Tocqueville Revue/La Revue de Tocqueville*, vol. VII, 1985-1986, pp. 3-38; n.º monográfico de 2005, pp. 57-58; para abundar en la cuestión, véase, Seymour Drescher «Tocqueville’s two Democracies», en *Journal of History of Ideas*, abril-juin, 1964.

Pero Tocqueville no es un encuestador al uso, que se limita a describir y narrar lo que ve, sino que es un «sociólogo» que interpreta la realidad americana y que lo hace desde una idea preconcebida, como es interpretar un escenario tan innovador para sacar una lección útil que sirva para Francia. Una de las afirmaciones que mejor refleja esta mirada del analista teórico es ésta en que dice: «No solamente para satisfacer una curiosidad, por otra parte muy legítima, he examinado la América; quise encontrar en ella enseñanzas que pudiésemos aprovechar. Se engañarán quienes piensen que pretendí escribir un panegírico; quien quiera que lea este libro quedará convencido de que no fue ése mi propósito. Mi propósito no ha sido tampoco preconizar tal forma de gobierno en general, porque pertenezco al grupo de los que creen que no hay casi nunca bondad absoluta en las leyes. No pretendí siquiera juzgar si la revolución social, cuya marcha me parece inevitable, era ventajosa o funesta para la humanidad. Admito esta revolución como un hecho realizado o a punto de realizarse y, entre los pueblos que la han visto desenvolverse en su seno, busqué aquél donde alcanzó su desarrollo más completo y pacífico, a fin de obtener las consecuencias naturales y conocer, si se puede, los medios de hacerla aprovechable para todos los hombres. Confieso que en Norteamérica he visto algo más que Norteamérica; busqué en ella una imagen de la democracia misma, de sus tendencias, de su carácter, de sus prejuicios y de sus pasiones; he querido conocerla, aunque no fuera más que para saber al menos lo que debíamos esperar o temer de ella».²⁰

Por su generalidad, el discurso de Tocqueville no es interpretable más que en relación con el discurso más antiguo de los moralistas clásicos,²¹ que teorizan sobre una naturaleza humana que trasciende espa-

²⁰ DA. Introducción, p. 39.

²¹ J. Louis BENOÎT, en una obra titulada *Tocqueville moraliste* (2004. Honoré Champion. Paris), subraya que Tocqueville privilegió siempre una aproximación moral en su concepción histórico-política y filosófica del mundo, por lo que lo considera uno de los grandes moralistas, moralista y político y moralista de lo político. Las preocupaciones que centran el interés de Tocqueville en cuestiones normalmente silenciadas o descuidadas (el derecho al estado civil de los niños abandonados, la reforma penitenciaria, la importancia de la enseñanza, el rol de los cuerpos intermedios, la defensa de las libertades, la lucha contra las derivas despóticas) nacen de un talante moral vinculado, más o menos explícitamente, a una sensibilidad cristiana y humanista que busca soluciones humanizadoras. Me parece asimismo acertada la valoración de A ANTOINE, cuando, refiriéndose a los riesgos de la democracia, dice que «Tocqueville retrouve par cette description la perspective anthropologique de la littérature morale et spirituelle chrétienne, avec sa dialectique de la chair et de l'esprit. Tout se passe comme si la chair en régime d'humanité démocratique avait acquis une pesanteur plus grande, comme si le cœur de l'homme démocratique était encore plus partagé, comme si l'homme nouveau avait en-

cios y tiempos concretos, aunque para dar razón cabal de la misma haya que estudiar éstos con esmero. De Tocqueville se ha dicho que fue el Montesquieu del siglo XIX. En mi opinión, hay algunas referencias de nuestro autor al clásico del XVIII que explicarían el talante de su «Beruf». Como comenta R. Aron, su vocación de sociólogo político se hace patente en la necesidad de dar razón de las variables más significativas de lo sociopolítico, subrayando su naturaleza relacional, siguiendo la estela de Montesquieu. La imaginación democrática de Tocqueville es claramente sociológica y su preocupación constante por la «evolución del individuo democrático no se entendería sin su permanente obsesión por su destino colectivo»²². Según Aron, Tocqueville supo pensar la realidad social con más perspectiva que Marx o Comte.

«El modo sociológico de pensar se afirma en y por la conceptualización de la sociedad: o bien los pequeños grupos o bien la totalidad; en la obra de Comte y de Marx, este modo rompe con la filosofía clásica hasta el punto de reducir el régimen político al efecto o a la superestructura del estado social. Subsiste en la mayoría de los sociólogos, algo de la idea saintsimoniana, según la cual, la administración de las cosas reemplaza al gobierno de las personas. Por eso, los sociólogos que han venido de la política han discernido mejor el reto del siglo: despotismo y libertad».²³

Su método es tan ecléctico como su mirada: providencialismo, historicismo, sociología, ciencia política, son dimensiones de su filosofía de la historia, que aparecen originalmente transformadas en función del marco general en el que se integran. Hay un claro providencialismo, que aparece desde el inicio de la obra, que guía la historia humana y que obliga a la libertad a saber encontrar su «lugar teológico», pero este lugar lejos de negarla la engrandece. Hay un historicismo de impronta cristiana que tiñe gran parte de lo que en su obra aparece como «construcción social de la realidad», pero que lejos de imponer una lógica determinista sirve para enriquecer y dinamizar el papel de la subjetividad humana en dicho proceso histórico.²⁴ Es verdad que este his-

core davantage à combattre le vieil homme que jadis, alors même que l'exigence de liberté qu'a signifiée la révolution démocratique en son jaillissement ne peut que manifester, selon Tocqueville, un mouvement de l'esprit» (Agnes ANTOINE. «Politique et Religion chez Tocqueville», en *The Tocqueville Review/La revue de Tocqueville*, vl. XVIII, 1-1997, pp. 37-46; en el n. de 2005, p. 308).

²² Ver A. KALÉDIN. «Tocqueville's Apocalypse», *op. cit.*, especialmente las pp. 88-89.

²³ R. ARON «Tocqueville retrouvé», *op. cit.*, p. 44.

²⁴ «Después de la libertad de obrar solo, la más natural al hombre es la de combinar sus esfuerzos con los de sus semejantes y obrar en común. El derecho de asociación me parece

toricismo «cristiano» lo comparten otros coetáneos de ideologías muy diferentes: contrarrevolucionarios, doctrinarios, republicanos, socialistas, etc., pero en Tocqueville se integra de una forma original, que todavía hoy sigue inspirando a quienes tienen que explicar la relación religión y sociedad en clave moderna y sin caer en peligrosos reduccionismos ideológicos. Su paradigmático análisis del papel que cumple en la sociedad americana la religión cristiana y, por derivación, la religión en general, sigue siendo hoy un referente obligado a quien pretenda hacer sociología de la religión.

A pesar de que el aristócrata Tocqueville se lamenta con frecuencia de la mediocridad y masificación que caracterizan al hombre democrático,²⁵ su conciencia de que la democratización de las sociedades modernas es un hecho providencial, le lleva a asumir esta interpretación trascendente de la historia y a trabajar por un porvenir más igualitario y, a la vez, más libre, porque esto depende de la voluntad de los hombres. Cito un texto con el que Tocqueville concluye su obra y que expresa con gran claridad lo que decimos. «Es natural creer que lo que más satisface las miradas del creador y conservador de los hombres, no es la propiedad singular de alguno, sino el mayor bienestar de todos; lo que parece una decadencia es a sus ojos un progreso, y le agrada lo que me hiere. La igualdad es, quizá, menos elevada, pero más justa y su justicia hace su grandeza y su belleza. Me esfuerzo por penetrar en este punto de vista de la Divinidad, y desde él trato de considerar y juzgar las cosas humanas... Y cada vez me afirmo más en la creencia de que, para que las naciones democráticas sean honradas y dichosas, basta que quieran serlo. No ignoro que muchos de mis contemporáneos han pensado que los pueblos no son más dueños de sus acciones, y que obedecen necesariamente a no sé qué fuerza insuperable e ininteligible, que nace de los acontecimientos anteriores, de la raza, del suelo o del clima. Estas son falsas y fútiles doctrinas, que no pueden jamás dejar de

casi tan inalienable por su naturaleza como la libertad individual». DA T I, 2.^a parte, pp. 209-210. Jean Claude Lamberti sale al paso de aquellos autores que ven una incoherencia en Tocqueville al querer conjugar éste el advenimiento irresistible de la democracia, lo que supondría una historia totalmente determinada, y su confesión radical sobre el valor de la libertad. Esta contradicción es ilusoria y nace del desconocimiento de los conceptos de democracia en Tocqueville. (Véase J. C. LAMBERTI. «La liberté et les illusions individualistes selon Tocqueville», en *The Tocqueville's review/La Revue de Tocqueville*, vol. VIII, 1986-1987, pp. 153-163; n. de 2005, pp. 154-155).

²⁵ «Cuando dirijo mi vista sobre esta multitud innumerable, compuesta de seres semejantes, en que nada absolutamente cambia de puesto, el espectáculo de esta uniformidad universal me pasma y me entristece, y casi echo de menos la sociedad que ya no existe». (DA, T II p. 644).

producir hombres débiles y naciones pusilánimes. La Providencia no ha creado el género humano ni enteramente independiente, ni completamente esclavo. Ha trazado, es verdad, alrededor de cada hombre, un círculo fatal de donde no puede salir; pero, en sus vastos límites, el hombre es poderoso y libre. Lo mismo ocurre con los pueblos. Las naciones de nuestros días, no podrían hacer que en su seno las condiciones no sean iguales; pero depende de ellas que la igualdad las conduzca a la servidumbre o a la libertad, a las luces o a la barbarie, a la prosperidad o a la miseria».²⁶

La perspectiva que le dan a la obra de Tocqueville este providencialismo e historicismo se refleja en la forma en que se enfrenta al apriorismo de los proyectos revolucionarios que han sido víctimas de la «refracción del canal» y que no han sabido vincular la causa ilustrada de la libertad a la de la «trascendencia». La construcción de lo social no puede ser determinado *a priori* ni por la razón, ni por la alquimia de la voluntad general, como tampoco puede serlo por la pretendida condición sociogenética de los intereses individuales, tal como los entiende y afirma el individualismo posesivo.

Apelar al providencialismo y al historicismo cristianos, como el horizonte hermenéutico que convierte el devenir histórico en la fuente de autocomprensión y de autorrealización del ser humano, puede parecer una arbitrariedad carente de racionalidad alguna y de claro talante determinista, pero, en el caso de Tocqueville, no es así. Al comienzo del Prefacio de *El Antiguo Régimen y la Revolución* escribe: «Este libro no intenta en absoluto ser una historia de la Revolución, historia que ya ha sido escrita con demasiada brillantez para que yo ni siquiera me atreva a rehacerla. Este libro no es más que un estudio sobre esa misma Revolución».²⁷ Su forma de estudiar la historia es encontrar en ella la respuesta a cuestiones que le preocupan y que tienen que ver casi todas ellas con el porvenir de las sociedades modernas. En la definición de estas cuestiones aparece un Tocqueville, analista social, que compara sociedades (francesa, americana, inglesa) y saca conclusiones generales de procesos históricos particulares. Como dice Boudon, «produce soluciones sólidas a problemas opacos».²⁸ Escribe Tocqueville: «Ya hace veinte años que, hablando de otra sociedad, escribía casi textualmente lo que sigue: En medio de las tinieblas que rodean el porve-

²⁶ *Ibid.*, pp. 644-645.

²⁷ A. TOCQUEVILLE. *El Antiguo Régimen y la Revolución*. Ediciones Guadarrama. Madrid. 1969, p. 13.

²⁸ R. BOUDON avec R. LEROUX. *Y a-t-il encore une sociologie?* (2003). Odile Jacob. Paris, p. 117.

nir, ya pueden descubrirse tres verdades muy claras: la primera que todos los hombres de nuestros días se ven arrastrados por una fuerza desconocida, que es posible aminorar y regular, pero nunca vencer, la cual los impulsa a la destrucción de la aristocracia, unas veces lentamente, otras con precipitación; la segunda, que entre todas las sociedades del mundo, las que encontrarán más difícil evitar de un modo duradero el gobierno absoluto serán precisamente aquéllas en que la aristocracia ya no exista y ya no pueda existir; y la tercera y última, que en ninguna parte producirá el despotismo efectos más perniciosos que en estas últimas sociedades, porque, más que ninguna otra clase de gobierno, el despotismo favorece en ellas el desarrollo de todos los vicios a que estas sociedades están especialmente sujetas, y las impulsa, por tanto, en la misma dirección hacia la que ya se sentían naturalmente inclinadas»²⁹.

Son estas verdades sociológicas las que orientan el original análisis de Tocqueville y las que le llevan a recorrer su particular camino de sociólogo político. En la Introducción de la DA lo expresa así: «Instruir a la democracia, reanimar si se puede sus creencias, purificar sus costumbres, reglamentar sus movimientos, sustituir poco a poco con la ciencia de los negocios públicos su inexperiencia y por el conocimiento de sus verdaderos intereses a los ciegos instintos; adaptar su gobierno a los tiempos y lugares; modificarlo según las circunstancias y los hombres: tal es el primero de los deberes impuestos en nuestros días a aquéllos que dirigen la sociedad. Es necesaria una ciencia política nueva a un mundo enteramente nuevo».³⁰

Su concepción dialéctica de la historia humana, como una cooperación entre Dios y los seres humanos libres, le lleva a afirmar, a la vez, la predilección divina por la igualdad y por las formas de organización sociopolítica que la favorecen, como la democracia, que adquieren así una legitimación religiosa, y la actitud crítica y escéptica respecto a la capacidad y posibilidad de que los seres humanos puedan construir sociedades democráticas igualitarias y viables, si no se ajustan a los criterios morales y religiosos que en el fondo inspiran y alimentan las auténticas realizaciones de lo humano. Esta relación dialéctica entre cosmovisión cristiana y liberalismo le lleva a Tocqueville a desechar las teorías del jusnaturalismo contractualista que se basan en un estado de naturaleza que él considera una mera ficción filosófica. Lo natural, lo religioso y lo histórico deben ser concebidos juntos, porque reflejan un mismo proyecto providencialmente querido y libremente asumido

²⁹ ARR., pp. 19-20.

³⁰ DA, Introducción, p. 34.

por los seres humanos.³¹ Lo que para Rousseau es una teoría jusnaturalista y racionalista de la igualdad humana, para él es un derecho natural que se origina en el hecho histórico y social del cristianismo. «El estado más o menos avanzado de cultura no basta por sí solo para explicar qué es lo que sugiere al espíritu humano el amor a las ideas generales y lo que derive de ellas... Los ingenios más profundos y vastos de Roma y Grecia no pudieron llegar jamás a tal idea, tan general y al mismo tiempo tan sencilla, de la semejanza de los hombres y del derecho igual que al nacer tiene cada uno a la libertad; y aún se esforzaban en probar que la esclavitud estaba en la naturaleza y que existiría siempre... y fue preciso que Jesucristo viniese al mundo para hacer comprender que todos los miembros de la especie humana eran naturalmente iguales y semejantes».³² El relevante y omnipresente papel de la religión en la democracia americana será un ejemplo que Tocqueville utilizará para desautorizar aquellos procesos democráticos que se quieren construir desde imanentismos cerrados a toda trascendencia y a concepciones de la soberanía popular de carácter absoluto.³³

³¹ A. ANTOINE muestra en su excelente artículo, ya citado, esta relación dialéctica entre religión y política, que en Tocqueville se aleja «de las corrientes apocalípticas y gnósticas de su época, que tienden a identificar lo político y lo religioso», y señala la distancia entre el plan de la historia humana y el de la historia de la salvación. Al hecho «sagrado» de la igualación irresistible de las condiciones lo compara Tocqueville, comenta la autora, con la metáfora del Diluvio Universal. «La metáfora del diluvio no viene por azar a la pluma de Tocqueville para evocar el vuelco democrático. Además de su aspecto dinámico, la imagen bíblica del Diluvio designa también una segunda creación, por la cual se vuelve a ofrecer a un hombre, que, a diferencia de la creación original, se ha hecho pecador, un orden natural en el que puede desplegar su actividad. La nueva creación que representa el mundo democrático define un orden social que Tocqueville, como se ha visto, se afana en describir y analizar lo más precisamente posible. Al aceptar este nuevo orden, no se trata ya de optar por un régimen “mejor”, sino de adherirse a una nueva condición humana. Pero el sentido de esta nueva creación nos permanece oculto. La alteridad del nuevo mundo remite a la alteridad de Dios, a su misterio. Lo más que se puede esperar es que un Dios, justo por esencia, persigue a través de su obra providencial un destino no menos justo. La apuesta a la que se resigna Tocqueville no es sobre la igualdad, que ya está ahí, sino sobre su sentido último». (A. ANTOINE. «Politique et Religion chez Tocqueville», *op. cit.*, p. 311).

³² DA T. II, 1.^a parte, cap. III, pp. 399-400.

³³ «La práctica diaria de la vida necesita indispensablemente de ideas fijas acerca de Dios y de la naturaleza humana y esa misma práctica impide a los hombres el poderlas adquirir... Las ideas generales relativas a Dios y a la naturaleza humana son, pues, entre todas, las que más conviene sustraer a la acción continua del juicio individual, y en las que puede ganarse mucho y perderse poco reconociendo una autoridad.» (DA T II, I.^a parte, cap. V, pp. 404-405). Para abundar en la constitutiva dimensión religiosa de lo socio-político, véase P. THIBAUT: «Rousseau-Tocqueville. Un dialogue sur la Religion», en *The Tocqueville Review/La Revue Tocqueville*, vol. XVIII, 1-1997, pp. 47-95; n. de 2005, pp. 319-336.

Tocqueville se opone, pues, a una concepción de la naturaleza y de la razón humanas desvinculadas de la autoridad trascendente, y que rompen su cordón umbilical con la tradición y con la comunidad que la transmite. Los filósofos e ideólogos del XVIII son también responsables de este racionalismo que tantos males acarrea. Los comunitaristas y neoconservadores de nuestros días han sabido dar buena cuenta de este Tocqueville «liberal conservador», distante del racionalismo y obsesionado por las lacras del mundo moderno y que nos recuerda a Pascal o a Burke. La radical insuficiencia de la sola razón para orientar y organizar la vida social y política, y la confianza en la fe, en la tradición y en la comunidad, que nutren con savia virtuosa los hábitos del corazón, son argumentos más que suficientes para hablar de la hermenéutica trascendente de Tocqueville.

La concepción tocquevilliana de «lo social»

Ch. Welch,³⁴ para analizar la concepción que Tocqueville tiene de «lo social», la compara con la de tres de los grupos más relevantes de mediados del siglo XIX, que escribieron sobre la cuestión, a los que Tocqueville conocía bien y frente a los que se fue definiendo. Estos grupos fueron, en primer lugar, el del *industrialismo*, compuesto por autores que se mueven en la órbita de la economía política clásica y que subrayan la primacía de las leyes económicas de la sociedad sobre cualquier otra realidad social o política. Frente a un republicanismo político en retirada, se reafirma un republicanismo moderno que no está ligado ya a la crítica clásica de la política, sino a los procesos de interacción económica como expresión de una sociedad bien ordenada. Tras la experiencia jacobina y bonapartista, la economía política parecía ofrecer una mejor fundamentación del republicanismo que la que había ofrecido un jusnaturalismo proclive al despotismo y al terror. Los representantes más relevantes de este grupo son J. B. Say y D. de Tracy, que para obviar las connotaciones negativas de lo político tratan de sustituir el término «economía social» por el de «política económica» y subrayan la autoridad independiente de las leyes sociales. Para Say, las buenas costumbres republicanas irían de la mano del desarrollo económico y del progreso de la civilización, que han protagonizado las clases industriales. La vocación del economista político es educar al público en el espíritu industrial, lo que redundará en bien de todos. Tracy, que populariza los temas de Say, además de abundar en subrayar

³⁴ Charly B. WELCH. «Tocqueville's resistance to the social», en *History of European Ideas*, 30 (2004), pp. 83-107.

la importancia de las leyes de la economía política, tanto para hacer ciencia social como para alcanzar la felicidad, denuncia la ociosidad de los aristócratas como el mayor impedimento de la sociedad ideal. Para conseguir su objetivo llama a la alianza de todos los industriales. Para ambos autores, el republicanismo deseable, productivo y pacífico, en el que coinciden el interés propio bien entendido y el bien público, pasa por una buena comprensión científica de las leyes socioeconómicas. Con este proyecto republicano industrialista comulgaban numerosos pensadores jóvenes de la Restauración, como Saint Simon o Comte, aunque pronto empezarían a perder confianza en dicho proyecto, en su metodología y en su programa político, y lo reconducirían por vías «científicas», pero, a la vez, organicistas y autoritarias.

Un segundo grupo es el que formarán, durante la Restauración y la Monarquía de julio, los escritores fundamentalmente católicos que se preocupan por *la economía social y por las demandas de solidaridad* ante la grave patología social creada por el industrialismo: *el pauperismo*. Para estos reformadores sociales católicos, la pobreza y la criminalidad son el rostro de una subclase social producida por el industrialismo, que si no se atajan a tiempo pondrán en peligro a toda la sociedad. Mientras que para los anteriores, el pauperismo era un fruto del feudalismo y de la aristocracia, como se podía ver en Inglaterra, el lugar de emergencia de esta nueva plaga, para éstos era un producto necesario de las leyes de la economía política y de la desafortunada confluencia de un desarrollo económico ilimitado y de una defectuosa economía política. Las raíces estructurales del pauperismo les impedían compartir con una buena parte de la opinión pública francesa la percepción de que eran los mismos pobres los culpables y responsables de su situación y creían que era una obligación social el atajar el problema tras un adecuado análisis de los expertos. Aunque tampoco esperaban nada de los mismos pobres, ya que, a la vez que les negaban el reconocimiento de sujetos de derechos individuales, pues veían el jusnaturalismo individualista revolucionario como una de las fuentes de la anomía social y del mismo pauperismo, les estigmatizaban como seres humanos inmorales, perezosos, ignorantes y rebeldes. Los pobres debían ser el objeto de una economía social inspirada en la caridad cristiana, que llevaba a la Iglesia a colaborar con el Estado en la intervención social, aplicando las verdaderas leyes sociales, aunque priorizando, en cualquier caso, lo social sobre lo político.

Finalmente, el grupo de los liberales doctrinarios, con figuras públicas tan relevantes como Guizot, Collard, Remusat, que se distanciaban de los primeros y criticaban una ciencia social inspirada en el egoísmo y en el materialismo, y que eran escépticos ante la postura de los

segundos, aunque seguían manteniendo que había que distinguir entre estado social y priorizar lo social, ya que las instituciones políticas son un producto de la sociedad.

Tocqueville, como sigue comentando Welch, aunque se consideraba un amateur en economía, estaba muy interesado en todas las cuestiones que tienen que ver con el desarrollo económico, y no sólo leyó a los autores contemporáneos, sino que los divulgó en sus colaboraciones en *Le Globe*, y participó activamente en el debate sobre el industrialismo y la economía política.³⁵

Frente a los economistas liberales, va a cuestionar la forma en que éstos vinculan el industrialismo y el republicanismo. Sin cuestionar de raíz ni el industrialismo ni el utilitarismo, ya que, como hemos dicho, se siente más cercano a la filosofía anglosajona del interés bien entendido que al concepto roussonianiano de bien común, sí que se distancia de un utilitarismo y un economicismo que creen compatibles el individualismo posesivo y el republicanismo. Para Tocqueville, el interés propio ilustrado no surge ni de las leyes económicas de la sociedad, ni de la instrucción pública, sino más bien, como ocurre en América, de un complejo conjunto de prácticas sociales y políticas interrelacionadas entre sí.

Como comenta Mélonio,³⁶ Tocqueville no sacrifica el interés bien entendido ni a los intereses del mercado ni a los dogmas de la «utilidad social» o de la «necesidad política», que los poderosos suelen instrumentalizar en su provecho. Por otro lado, desconfía de planteamientos abstractos, que no tienen suficientemente en cuenta el contexto concreto, por lo que es imposible definir el «bien público» *a priori*, por la razón, o por la alquimia de la voluntad general. Por tanto, no tiene sentido proponer una educación estatal uniformizadora, a la que Tocqueville compara con la bárbara pedagogía de los jícaros. Su propuesta es una «pedagogía del interés», con la que se busca socializar progresivamente al individuo, superando las diferentes etapas por las que éste transita: ignorancia (instintos), semiciencia (egoísmo), luces plenas (sacrificio reflejo), hasta conseguir la adecuada fusión entre lo privado y lo público. Tocqueville es pragmático y está más interesado por los efectos morales que las doctrinas producen que en su ortodoxia y coherencia dogmáticas.

³⁵ Para conocer los orígenes intelectuales de Tocqueville en materia de economía política, véase M. DROLET. «Democracy and political economy. Tocqueville's thoughts on J. B. Say and T. R. Malthus», en *History of European Ideas*, n. 29 (2003), pp. 159-181. Además de subrayar la importancia crucial que la economía política tiene para la «nueva ciencia política» de Tocqueville, analiza cómo éste estudió a Say y a Malthus que tuvieron una importante influencia en su obra.

³⁶ MÉLONIO, F. *op. cit.*, pp. 12 ss.

Instrumentos de esta pedagogía tocquevilliana son, pues, todos aquéllos que permiten educar al individuo en el espíritu de libertad y de reconocimiento mutuo, que le ayudan a trascender el individualismo posesivo y a participar en el proyecto de una vida comunitaria.³⁷ Un instrumento primordial es el asociacionismo, ya que garantiza la interacción entre lo sicosocial y lo socioestructural y permite al individuo recorrer las etapas a las que se refería Mélonio, haciendo propias las metas comunes de las asociaciones e internalizando la mentalidad republicana.³⁸ Tocqueville va a mostrar frente al liberalismo mercantilista su talante republicano que se atreve a hablar de la virtud como un objetivo al que se tiene que supeditar la utilidad, porque el objetivo último de su obra será garantizar la libertad entendida como no dominación. Así, todos los mecanismos que faciliten la participación del individuo en proyectos que trasciendan el interés individual egoístamente entendido y que le induzcan a elegir con un criterio reflexivo, están educando al individuo para buscar el «interés bien entendido». Más adelante, abundaré en esta cuestión.

Frente a los reformadores sociales católicos, con los que Tocqueville comparte sensibilidad hacia el pauperismo y otras lacras de carácter moral, rechaza la forma en que éstos buscan solucionar los problemas por la vía asistencialista e intervencionista, de Iglesia y Estado. Tanto su análisis estructural de los problemas, que le lleva a subrayar la interdependencia entre el desarrollo económico y las causas sociales, políticas, religiosas, etc., como su defensa de la separación de la Iglesia y del Estado y de las instituciones liberales, le alejan de ellos.

Su *Memoria sobre el pauperismo* (1835), que escribe para la real Academia Social de Cherburgo y en la que cuenta sus experiencias en Inglaterra, es una obra inconclusa que, además, como dice J. M. Ros, fue poco conocida por publicarse en una editorial de poco prestigio y

³⁷ En la polémica sobre la utilidad de la instrucción pública Tocqueville es contundente. Hay que potenciarla al máximo, en condiciones de libertad y de concurrencia, bajo el necesario control del Estado, pero sin convertirla en un instrumento de dominación social. Tocqueville es partidario de que la escuela sea una fuente de recursos morales, pero no confunde instrucción y educación, definiendo a esta última como «la instrucción del corazón y de las costumbres». Para lograr la educación es imprescindible el concurso coordinado de diferentes instancias, como la familia (es clave la participación de las mujeres), la religión, la prensa, las asociaciones y partidos, porque la educación no es un asunto privado. Se trata de crear ciudadanos libres y responsables y eso requiere algo más que instrucción. (Véase Sonia CHABOT. «Instruction publique et liberté de l'enseignement dans l'œuvre de Alexis de Tocqueville», en *The Tocqueville Review/La Revue Tocqueville*. Vol. XVII, 1-1996, pp. 211-249; n. 2005, pp. 241-293.

³⁸ Ver, más adelante, el apartado dedicado al «asociacionismo en libertad».

en un momento en el que se publicaba mucho sobre la cuestión,³⁹ pero que refleja bien la posición de Tocqueville que hemos descrito. Frente a la visión convencional, mantenida por no pocos autores, de que este texto no va al fondo de los problemas, por quedarse en los aspectos psicológicos del capitalismo, en un estadio premarxista, que no llega a comprender el alcance del desarrollo capitalista, conforme a la imagen preconcebida de un Tocqueville adherido acríticamente al liberalismo económico, dice Ros que los estudios recientes han prestado mayor atención a este texto y afirma: «Lo que de verdad le preocupa a Tocqueville no es el crecimiento económico en sentido estricto, sino el análisis de la economía en clave de razón práctica, es decir, en su relación con los factores políticos, sociales y, en último término, morales».⁴⁰

La reflexión de Tocqueville parte de un hecho paradójico: «Cuando se recorren las diversas regiones de Europa, se queda uno sorprendido ante un espectáculo extraordinario y aparentemente inexplicable. Los países que parecen más miserables son aquéllos que, en realidad, cuentan con menos indigentes; y, entre los pueblos de los que se admira la opulencia, una parte de la población se ve obligada para poder subsistir a recurrir a los donativos de la otra parte».⁴¹

Utilizando la lógica del modelo médico, Tocqueville intenta diagnosticar certeramente las razones de este hecho que considera patológico, con el fin de poder aplicar la terapia necesaria para su curación. Así, el hecho de que el desarrollo industrial no sólo no vaya acompañado de un desarrollo de la justicia social, sino que, además, genere desigualdades y anomías de todo tipo, sin que se pueda culpar de ello a la relajación moral o a las malas costumbres del pobre, se debe a una evolución histórica, que Tocqueville describe refiriéndose a Rousseau, que se caracteriza por la lógica del individualismo propietario y que, en un primer momento, va de la mano de la conquista y del derecho de propiedad sacralizado y, en un contexto más moderno, se expresa en una economía de lujo. En ambos casos con el resultado de la explotación de la clase obrera y del pauperismo. Pero Tocqueville, que comparte una visión histórica de carácter ilustrado y que cree en el progreso y en la perfectibilidad como un movimiento gradual e irresistible, siendo la clase industrial la clase destinada providencialmente a proveer de bienestar a los demás, concluye diciendo: «No nos entregue-

³⁹ J. M. Ros, «Estudio preliminar» al texto de A. de Tocqueville. *Memoria sobre el pauperismo* (2003). Tecnos, pp. IX ss.

⁴⁰ *Ibid.*, p. XV.

⁴¹ Tocqueville. *Memoria... Ibid.*, p. 3.

mos, pues, a peligrosas ilusiones y miremos el porvenir de las sociedades modernas de manera serena y tranquila. No nos dejemos embriagar ante el espectáculo de su grandeza; no nos desanimemos al ver sus miserias... Se podrá ralentizar este doble movimiento; las peculiares circunstancias en las que se sitúen los diferentes pueblos precipitarán o suspenderán su curso; pero nadie podrá detenerlo. Apresurémonos, pues, a buscar los medios para atenuar los males inevitables que son ya fácilmente previsibles». ⁴²

No vale, pues, una terapia que mire hacia el pasado agrícola, como la de los legitimistas, o que confíe en la lógica del mercado, como la de los liberales economicistas; tampoco sirven los remedios tradicionales de la caridad, refiriéndose no sólo a la privada, la católica de siempre, sino también a la caridad pública, protestante, o al asistencialismo, ya que es poco eficaz y tiene efectos contraproducentes en materia de solidaridad, por lo que sospecha de su eficacia y de su justicia. ⁴³ Esta valoración tan negativa que Tocqueville ilustra, sobre todo, desde la experiencia inglesa, le lleva a concluir: «Pero estoy profundamente convencido de que todo sistema regular, permanente, administrativo, cuyo objetivo sea satisfacer las necesidades del pobre, engendrará más miserias de las que pueda curar, depravará la población a la que quiere socorrer y consolar, reducirá con el tiempo a los ricos a no ser más que los arrendatarios de los pobres, agotará las fuentes del ahorro, detendrá la acumulación de capitales, deprimirá el desarrollo del comercio, embotará la actividad y la industria humanas y acabará por traer una revolución violenta en el Estado; cuando el número de quienes reciben la caridad llegue a ser casi tan elevado como el de quienes la dan, el indigente, al no poder sacar ya a los ricos empobrecidos nada que le permita satisfacer sus necesidades, encontrará más fácil despojarles de sus bienes de una sola vez que pedirles socorro». ⁴⁴ Concluye Tocqueville su texto haciendo preguntas orientadas a buscar otra solución mejor, pero lo deja para una «segunda memoria».

En efecto, aunque la memoria prometida no se publicó, existe un borrador de la misma, de 1837, que su biógrafo A. Jardín publicó en 1989. ⁴⁵ El texto muestra a un Tocqueville viajero y lector voraz, que conoce tanto las ideas como los movimientos sociales de la época, tan-

⁴² *Ibid.*, p. 18.

⁴³ *Ibid.*, pp. 24 ss. Tocqueville describe los efectos perversos de esta caridad pública, arbitrariedad de la asistencia, picaresca, vicios como pasividad, pereza, falta de responsabilidad y de libertad en el pobre, aumento de la lucha de clases, etc.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 40.

⁴⁵ Ver el texto en *ibid.*, pp. 43 y ss.

to de Francia como de Inglaterra, pero que no acaba de ver solución al problema planteado. Es más, parece renunciar a encontrar una solución definitiva al problema, como los revolucionarios o los reaccionarios. Ya desarrolla con gran precisión algo que aparecerá, más tarde, a propósito de la democracia. Ya que el industrialismo es imparable y que lograr el equilibrio estable entre capitalistas y obreros, entre producción y consumo, es imposible, hay que buscar aquellas medidas que sean preventivas de las amenazas a las, como en el texto antes citado, se ha venido refiriendo. Estas medidas preventivas estarán orientadas tanto a proporcionar al obrero industrial un cierto acceso a la propiedad, con todo lo que esto supone (responsabilidad y virtudes correlativas), como a paliar el pauperismo a través del asociacionismo. Dedicó numerosas páginas a describir las diversas clases de asociaciones y a los requisitos exigidos para que lleguen a buen puerto (industriales, financieras, de asistencia social). Pero Tocqueville no quedó satisfecho de sus propuestas y acabó el texto inconcluso, como dice Jardín, con numerosas preguntas que muestran su lúcido pesimismo respecto al futuro. La terapia no está a la altura de las patologías.⁴⁶

Quizá sea este pesimismo lúcido que, como ya hemos visto, se basa en el presentimiento de que la sociedad industrial lleva dentro la larva del posible totalitarismo y que, a su vez, alimenta una profunda intranquilidad, el que hace de Tocqueville un clásico de la libertad para tiempos difíciles. Me parece sugerente la forma en que Ros enjuicia este talante de Tocqueville. «Es posible que ello se deba a la posición privilegiada de su condición aristocrática, a su visión de la democracia, o a la insuficiencia de sus conocimientos de economía política. Pero, en cualquier caso, nos parece que su meditación da muestras de una gran lucidez al plantear a fondo el que quizá fuera el principal problema de su tiempo —el de la pobreza en la sociedad de bienestar— y que, en gran medida, sigue siendo también el nuestro. Y, por si ello fuera poco, también sus soluciones nos sorprenden, ciento cincuenta años después, por su modernidad, pero sobre todo porque nos invitan a seguir buscando más allá de la ciega confianza en las bondades metafísicas del mercado y del Estado para resolver el problema de la pobreza».⁴⁷

⁴⁶ Para valorar adecuadamente el significado y el alcance de la posición de Tocqueville ante el emergente capitalismo de su época, me parecen de especial interés los análisis que hoy se están haciendo del republicanismo de los clásicos y de su relación con el capitalismo. Véase, por ejemplo, F. OVEJERO LUCAS. «Capitalismo y republicanismo: un panorama», en *Revista Internacional de Filosofía Política* n. 23 (2004), pp. 113-137.

⁴⁷ Tocqueville. *Memoria... ibid.*, p. XXXI.

Hay otro texto, que me parece refleja bien el talante de Tocqueville, en lo que se refiere a su concepción de «lo social». Se trata de un discurso pronunciado en la Asamblea Constituyente durante la discusión del proyecto de Constitución (12/IX/1848) y que lleva por título «Sobre la cuestión del derecho al trabajo».⁴⁸ Respondiendo a una enmienda de un diputado de izquierda, afirma Tocqueville que exigir al Estado que se haga cargo de garantizar el «derecho al trabajo» equivale a defender el comunismo y a convertir al Estado en el único empresario y en el único propietario, algo que es aberrante. Centrándose en su crítica al socialismo, del que dice que es «una llamada enérgica, continua e immoderada a las pasiones materiales del hombre», un «ataque siempre constante a los fundamentos de la propiedad» y «una profunda desconfianza hacia la libertad, hacia la razón humana», niega su continuidad con la Revolución Francesa, que «no sólo consagró la propiedad individual, sino que la extendió... poblando a Francia de diez millones de propietarios». La Revolución rompió las cadenas del Antiguo Régimen que ahora los socialistas quieren restaurar, porque se parecen mucho a él. El socialismo no es el desarrollo de la democracia sino su adversario. En la descripción que hace de la situación social de Francia, hace algunas propuestas muy significativas para comprender su posición. «La Revolución Francesa quiso que no hubiese clases, no tuvo jamás la idea de dividir a los ciudadanos, como ustedes hacen, en propietarios y proletarios. En ninguno de los principales documentos de la Revolución Francesa encontrarán esas palabras cargadas de odios y de guerras. La Revolución quiso que, políticamente, no hubiese clases; la restauración de Julio ha querido lo contrario: Nosotros debemos desear lo que quisieron nuestros padres. La Revolución Francesa quiso que los cargos públicos fuesen iguales, realmente iguales para todos los ciudadanos, pero fracasó; los cargos públicos siguen siendo, en muchos aspectos desiguales; así, pues, debemos conseguir que sean iguales... La Revolución Francesa, ya lo he dicho, no tuvo la pretensión ridícula de crear un poder social que asegurase directamente por sí mismo la fortuna, el bienestar y la felicidad de cada individuo, que sustituye la prudencia práctica e interesada de los ciudadanos por la muy discutible del gobierno; creía que era bastante con dar a cada ciudadano luces y libertad... La Revolución Francesa, finalmente, deseó —y es ese deseo el que la hizo no sólo sagrada, sino santa a los ojos del pueblo— introducir la caridad en la política; reconoció que el Estado tenía deberes para con los pobres, para con los ciudadanos que sufren, idea mucho más gene-

⁴⁸ Véase el texto en P. GIBERT, *op. cit.*, pp. 224-242.

ral, más amplia y más elevada que la que antes se tenía... Eso es lo que la Revolución Francesa quiso hacer; eso es lo que nosotros debemos lograr... Sí, la Revolución de Febrero debe ser cristiana y democrática, pero no debe ser socialista. Estas palabras resumen todo mi pensamiento». ⁴⁹ Tocqueville no cuestiona las estructuras del sistema capitalista y ve compatible a este último con el republicanismo democrático y cristiano, a la vez. Se opone al socialismo de carácter revolucionario y su búsqueda de soluciones se pierde en fórmulas que adolecen de elitismo y paternalismo, sin llegar a sacar las consecuencias que se podrían derivar de sus propios análisis.

3. Las prioridades del sociólogo político

Tocqueville, bien informado de las patologías que aquejan a la sociedad y escéptico ante las virtualidades de las soluciones que se dan en su momento a las mismas, se aleja de las posiciones liberales, legitimistas y doctrinarias y afronta la tarea de pensar en solitario una nueva forma de hacer ciencia política. Su obra más importante, *La Democracia en América*, y su obra más tardía, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, son la prueba de que, para Tocqueville, la política no se reduce a un quehacer instrumental al servicio de la economía o de otras realidades sociales, sino que tiene tal importancia que debe ser priorizada, tanto desde la perspectiva de la comprensión de los problemas, como, sobre todo, desde la búsqueda de los remedios a las patologías de las sociedades modernas. Es esta progresiva priorización de la política, la que distanciará a Tocqueville de una de las figuras clave de su época, la de Guizot, que influyó de forma importante en su vida. Se ha discutido mucho sobre el alcance y sentido de esta influencia. ⁵⁰ En mi opinión, es clara la influencia, tanto en lo que se refiere a su comprensión histórica y sociológica de la realidad, como a la misma definición de lo social. En páginas anteriores, me he referido a la hermenéutica trascendente de Tocqueville. Creo que es Guizot quien construye, como ningún otro doctrinario, una filosofía de la historia y una teoría de lo

⁴⁹ Tocqueville. «Sobre la cuestión del derecho al trabajo», en P. GIBERT, *op. cit.* pp. 240-242.

⁵⁰ Ver G. VAROUXAKIS. «Guizot's Historical Works and J. S. Mill's Reception of Tocqueville», *History of Political Thought* (1999), n. 20, 2, pp. 293-312. Después de recoger las opiniones de Furet y Welch, al respecto, propone la suya y diciendo que es más razonable decir que GUIZOT es asimilado por Tocqueville de forma continua e imperfecta, que está presente en toda su obra, antes y después. En ningún momento adoptó una forma fuerte del determinismo social de Guizot, ni lo rechazó directamente.

social que, lejos de limitarse a describir los acontecimientos históricos, sitúan a éstos inscritos en unos procesos socioeconómicos y religiosos, en los que cobran vida y significado y dejan de ser acontecimientos contingentes y casuales. Una heterodoxa mezcla de hegelianismo y de providencialismo cristiano permite hacer inteligibles los acontecimientos sociales (el destino providencial de la clase media) y políticos (el gobierno de los mejores) de la historia en general y de la historia francesa en particular.⁵¹ Tocqueville hereda dicha forma de pensar la historia, aunque, como hemos visto, la recreará a su manera.

Aunque es evidente el influjo de Guizot en algunos pasajes de la *Democracia en América*, como cuando Tocqueville habla del «Estado social de los angloamericanos»⁵² y se refiere explícitamente a «las consecuencias políticas de su Estado social», éste plantea una forma original y diferente de entender el «estado social democrático» que tiene que ver con la forma en que aborda la cuestión de la igualdad democrática que, como sabemos, le distancia significativamente de Guizot. Si es verdad que Tocqueville no explicita expresamente las relaciones entre lo social y lo político, es obvio que saca de su filosofía de la historia lecciones muy diferentes que las que saca Guizot. Como dice Varouxakis, Tocqueville rechaza tres aspectos de la concepción que tiene Guizot de lo social: la visión de que la historia de Francia demuestra la inevitable emergencia del poder social de la clase media; la perspectiva de que el nuevo estado de la sociedad limitaba los movimientos políticos de las elites de esta clase media, que sólo podía buscar un ajuste o conciliación; la perspectiva de que las elites políticas habían logrado una noción de razón y de verdad que les permitía trasladar las necesidades de la sociedad al Estado nación.⁵³ Según Tocqueville, Guizot estimula los apetitos económicos de los franceses para distraerlos mejor de los asuntos públicos.⁵⁴

Además, como veremos al hablar de la democracia, Tocqueville, al contrario que Guizot, se referirá al mundo feudal francés como fuente

⁵¹ Para una buena introducción al liberalismo doctrinario, en general, y a la obra de GUIZOT, en particular, ver el libro de L. Del Corral. *El liberalismo doctrinario* (1984). C.E.C. Madrid.

⁵² *DA*, I, cap. 3.º, *op. cit.*, pp. 67 ss.

⁵³ Para abundar en la relación entre Tocqueville y Guizot, véase el artículo de RICHTER «The deposition of Alexis de Tocqueville», *op. cit.*, pp. 185 ss.

⁵⁴ Véase LAMBERTI, *op. cit.*, p. 159. F. Bourricaud recuerda que lo que Tocqueville reprocha al régimen de Luis Felipe, del que Guizot fue, a la vez, pensador y artífice, es creer que se puede fundar el orden social sobre sentimientos negativos, sobre meros límites de pretensiones concurrentes». Véase Bourricaud, F., en *op. cit.*, p. 114.

de libertades históricas, que el despotismo posterior solamente supo borrar, en vez de reformularlas y reafirmarlas.⁵⁵ Asimismo, la necesidad de «hombres aristocráticos» en Tocqueville, lejos del elitismo de Guizot, respondía a la necesidad de saber crear libertad en condiciones tan adversas para ésta como las de la democracia. Por eso, el reto y la denuncia de Tocqueville se dirigía por igual a aristócratas (incapaces de asumir su nueva situación) y a clases medias (cegadas y sometidas a su materialismo práctico). La crítica que Tocqueville hace, después de su estancia en Manchester, de la aristocracia manufacturera que está constituyéndose, por su carácter particularista que imposibilita la necesaria cohesión social, será un rasgo significativo de su liberalismo. Mélonio resume así las diferencias entre doctrinarios y liberales, personalizados en Tocqueville y Guizot: «El liberal ve la democracia como un estado social al que hay que acomodarse; el doctrinario la cuestiona como un azote al que se le puede buscar un pequeño lugar junto a la monarquía, la aristocracia y las clases medias. Además, los separa la filosofía: El doctrinario parte del Estado; el liberal del ciudadano; aquél se preocupa del interés social, éste de los derechos del individuo; el primero exige un orden, en primer lugar, y, a continuación añade libertad. El segundo reclama la libertad y ve en el orden su condición y fundamento».⁵⁶ Frente al providencialismo doctrinario que consagraba el destino histórico de la trinidad del tener, del poder y del saber, y que confiaba en la «razón de los mejores», Tocqueville muestra un profundo escepticismo y no cree que dicha razón sea capaz de sustituir en su rol a la fe de las sociedades primitivas. Creo que, en la lógica de Tocqueville, estaría el hacerse eco del mismo lamento de Diógenes que, según dicen, solía repetir Guizot: «No hay hombres, todas las mañanas abro el Almanaque Real en busca de ministros... Es increíble esta penuria de hombres, este vendaval de muerte que ha soplado sobre el país». Sólo que, ahora, para Tocqueville, también debería aplicarse a Guizot y los suyos.⁵⁷

También es pertinente, para comprender la posición de Tocqueville, analizar cómo se posiciona frente a B. Constant. Aunque Tocquevi-

⁵⁵ Ver el artículo que Tocqueville escribió para la *London and Westminster Review*, «Estado social y político de Francia, antes y después de 1789» (1836), en el que abunda en este tema y en el de las clases medias. (véase P. Gibert, *op. cit.*, pp. 100 ss).

⁵⁶ MÉLONIO, *op. cit.*, p. 174.

⁵⁷ Varouxakis reproduce un texto inédito del prefacio a la *DA* de 1840, citado por Schleifer, en el que Tocqueville dice así: «Not a man in the world has ever found... the central point at which all the rays of general truth (which come together only in God) or even all the rays of particular truth meet. Men grasp fragments of truth, but never truth itself». («Guizot's Historical Works...» *op. cit.*, p. 311).

lle, como dice H. Béjar⁵⁸, no conoció a Constant, fue crítico de las tesis individualistas de éste. Tocqueville muestra que una despolitización de la libertad, entendida exclusivamente como la libertad de los modernos, como independencia, conlleva una absolutización del poder social, por lo que es imprescindible subrayar el concepto republicano de libertad como participación y asociarlo a las instituciones del liberalismo democrático.⁵⁹ Para Tocqueville, dice Lamberti, el peligro principal reside precisamente en lo que Constant alaba como «orgullosa y celosa aislamiento del individuo en la fortaleza de su derecho». Para él, por el contrario, la primera necesidad era despertar el espíritu público, extender los intereses de los hombres más allá de sus asuntos privados y corregir por todos los medios las ilusiones individualistas que genera la sociedad democrática.⁶⁰

La democracia tocquevilliana

Es evidente que la forma de valorar el proceso y quehacer democráticos depende el optimismo o pesimismo con que cada uno de nosotros concebamos la antropopolítica (capacidad epistémica de las mayorías; antropología de las necesidades; significado y alcance del individualismo), la pertinencia y plausibilidad sociopolíticas de combinar el binomio libertad-igualdad (soberanía popular y división de poderes, relaciones sociedad civil-Estado, cambio social) o el papel de las instituciones e instrumentos necesarios para corregir las deficiencias de moralidad existentes (asociacionismo, familia, educación cívica, religión, aristocracia).⁶¹

⁵⁸ H. BÉJAR. «Alexis de Tocqueville», en F. Vallespín (ed.). *Historia de la Teoría política. III*. (1991). Alianza Editorial).

⁵⁹ Véase O. MEUWLY. *Liberté et société: Constant et Tocqueville face aux limites du libéralisme moderne*. (2002), Droz, Genève-Paris.

⁶⁰ LAMBERTI, J.C., *op. cit.*, p. 156, y su trabajo «De Benjamín Constant à Tocqueville», en *France forum*, 203-204, avril-juin 1983, pp. 19-26.

⁶¹ Ver GARZÓN VALDÉS E. «Optimismo y Pesimismo en la democracia», en *Claves de Razón Práctica*. N.º 131. Abril. 2003. Como ejemplos paradigmáticos de optimismo institucional moderado cita a Condorcet y a Tocqueville. Ambos preveían una marcha irreversible hacia la democracia, aunque entre ellos hay diferencias significativas. Para Condorcet la decisión de la mayoría tenía un valor epistémico y bastaba para la justificación de la democracia. Tocqueville era mucho más receloso y desconfiado respecto a la capacidad epistémica de los juicios de las mayorías. De hecho, el dominio de la mayoría era la «enfermedad republicana» por excelencia. Por eso, propone el remedio de las restricciones constitucionales (control constitucional del poder judicial). En última instancia, según Tocqueville, el freno al despotismo de la mayoría era la «ley de la justicia», un «líndero» que le viene impuesto a la democracia desde fuera de ella misma. Hay autores, como es el caso de Kaledin, que sitúan a Tocqueville entre los pesimistas, ya que la querencia del «hombre

Tocqueville se va a caracterizar por ser, a la vez, un optimista bien informado que vive la zozobra de saber que la democracia no está en las mejores manos posibles y que corre el riesgo de pervertirse. Creo que la posición de Tocqueville ante la democracia queda bien definida en la Advertencia que introduce el tomo II de la *DA*, cuando escribe: «Se extrañará (el lector) que, creyendo yo firmemente que la revolución democrática de que somos testigos es un hecho irresistible contra el cual ni sería prudente ni útil luchar, dirija con frecuencia en este libro reconvencciones a las sociedades democráticas que esta revolución ha creado. Responderé sencillamente que esto depende, no de que sea enemigo de la Democracia, sino de que he querido ser sincero respecto a ella. Los hombres no conocen la verdad por boca de sus enemigos, y sus amigos se la ofrecen raras veces. He aquí la razón en que me he fundado para decírsela. Creo que habrá muchos que se encargarán de anunciar los bienes que la igualdad promete a los hombres; pero también, que muy pocos se atreverán a señalar de lejos los peligros con que ella los amenaza. Hacia estos peligros he dirigido principalmente mi atención y, creyendo haberlos descubierto en realidad, no he podido decidirme a callarlos».⁶²

democrático» hacia servidumbre voluntaria es, para Tocqueville, más radical y definitiva que todas las demás pasiones. Si bien es verdad, que al comienzo de la *DA* aparece un Tocqueville más posibilista y confiado en las virtualidades de la libertad, al final de su obra parece tirar la toalla y reconocer que el futuro de la democracia es muy sombrío. Kaledin escoge, para abundar en su argumentación, este texto del capítulo I de la 4.ª parte de II tomo de la *DA* que dice así: «En efecto, la igualdad produce dos tendencias: la primera conduce directamente a los hombres hacia la independencia, y puede de repente impelerlos hasta la anarquía; la otra los lleva por un camino más largo, más secreto, pero más seguro, hacia la esclavitud» (p. 613), y explica lo que para él significa este camino secreto y seguro hacia la esclavitud». A. KALEDIN, «Tocqueville's Apocalypse», *op. cit.* pp. 60-61 y 90-91.

⁶² *DA*, Advertencia, p. 387. Pierre Manent concluye su libro *Tocqueville et la nature de la démocratie*. (1982) Julliard. Paris, trazando este perfil del demócrata Tocqueville: «Il est difficile d'être l'ami de la démocratie; il est nécessaire d'être l'ami de la démocratie, tel est l'enseignement de Tocqueville. Il est difficile d'être l'ami de la démocratie parce que le dogme démocratique est destructeur des contenus moraux qui constituent la spécificité et donc la grandeur humaines. Il est nécessaire d'être l'ami de la démocratie parce que c'est à cette seule condition qu'il est possible de préserver, sous le dogme démocratique, au moins des reflets ou des analogies, et parfois ou souvent selon la vertu des hommes, la réalité de ces contenus moraux. En particulier, ce n'est qu'en acceptant pleinement le principe démocratique qu'il est possible d'entretenir ou de susciter la liberté politique; dans l'exercice de la liberté politique, les hommes ont accès à un humanum commune où ils oublient la convention et surmontent le vertige de l'indépendance absolue de l'individu, fondement du dogme démocratique. Il est vrai que la démocratie est en un sens très réel l'ennemie de la grandeur humaine; mais les ennemis de la démocratie sont des ennemis bien plus dangereux de cette grandeur». (p. 177).

La aceptación de la democracia es para Tocqueville algo más que una opción estratégica entre diferentes regímenes políticos contingentes, por lo que su distancia de quienes la niegan, como los reaccionarios y los doctrinarios, es radical. Para Tocqueville, la democracia, expresión de la irresistible igualación de condiciones es una ley providencial que rige la historia y es inútil e irracional oponerse a ella. «Por doquiera se ha visto que los más diversos incidentes de la vida de los pueblos se inclinan a favor de la democracia. Todos los hombres la han ayudado con su esfuerzo: los que tenían el proyecto de colaborar para su advenimiento y los que no pensaban servirla; los que combatían por ella, y aún aquellos que se declaraban sus enemigos; todos fueron empujados confusamente hacia la misma vía, y todos trabajaron en común, algunos a pesar suyo y otros sin advertirlo, como ciegos instrumentos en las manos de Dios. El desarrollo gradual de la igualdad de condiciones es, pues, un hecho providencial, y tiene las siguientes características: es universal, durable, escapa a la potestad humana y todos los acontecimientos, como todos los hombres sirven para su desarrollo... El libro que estamos por leer ha sido escrito bajo la impresión de una especie de terror religioso producido en el alma del autor al vislumbrar esta revolución irresistible que camina desde hace tantos siglos, a través de todos los obstáculos, y que se ve aún hoy avanzar en medio de las ruinas que ha causado.»⁶³

Ya me he referido a la aproximación de Riviale hace a la concepción de la democracia de Tocqueville analizando la posición polémica de éste frente a contrarrevolucionarios y reaccionarios, Rousseau, blanquistas y deterministas de diferente signo. Creo que es también ilustrativo analizar la posición de Stuart Mill frente a Tocqueville. Stuart Mill defiende la tesis ya convencional desde el XVIII, que afirma que la igualación de condiciones llega de la mano de una clase media que, a su vez, se origina y crece con el desarrollo del comercio y de la industria y que generaliza el bienestar.⁶⁴ Según él, Tocqueville ejerce de chovinista francés al subvertir el verdadero proceso histórico, que es el seguido por Inglaterra en el que la industrialización precede a la democratización. Sin embargo, Tocqueville, aunque reconoce que la extensión de la riqueza y de la propiedad son condiciones de la democracia, su verdadera explicación está en el principal motor de la historia que es el prin-

⁶³ DA, T. I., Introducción. pp. 33-34. FURET, en su búsqueda de los orígenes intelectuales del pensamiento de Tocqueville, dice que para éste el triunfo de la democracia es «un axioma», un principio *a priori* del que surge toda una serie de argumentos y deducciones». F. FURET. «The intellectual origins...», *op. cit.*, pp. 14 ss.

⁶⁴ Ver MÉLONIO, *op. cit.* pp. 103 ss.

cipio democrático de la igualdad. El dinamismo social está más en el deseo de igualdad que en el cambio de las condiciones materiales.

Hay un texto en la *DA* que me parece especialmente significativo para comprender el alcance epistemológico y antropopolítico del principio democrático en Tocqueville. Es el texto que Tocqueville titula «Cómo la democracia modifica las relaciones que existen entre servidor y amo», que dice entre otras cosas lo siguiente: «Todavía no se han visto sociedades donde las condiciones sean tan iguales, que no se encuentren ricos y pobres; y, por consiguiente, amos y criados. La democracia no impide que estas dos clases de hombres existan; pero sí cambia su condición y modifica sus relaciones. En los pueblos aristocráticos, los sirvientes forman una clase particular tan invariable como la de los amos. Pronto se establece un orden fijo; en la primera, como en la segunda, aparece una jerarquía de clases numerosas y conocidas, y las generaciones se suceden sin que cambie su posición. Estas dos sociedades distintas se rigen por principios análogos... Es verdad que estos hombres, cuyo destino es obedecer, no entienden por gloria, honradez, virtud ni decencia, lo mismo que sus amos. Pero se han hecho una especie de gloria, de virtud y de honradez de sirvientes, y conciben, si puedo expresarme así un cierto honor servir... El sirviente ocupa en las aristocracias una posición subordinada de la que no se puede salir; cerca de él otro hombre llena un puesto superior que no puede perder. Por un lado, la obscuridad, la pobreza y la obediencia eterna: por otro, la gloria, la riqueza y el mando perpetuo. Estas condiciones son siempre diversas y siempre inmediatas; y el lazo que las une es tan duradero como ellas mismas... En las democracias, no solamente son iguales los criados entre sí, sino que en cierto modo son iguales a sus señores. Esto necesita explicarse para que se comprenda bien. El sirviente a cada instante puede volverse amo, y espera a serlo en efecto; el sirviente no es otro hombre distinto del señor. ¿Quién, pues, ha dado al primero el derecho de mandar y ha forzado al segundo a obedecer? El convenio libre y momentáneo de las dos voluntades, pues no siendo naturalmente inferior el uno al otro, sólo viene a estarlo por cierto tiempo en virtud del contrato; y si por él es uno sirviente y señor el otro, en lo exterior son dos ciudadanos, dos hombres... Tal estado bajo la democracia no tiene nada de degradante, pues es elegido libremente, y adoptado sólo por algún tiempo; no crea ninguna desigualdad entre amo y el criado, ni la opinión pública lo deshonra. Sin embargo, al pasar de una condición a otra, sobreviene casi siempre un momento en el que el espíritu de los hombres vacila entre la noción aristocrática de sujeción y la democrática de la obediencia. La obediencia pierde entonces su moralidad a los ojos del que obedece; no la considera ya como una obligación en cierto

modo divina, ni aun la ve bajo su aspecto puramente humano; no es ya a sus ojos santa ni justa, y se somete a ella como a un hecho útil pero degradante... Entonces la morada de cada ciudadano presenta alguna analogía con el triste espectáculo de la sociedad política; se prosigue una guerra sorda e intestina entre poderes siempre rivales y sospechosos... Semejante estado, a la verdad, no es democrático sino revolucionario».⁶⁵

P. Manent⁶⁶ que considera este texto como el más completo, explícito y paradójico, para establecer la fuerza irresistible y describir el modo de acción de la igualdad democrática, comenta cómo en el horizonte de la conciencia social democrática, la igualdad y las posiciones extremas de arriba y abajo, de riqueza y pobreza, sólo son «accidentes» y que, cuando T. opone la «igualdad imaginaria» a la «desigualdad real», no sugiere que esta igualdad sea ficticia o ilusoria, sino todo lo contrario. Es el imaginario de la opinión pública el que es el principio generador de las sociedades democráticas. Aunque Tocqueville no dice que este imaginario acabará trayendo la igualdad real, todo su análisis sugiere que debería ser así y que los hombres democráticos no descansarán en la persecución de este objetivo, aunque no lo alcancen nunca.⁶⁷

⁶⁵ DA, T. II, parte 3.^a, cap. 5, pp. 530-536. La forma en que Tocqueville formula este radical cambio que el espíritu democrático introduce en las relaciones humanas y que tantas virtualidades sociogenéticas conlleva, como lo han mostrado los republicanistas al desarrollar el concepto de libertad como no dominación, me recuerda la otra figura paradigmática de la fenomenología del espíritu hegeliana que se ha hecho imprescindible en el pensamiento moderno.

⁶⁶ P. MANENT, *op. cit.*, pp. 51-60.

⁶⁷ C. LÉFORT, en un breve y magnífico artículo, sobre la amenaza que supone la opinión pública democrática sobre el pensamiento, subraya los dos polos de esta visión tocquevilliana trágica del proceso democrático. Tras afirmar que estamos ante un razonamiento que no es vicioso, ya que la igualdad de condiciones es el rasgo característico del estado social, irresistible e irreversible, por lo que sería irracional condenarlo, dice así: «La primera razón que lo prohíbe es que la desigualdad de condiciones en otro tiempo considerada natural se revela ahora como contraria a la naturaleza. Sin embargo, el bien y el mal se tocan, porque la igualdad de condiciones hace nacer el sentimiento de que no hay un punto de diferencia justificable entre los hombres y, por tanto, el deseo de la igualdad real. Ahora bien, proyectada en lo real, la igualdad aparece como imaginaria. Sin duda, Tocqueville evoca un momento en su Introducción el camino hacia un Estado social completamente igualitario: «¿Sería sabio creer que un movimiento social que viene de tan lejos podría ser suspendido por los esfuerzos de una generación? ¿Puede pensarse que, después de haber destruido el feudalismo y vencido a los reyes, la democracia reculará ante los burgueses y los ricos?». Pero la fórmula no parece estar construida más que para aterrorizar (el término está adelantado algunas líneas antes para calificar el sentimiento religioso que le inspira el movimiento social) a quienes, ignorando los retos del presente, no sueñan con acomodarse a las exigencias de la democracia. Por otro lado, su pensamiento se entrega cuando cuestiona que pueda borrarse jamás la distancia que separa al pueblo de la elite, o cuando declara

Pero, subraya asimismo, que, mientras que la condición del amo y del esclavo se acercan, sus personas se alejan, al perder la fijeza, inmutabilidad y naturalidad que permiten la cristalización de los sentimientos. «El principal efecto de la democracia es convertir al amo y al servidor en extraños, poniéndoles uno al lado del otro, en vez de uno sobre el otro... En democracia los hombres no son ni iguales de hecho, ni “solamente” de derecho. Entre el derecho y el hecho, se encuentre algo inasible, “imaginario”, pero irresistible, que Tocqueville llama opinión pública, y que pone a los hombres aparentemente más desiguales en un elemento de igualdad y semejanza. La igualdad es el *sentimentum commune* de la vida social democrática».⁶⁸

Este imaginario igualitario es, para Tocqueville, el que arrastra al hombre democrático con una fuerza irresistible, incluso a su propia degradación, y actúa de gozne de todo proceso de cambio social, cambio que no siempre va a poderse combinar con el ejercicio de la libertad. Ante la indignación que produce la omnipresente desigualdad, que como hemos visto es compatible con el igualitarismo democrático, el hombre democrático no se conforma sólo con una mejor distribución de los recursos económicos sino que va más lejos buscando eliminar dicha desigualdad. Esto trae consigo, dice Tocqueville, graves consecuencias políticas para el Estado social. «Recojo aquí otro de los textos más significativos de la *DA* que nos ahorra comentarios al respecto». «Las consecuencias políticas de semejante Estado social son fáciles de deducir. Es imposible comprender que la igualdad no acabe por penetrar en el mundo político como en otras partes. No se podría concebir a los hombres eternamente desiguales entre sí en un solo punto e iguales en los demás; llegarán, pues, en un tiempo dado, a serlo en todos. Ahora bien, no sé más que dos maneras de hacer prevalecer la igualdad en el mundo político: hay que dar derechos iguales cada ciudadano, o no dárselos a ninguno. En cuanto a los pueblos que han llegado al mismo Estado social que los angloamericanos, es muy difícil percibir un término medio entre la soberanía de todos y el poder absoluto de uno solo. No hay que disimular que el Estado social que acabo de describir se presta casi tan fácilmente a una como a otra de esas dos consecuencias. Hay en efecto una pasión viril y legítima por la igualdad, que excita a

que: «las instituciones democráticas despiertan y halagan la pasión de la igualdad sin poder jamás satisfacerla enteramente. Esta igualdad completa se escapa todos los días de las manos del pueblo en el mismo momento en que cree retenerla, y huye, como dice Pascal, con una huida eterna» (*DA*, T. I, 2.ª parte, cap. V, pp. 214-215). C. LÉFORT. «La menace qui pèse sur la Pensée», en *The Tocqueville Review/La Revue Tocqueville*. Vol. XVIII, 1-1997, pp. 29-35; n. de 2005, pp. 298-299.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 55.

los hombres a querer ser todos fuertes y estimados. Esa pasión tiende a elevar a los pequeños al rango de los grandes; pero se encuentra también en el corazón humano un gusto depravado por la igualdad, que inclina a los débiles a querer atraer a los fuertes a su nivel, y que conduce a los hombres a preferir la igualdad en la servidumbre a la igualdad en la libertad. No es que los pueblos cuyo Estado social es democrático desprecien naturalmente la libertad. Tienen por el contrario un gusto instintivo por ella. Pero la libertad no es el objeto principal y continuo de su deseo; lo que aman con amor eterno es la igualdad; se lanzan hacia ella por impulsión rápida y por esfuerzos súbitos, y si no logran el fin se resignan; pero nada podría satisfacerles sin la igualdad, y desearían más perecer que perderla». ⁶⁹ Para abundar en esta convicción de Tocqueville, recomiendo al lector la lectura del cap. I de la parte 1.^a del tomo II, titulado «Por qué razón los pueblos democráticos muestran un amor más vehemente y más durable hacia la igualdad que a favor de la libertad», que algún autor ha considerado, junto con la Introducción, lo más importante de la *DA* ⁷⁰.

La fuerza de este imaginario igualitario es lo que le lleva a Tocqueville a interesarse por el hombre aristocrático. No mira con nostalgia reaccionaria hacia una sociedad aristocrática que, como sabemos, conoció muy de cerca. Lo hace porque siente vértigo al ver que la libertad democrática, que se afirma haciendo tabula rasa de los lazos sociales que convertían la obediencia y el mando en naturales y morales, proclama con injustificada autosuficiencia que la única obediencia y mando legítimos son los que uno se debe a sí mismo. Tocqueville recela de las proclamas dogmáticas que en nombre de los derechos inalienables del individuo y de la soberanía popular proyectan un escenario sociopolítico tan imposible que acaban negando la libertad y la igualdad que predicán. Tocqueville se distancia de la concepción rousseauiana de la soberanía popular, que esconde un concepto de voluntad general y de bien común que uniformiza la realidad constitutivamente plural de la sociedad y que impide el ejercicio del pluralismo político y social. La experiencia del jacobinismo, que Tocqueville ve como algo más que una mera contingencia en la historia francesa, ya que el despotismo centralizador tiene una historia demasiado larga por detrás, muestra que la idea de una voluntad general y de un bien común trascendentes a las voluntades particulares acaba promoviendo el sacrificio de la liber-

⁶⁹ *DA*, T. I. 1.^a parte, cap. III, pp. 72-73.

⁷⁰ *Ibid.*, pp. 463 ss. A diferencia de Constant, Tocqueville con su referencia permanente a la libertad del hombre aristocrático, quiere mostrar que la libertad de los antiguos y la de los modernos no sólo son compatibles, sino que la primera es una garantía para la segunda.

tad de los seres humanos. Dice Mélonio que cuando Tocqueville, en un momento de gran reconocimiento social, participó en la elaboración de la Constitución de 1848 fue marginado, ya que los demás miembros de la comisión se centraron en dos puntos: el bicameralismo y la organización del poder ejecutivo, dejando de lado el poder de los jueces o el control constitucional. Había unanimidad entre ellos en no preguntarse por los límites de la soberanía, mientras que Tocqueville receloso ante la permanencia de un imaginario monárquico y ante el consecuente peligro de un ejecutivo demasiado fuerte, no cuestionaba la necesidad de un ejecutivo fuerte, pero hacía una propuesta que nacía desde la reflexión teórica sobre la idolatría francesa del poder. Su oposición a una segunda cámara, que era parapeto de los privilegios y que carecía de base democrática, al contrario que en América, su propuesta de limitar la duración del mandato presidencial y de un sufragio universal en dos grados, etc., eran las aplicaciones de una nueva ciencia política que chocaban con una mentalidad y con uno imaginario acrílicos ante la tradición soberanista francesa.

Tocqueville afirma con toda claridad el principio liberal de que la soberanía popular debe tener límites, porque hay una ley que trasciende cualquier voluntad soberana de cualquier pueblo como es la de la justicia. «Existe una ley general que ha sido hecha o por lo menos adoptada no solamente por la mayoría de tal o cual pueblo, sino por la mayoría de todos los hombres. Esta ley es la justicia... Pienso, pues que es preciso colocar siempre en alguna parte un poder social superior a todos los demás; pero veo la libertad en peligro cuando ese poder no encuentra ante sí ningún obstáculo que pueda detener su marcha y darle tiempo para moderarse a sí mismo».⁷¹ El límite trascendente a la voluntad soberana del pueblo no sólo impone a ésta un «coto vedado» que no debe invadir, sino que obliga a pensar en arbitrar las medidas y las instituciones que impidan un ejercicio despótico y tirano del poder.⁷²

⁷¹ DA, T. I, 2.ª parte, cap. VII, pp. 257-258.

⁷² F. BOURRICAUD, tras señalar la ambigüedad que entrañan los conceptos políticos básicos, como libertad e igualdad, en Tocqueville, dice al respecto: «No tengo la impresión de que Tocqueville tenga una posición claramente definida ni sobre la naturaleza ni sobre los límites de la soberanía, ni sobre las condiciones de su ejercicio. «Yo miro como impía y detestable esta máxima de que la soberanía del pueblo tiene derecho a hacer todo y, sin embargo, sitúo en las voluntades de la mayoría el origen de todos los poderes. ¿Estoy en contradicción conmigo mismo?» (DA, T. I, cap. VII, p. 257). La resolución de esta contradicción nos remite a una ley que él llama la justicia y que caracteriza como «el límite del derecho de cada pueblo». F. BOURRICAUD. «Convictions de Tocqueville», en *The Tocqueville Review/La Revue Tocqueville*, op. cit., p. 115.

Para Tocqueville, los teóricos del contractualismo olvidan que un imaginario cabalmente democrático no sólo debe buscar sacar al individuo del estado de naturaleza y construir la sociedad de forma consensuada, racional, libre e igualitaria, sino que necesita, además, encontrar la fórmula para que los individuos libres e iguales aprendan a convivir en una sociedad libre y democrática que no les devuelva otra vez al estado de naturaleza, para lo que es imprescindible que se sientan vinculados entre sí y cohesionados por nuevos lazos sociales, que cumplan el papel que en las sociedades aristocráticas venía facilitado por la misma naturaleza desigualitaria de las relaciones sociales. Porque, para Tocqueville, el individuo del jusnaturalismo racionalista que se afirma libre e igual es carne de servidumbre voluntaria. En la medida en que radicaliza su autonomía y su independencia, su libertad e igualdad frente a los demás, posibilita y promueve, a la vez, la emergencia de un poder democrático, social y político, que acaba convirtiéndose en un poder despótico y tiránico y que se nutre y alimenta en los individuos un estado de servidumbre voluntaria. La soberanía popular se convierte, gracias a los efectos del individualismo sobre las creencias, los sentimientos y las ideas de los individuos, en tiranía de las mayorías. Son numerosísimas las páginas que manifiestan esta intuición de Tocqueville, original y novedosa para la época, que vincula a una probable perversión de la lógica inmanente de la democracia con el bifronte fenómeno del despotismo y de la servidumbre voluntaria. «El individualismo es un sentimiento pacífico y reflexivo que predispone a cada ciudadano a separarse de la masa de sus semejantes, a retirarse a un paraje aislado, con su familia y sus amigos; de suerte que, después de haberse creado así una pequeña sociedad a su modo, abandona con gusto lo grande... El egoísmo nace de un ciego instinto; el individualismo procede de un juicio erróneo, más bien que de un sentimiento depravado, y tiene su origen tanto en los defectos del espíritu como en los vicios del corazón. El egoísmo deseca el germen de todas las virtudes; el individualismo no agota, desde luego, sino la fuente de las virtudes públicas; más, a la larga, ataca y destruye todas las otras y va, en fin, a absorberse en el egoísmo... El despotismo, que por su naturaleza es tímido, ve en el aislamiento de los hombres la garantía más segura de su propia duración y procura aislarlos por cuantos medios están a su alcance... Así, los vicios que el despotismo hace nacer son precisamente los que la igualdad favorece. Estas dos cosas se completan y se ayudan de una manera funesta. La igualdad coloca a los hombres unos al lado de los otros sin lazo común que los retenga. El despotismo levanta barreras entre ellos y los separa. Aquélla los dispone a no pensar en sus semejantes, y éste hace de la indiferencia una especie de virtud pública. El despotismo es

peligroso en todos los tiempos, pero es mucho más temible en los tiempos democráticos». ⁷³ Especialmente significativo para esta cuestión es el capítulo VI de la parte 4.^a del tomo II de la *DA*, titulado «Qué clase de despotismo deben temer las naciones democráticas» ⁷⁴, porque, si para Tocqueville el jusnaturalismo individualista es por su propia lógica anárquico y, por tanto, deriva en despotismo, cuando, además, se nutre de un *humus* materialista, como es el del individualismo posesivo, que coloniza toda la vida social y la posterga ante «placeres ruines y vulgares», entonces, la servidumbre voluntaria y el despotismo democrático se reafirman aún más. El yugo suave del despotismo encuentra en este materialismo un aliado inmejorable para seguir imponiéndose. ⁷⁵

⁷³ *DA*, T. II, 2.^a parte, caps. II, IV, pp. 466, 469.

⁷⁴ *DA*, T. II, 4.^a parte, cap. VI, pp. 632 ss. «Quiero imaginar bajo qué rasgos nuevos el despotismo podría darse a conocer en el mundo; veo una multitud innumerable de hombres iguales y semejantes, que giran sin cesar sobre sí mismos para procurarse placeres ruines y vulgares, con los que llenan su alma. Retirado cada uno aparte, vive como extraño al destino de todos los demás, y sus hijos y sus amigos particulares forman para él toda la especie humana; se halla al lado de sus conciudadanos, pero no los ve; los toca y no los siente; no existe sino en sí mismo y para él sólo, y si bien le queda una familia, puede decirse que no tiene patria. Sobre éstos se eleva un poder inmenso y tutelar que se encarga sólo de asegurar sus goces y vigilar su suerte. Absoluto minucioso regular, advertido y benigno, se asemejaría al poder paterno, si como él tuviese como objeto preparar a los hombres para la edad viril; pero, al contrario, no trata sino de fijarlos irrevocablemente en la infancia y quiere que los ciudadanos gocen, con tal de que no piensen sino en gozar. Trabaja en su felicidad, mas pretende ser el único agente y el único árbitro de ella; provee a su seguridad y a sus necesidades, facilita sus placeres, conduce sus principales negocios, dirige su industria, arregla sus sucesiones, divide sus herencias y se lamenta de no poder evitarles el trabajo de pensar y la pena de vivir. De este modo, hace cada día menos útil y más raro el uso del libre albedrío, encierra la acción de la libertad en un espacio más estrecho, y quita poco a poco a cada ciudadano hasta el uso de sí mismo. La igualdad prepara a los hombres para todas estas cosas, las dispone a sufrirlas y aun frecuentemente a mirarlas como un beneficio».

⁷⁵ ARR, Prefacio, pp. 20 ss. Tocqueville, al describir el individualismo y el propietario que «emparedan a los ciudadanos en la vida privada» e impiden el ejercicio responsable de la libertad, dibuja un espejo en el que nos debemos seguir mirando hoy, ya que son de una actualidad sorprendente. Cito aquí otro de los abundantes textos en que Tocqueville critica al materialismo y su connivencia con el despotismo. «Encuentro entre los materialistas muchas cosas que me ofenden. Sus doctrinas me parecen perniciosas y su orgullo me indigna: si su sistema pudiera servir de alguna utilidad al hombre, me parece que sería solamente la de darles una modesta idea de sí mismos; pero ellos no dejan ver que así sea, y cuando cree haber probado suficientemente que son brutos, se muestran tan soberbios como si hubiesen demostrado que son dioses. El materialismo es, en todas las naciones, una enfermedad peligrosa del espíritu humano, pero debe temerse particularmente en un pueblo democrático, porque se combina maravillosamente con el vicio más familiar del corazón de estos pueblos». *DA*, T. II, 2.^a parte, p. 502. Para abundar en el concepto de individualismo y en las «ilusiones individualistas», ver J. C. LAMBERTI, *op. cit.*, pp. 156 ss; también J.C. LAMBERTI. *La notion d'individualisme chez Tocqueville*. (1970). PUF, Paris.

Tocqueville ha captado con lucidez lo que el mismo Rousseau se veía obligado a aceptar, rompiendo con la coherencia de su discurso en el *Contrato social*. Supuesto que la condición humana normal no está a la altura de las exigencias democráticas ya que la democracia exigiría que fuéramos como los dioses, algo que evidentemente no somos, hay que garantizar la cohesión social y la voluntad general consustanciales con cualquier proyecto democrático viable mediante la institución de la «religión civil» y la obediencia a sus mandatos dogmáticamente legitimados. Respecto al carácter dogmático de las convicciones, Tocqueville reacciona con su habitual lucidez y cautela. Trata de conjugar la convicción en la aceptación del dogma con la duda que acompaña al ejercicio de la razón libre. Ambas, convicción y duda, forman parte de la naturaleza humana, pero, mientras que la primera es un objetivo a conseguir, la segunda es una etapa a superar, ya que permanecer en ella equivale a condenarse a perder el norte de la vida y a no poder ejercer la libertad. «Cuando la religión se destruye en un pueblo, la duda se apodera de las regiones más altas de la inteligencia y medio paraliza todas las demás. Cada uno se habitúa a tener nociones variables y confusas sobre las materias que más interesan a sus semejantes y a sí mismo; defiende mal sus opiniones o las abandona; y, se siente incapaz de resolver por sí solo los mayores problemas que el destino humano presenta, se reduce cobardemente a no pensar en ellos. Semejante estado no puede menos que debilitar las almas, aflojar los resortes de la voluntad y preparar a los ciudadanos para la esclavitud».⁷⁶

Tocqueville, en coherencia con su forma de entender la democracia, desarrolla a lo largo de su obra toda una panoplia de mediaciones necesarias tanto para constituir la soberanía, como para ejercerla social y políticamente. Y dado que, como hemos visto, lo más decisivo en todo el proceso es el imaginario igualitarista, se deberá priorizar la socialización del hombre democrático en los hábitos de la democracia en libertad.

⁷⁶ DA, T. II, 2.^a parte, cap. V, p. 405. Sobre la forma personal en que Tocqueville mismo experimentó la miseria de la duda queda su testimonio en una carta a Mme. Swetchine (26/II/1857): «No sé si os he contado alguna vez un incidente de mi juventud que ha dejado una profunda huella en mi vida... Hasta entonces, mi vida había transcurrido en una interioridad llena de fe que no había dejado penetrar en mi alma la duda. Entonces, la duda entró o más bien se precipitó con inusitada violencia, no sólo la duda de esto o aquello, sino la duda universal (...) Violentas pasiones me sacaron de aquel estado de desesperanza y me apartaron de esas ruinas intelectuales para arrastrarme hacia los objetos sensibles; pero, de vez en cuando, esas impresiones de mi primera juventud (tenía entonces 16 años) vuelven a apoderarse de mí; entonces el mundo intelectual empieza a girar otra vez y quedo perdido y desorientado en medio de ese movimiento universal que vuelca o sacude todas las verdades sobre las que he construido mis creencias y mis acciones». (P. GIBERT, *op. cit.* p. 35.

De entre las numerosas formas de socialización de los individuos en la libertad, que la sociedad norteamericana ha sabido crear,⁷⁷ Tocqueville prioriza aquéllas que intentan sacar al individuo de su individualismo-egoísmo y posibilitan el llamado «interés bien entendido», al que ya nos hemos referido antes, y, por tanto, las que promueven una deliberación racional o una religación a las imprescindibles referencias trascendentes que, como la religión, limiten la hybris del soberanismo y del despotismo. Junto a estas medidas que están mirando al subsuelo de la sociedad política, a la participación, al asociacionismo, Tocqueville resaltaré asimismo la enorme importancia de las garantías jurídicas e institucionales que limitan el poder, lo descentralizan, lo acercan a la vida cotidiana y, finalmente, lo legitiman. No se trata sólo de limitar el poder, de limitar sus competencias, conforme a las tesis de B. Constant, sino de distribuirlo y de «desparramarlo». La problemática de la descentralización del poder, en particular del poder administrativo, tiene un importante relieve en la obra de Tocqueville. Siendo un tema distintivo en su época, Tocqueville sabe aportar su original mirada: la descentralización administrativa no sólo es un medio para garantizar la libertad, como ya había evidenciado Montesquieu, sino que también es un medio para ejercer esta libertad (entendiendo por tal, la libertad colectiva, nacional, local y personal, ámbitos interdependientes y necesarios para un ejercicio auténtico y coherente de libertad en democracia), algo extraño para la tradición liberal y para una gran parte de los liberales de su época, que seguían pensando que, tras la revolución, bastaba con garantizar el sistema representativo y la división de poderes para garantizar el ejercicio de la libertad.⁷⁸

Entre los obstáculos que la libertad tocquevilliana utiliza para ralentizar la tendencia absolutista de la soberanía, dándole tiempo y deseo de moderarse a sí misma, señala Chevallier los siguientes: el amor y el respeto a la ley, la idea de los derechos individuales, el culto reflejo e ilustrado de las formas, el poder judicial y la prensa libre.⁷⁹

Aquí voy a limitarme, por razones de espacio, a considerar brevemente la importancia que tienen para llevar a buen puerto a la democracia, en primer lugar, el asociacionismo en libertad, al que Tocqueville considera el análogo funcional de la virtud aristocrática; y, en

⁷⁷ «Los norteamericanos han combatido con la libertad el individualismo que la igualdad hace nacer, y al fin lo han vencido». *DA*, T. II, 2.^a parte, cap. IV, p. 470.

⁷⁸ Véase Gillaume BACOT. «L'apport de Tocqueville aux idées décentralisatrices», en *The Tocqueville Review/La revue Tocqueville*, vol. XVI, n. 2-1995, pp. 187-211; en el n. de 2005, pp. 203-239.

⁷⁹ CHEVALLIER J. J.. *Histoire de la pensée politique. T. III. La Grande transition 1789-1848* (1984) Payot, Paris, pp. 179 ss.

segundo lugar, la religión, una de las instituciones más relevantes en la tarea socializadora del individuo y moderadora de las tendencias suicidas de las sociedades democráticas. Concluiré con el análisis de la que Tocqueville considera una de las lacras más importantes de la democracia americana, como es su carácter raciaalista y excluyente.

4. Asociacionismo en libertad y las nuevas aristocracias democráticas

Ya hemos visto la importancia que el individualismo propietario y el creciente materialismo que lo acompaña tienen en la lenta pero implacable negación de la libertad en las sociedades democráticas. Pero sabemos que Tocqueville no se resigna a esta deriva despótica de la democracia, sino que se preocupa por discernir cuáles son las fórmulas que pueden preservar la libertad del hombre democrático y, entre ellas, concede una importancia primordial al hecho asociativo. En efecto, el asociacionismo es, como ya hemos visto, una de las fórmulas preferidas por los angloamericanos y a la que Tocqueville dedica buena parte de sus análisis, de forma que ha llegado a ser considerado por buena parte de la teoría sociológica como el primer sociólogo verdadero del hecho asociativo.

«En los países democráticos, la ciencia de las asociaciones es la ciencia madre y el progreso de todas las demás depende del progreso de ésta. Cuando los ciudadanos no pueden asociarse sino en ciertos casos, miran la asociación como un acontecimiento raro y singular y se cuidan poco de pensar en ella; pero cuando se les deja asociar en todas las cosas libremente, acaban por ver en la asociación el medio universal y, por decirlo así, el único de que pueden servirse para lograr los diversos fines que se proponen, y cada nueva necesidad despierta al momento esa idea. El arte de la asociación se hace entonces, como ya he dicho antes, la ciencia madre, y todos la estudian y la aplican».⁸⁰

Afirmaciones como éstas nos indican que, para Tocqueville, el hecho asociativo significa mucho más que un mero hecho social. En su adecuada comprensión está una de las principales claves para entender las complejidades, contradicciones y posibles respuestas al enigma democrático en su conjunto.

PH. Chaniel⁸¹ ha mostrado cómo en la obra de Tocqueville conviven tres aproximaciones sociológicas diferentes al hecho asociativo.

⁸⁰ DA, T. II parte 2.^a, cap. V, pp. 476 y 481.

⁸¹ Chaniel, PHILIPPE. «Honneur, vertu et intérêt. Les sociologies de l'association d'Alexis de Tocqueville» en *Cahiers internationales de Sociologie* Vol. CXVII, jul.-dec. 2004, pp. 197-223.

Una primera, que llama «republicano-cívica», que prima el punto de vista de la virtud; una segunda, que denomina «república utilitarista» y que prima el punto de vista del interés; finalmente, una tercera, que llama «aristodemocrática», que desvela la verdadera naturaleza del liberalismo tocquevilliano, que es democrático y aristocrático, a la vez.

Las tres perspectivas se desarrollan, a un mismo tiempo, con sus lógicas contradictorias, y sólo una visión de conjunto nos permite hacernos una idea cabal de la originalidad de la obra tocquevilliana. Si su preocupación casi obsesiva es impedir la deriva despótica del poder democrático y atajar de raíz las causas que la provocan y retroalimentan, hasta convertir la pasión igualitaria en gusto depravado por la servidumbre, su tarea ineludible consistirá en hacer ver por qué las asociaciones no sólo no son enemigas de la libertad, como un liberalismo individualista radical de larga tradición ha hecho creer, en consonancia con su visión negativa de la libertad como independencia y no coerción, sino que, por al contrario, son la condición de posibilidad de la libertad positiva, en la modernidad democrática.⁸² En la tradicional querrela sobre la libertad de los antiguos y los modernos, Tocqueville se posiciona como defensor de la síntesis de ambas.

Tocqueville describe pormenorizadamente cómo en los orígenes de la república americana la libertad no se concebía al margen de los deberes cívicos y políticos de quienes eran sujetos de derechos inalienables. La participación en la vida pública, comenzando por la comuna, la más cercana a la vida de cada uno, es una necesidad imprescindible, si se quiere garantizar la libertad. «En la comuna es donde reside la fuerza de los pueblos libres. Las instituciones comunales son a la libertad lo que las escuelas primarias vienen a ser a la ciencia; la ponen al alcance del pueblo; le hacen paladear su uso pacífico y lo habitúan a servirse de ella. Pasiones pasajeras, intereses de un momento o el azar de las circunstancias, pueden darle las formas externas de la independencia; pero el despotismo concentrado en el interior del cuerpo social reaparece tarde o temprano en la superficie».⁸³

La virtualidad socializadora que tiene el asociacionismo en el modelo republicano de vida se explica porque éste no sólo actúa en el plano jurídico o político, sino que ha echado raíces en una forma de vida tejida de hábitos, costumbres y prácticas cotidianas que enseñan al re-

⁸² Tocqueville, en «Lettre intérieure sur la situation intérieure de la France» (1843), ataca la política represiva de Guizot y de los doctrinarios, simbolizada en la ley del 10 de abril de 1834 que era muy restrictiva del derecho de asociación. La situación, una década después se agravó aún más. (ver Chaniel, *op. cit.* p. 208, nota n. 2).

⁸³ *DA*, T. I, 1.ª parte, cap. V. p. 78.

cién nacido a crecer practicando la virtud republicana del autogobierno. «El habitante de los Estados Unidos aprende desde su nacimiento que hay que apoyarse sobre sí mismo para luchar contra los males y las molestias de la vida; no arroja sobre la autoridad social sino una mirada desconfiada e inquieta, y no hace un llamamiento a su poder más que cuando no puede evitarlo. Esto comienza a sentirse desde la escuela, donde los niños se someten, hasta en sus juegos, a reglas que han establecido y castiga entre sí los delitos por ellos mismos definidos. El mismo espíritu se palpa en todos los actos de la vida social... En los Estados Unidos, asóciase con fines de seguridad pública, de comercio y de industria, de moral y religión. Nada hay que la voluntad humana desespere de alcanzar por la acción libre de la potencia colectiva de los individuos». ⁸⁴

El asociacionismo es, pues, la mediación principal, que convierte a los individuos en ciudadanos y que logra armonizar el interés individual con el espíritu público, y que traduce la soberanía popular en la práctica diaria de la sociedad. Este es su aspecto luminoso. La sociedad entera se institucionaliza desde esta clave republicano-democrática que posibilita lo que para Tocqueville es una soberanía popular bien entendida, la soberanía que aprenden a ejercer todos, desde pequeños, y que evita tanto la atomización anárquica como el despotismo. El sistema comunal, como expresión de la participación que nace en las bases de la sociedad local, permite crear un patriotismo enraizado en los hábitos y costumbres de la gente concreta. El espíritu asociativo se identifica con el espíritu libre y cívico que se ejercita en la búsqueda del doble objetivo de la libertad individual y del bien común. El papel del Estado y de sus instituciones administrativas queda en un segundo plano, ya que el corazón y el pulmón de la democracia está en ese tejido social cercano a los individuos y a sus intereses que les permite ejercer el autogobierno y el poder reales. «Los norteamericanos han establecido también un gobierno en el seno de las asociaciones; pero es, si puedo expresarme de este modo, un gobierno civil. La independencia individual encuentra en él su parte: como en la sociedad, todos los hombres caminan allí al mismo tiempo hacia el mismo fin; pero no está obligado cada uno a moverse hacia él por el mismo camino. No se hace entonces sacrificio de la voluntad y de la razón; sino que se aplica la voluntad y la razón para hacer triunfar una empresa común». ⁸⁵

⁸⁴ DA, T. I, 2.^a parte, cap. IV, p. 206.

⁸⁵ DA, T. I, 2.^a parte. Cap. IV, p. 212.

Pero Tocqueville no cree que baste con apelar al asociacionismo republicano para exorcizar el demonio del individualismo materialista que mina de forma congénita el tejido democrático en sus mismas bases y, por ello, destaca el importante papel que entre los americanos tiene la doctrina del «interés bien entendido» y desarrolla esa otra perspectiva del asociacionismo, la utilitaria. Para el imaginario americano no hay contradicción alguna entre virtud republicana o patriotismo, por un lado, e interés individual o utilidad, por otro. «Casi nunca se dice en Estados Unidos que la virtud es bella; se sostiene que es útil y esto mismo se prueba todos los días... La doctrina del interés bien entendido no es nueva; pero en los norteamericanos de nuestros días ha sido universalmente admitida y se ha hecho popular; se la encuentra en el fondo de todas las acciones y brota a través de todos los discursos. Por todas partes se halla, y lo mismo se encuentra en los labios del pobre que en los del rico».⁸⁶ Tocqueville, ya lo hemos dicho, no ve como antagónicas la libertad de los antiguos y la de los modernos, ni tampoco cree que haya que optar, como lo hacen algunos republicanos modernos, por un republicanismo virtuoso y elitista, expresión de un ejercicio de la libertad al alza, frente a un liberalismo individualista y vulgar, degradante de la libertad y propenso a un igualitarismo proclive a la servidumbre voluntaria. Cree, por el contrario que es posible garantizar un nivel razonable de virtud sin tener que sacrificar el interés individual, al que considera la seña sociológica más relevante para el futuro de la humanidad.⁸⁷

Al leer a Tocqueville y su forma de hablar del «interés bien entendido», uno no puede menos que recordar la referencia smithiana a la moral del tendero, paradigma de una moral utilitaria calculadora y vulgar, como la de la clase media burguesa. Pero, en Tocqueville, los efectos beneficiosos de dicha forma de comportarse no nacen del efecto milagroso de una mano invisible, sino de la lógica que vincula las asociaciones civiles con las políticas y viceversa.⁸⁸ La intrínseca vinculación entre lo público y lo privado, entre la libertad y el bienestar, entre la participación política y la defensa de los propios intereses, es expresión de una realidad asociativa, en la que los hombres «aprenden a someter su voluntad a la de todos los demás y a subordinar sus esfuerzos particulares a la acción común, cosas indispensables de saber tanto en las aso-

⁸⁶ *DA*, T. II, 2.ª parte, cap. VIII. Pp. 484-485.

⁸⁷ «Es menester, pues, esperar que el interés individual se haga más que nunca el principal móvil de los hombres, si no el único; pero nos resta saber de qué manera entenderá cada hombre su interés individual.» (*DA*, T. II, parte 2.ª, cap. VIII, p. 486.)

⁸⁸ Ver el cap. VII del T. II, parte segunda, dedicado a esta cuestión.

ciaciones civiles como en las políticas»⁸⁹. Es obvio que esta perspectiva utilitarista del bien común rebaja el contenido ético del mismo, pero, en compensación, garantiza su logro y, con éste, un antídoto contra la degradación democrática. Tocqueville se define explícitamente a favor de la adopción de esta doctrina del interés bien entendido. «El interés bien entendido es una doctrina poco elevada, pero clara y segura. No pretende alcanzar grandes cosas; pero obtiene sin mucho esfuerzo todas las que se propone, y como se encuentra al alcance de todas las inteligencias, cada individuo la comprende fácilmente y la retiene sin trabajo. Adaptándose maravillosamente a las debilidades de los hombres, consigue un gran dominio y no le es difícil conservarlo, porque vuelve el interés personal contra sí mismo y utiliza, para dirigir las pasiones, el aguijón que las excita... Si la doctrina del interés bien entendido llegase a dominar enteramente el mundo moral, las virtudes extraordinarias serían sin duda más raras; pero también creo que las groseras depravaciones serían menos comunes... considerando sólo a algunos individuos, los rebaja; pero contemplada la especie, la eleva. No temo decir que la doctrina del interés bien entendido me parece la mejor de las teorías filosóficas, la más apropiada a las necesidades de los hombres de nuestro siglo y la más poderosa garantía que les queda contra ellos mismos. El espíritu de los moralistas de nuestros días debe dirigirse principalmente hacia ella y, aunque la juzgue imperfecta, sería preciso adoptarla como necesaria»⁹⁰.

Desde esta perspectiva utilitaria, no sólo se explica la actitud participativa de los individuos en el tejido asociativo, tanto civil como político, sino que se garantiza asimismo la obediencia a las leyes y la fidelidad institucional, ya que son la expresión necesaria de un república utilitaria, garantizadora del bienestar general y del de cada individuo. La asociación es, pues, para Tocqueville más relevante que la virtud republicana a la hora de garantizar la socialización del individuo en la causa del interés bien entendido. El bien común es, pues, según esta perspectiva de la república utilitaria, más el resultado de un constructo asociativo que de una moralización de la vida social en nombre de la virtud republicana.⁹¹

Parecería, después de lo dicho, que Tocqueville es un liberal burgués, teórico del individualismo posesivo, que sólo ilustrándose y moderándose, puede perseguir sus objetivos irrenunciables. Las críticas e

⁸⁹ *Ibid.*, p. 481.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 485.

⁹¹ Para abundar en este tema, véase H. BÉJAR. *El corazón de la república. Avatares de la virtud política*. (2000). Paidós. Barcelona, pp. 120-136.

incluso la aversión a dicho individualismo materialista vendría del miedo a sus excesos, pero no cuestionaría un ejercicio razonable del mismo. Sin embargo, reaparece, una y otra vez, en la *DA*, un Tocqueville que no se resigna a aceptar la lógica hegemónica del interés bien entendido, tal como la impone el proceso del igualitarismo democrático. Es un mal menor que, como el mismo proceso democrático, hay que saber contextualizar. Tal lógica deriva, de hecho, en una degradación de los hombres que acaban siendo víctimas de las pasiones materialistas⁹² y en un fracaso del mismo proceso democrático. El igualitarismo democrático, pervertido por el materialismo más grosero, no sólo impide la construcción de un interés bien entendido, sino que elimina la esencia aristocrática que, según Tocqueville, tiene siempre la libertad bien entendida. Cuando los hombres pierden la capacidad de valorar la libertad en sí misma, como un valor que está por encima de todos los demás valores de la vida y ante el que hay que sacrificarlo todo, se convierten en carne de servidumbre y de despotismo.

Su tercera perspectiva sociológica del asociacionismo se centra precisamente en la virtualidad aristocratizante que dicho asociacionismo ejerce en la libertad democrática. La libertad de asociación sería un análogo funcional de la libertad aristocrática y cumpliría en la sociedad democrática el papel que las «asociaciones naturales» aristocráticas ejercían en la sociedad medieval. Mientras que los individuos democráticos son todos iguales e independientes, pero, por lo mismo, débiles y masificados, organizados en asociaciones, rompen su aislamiento y su debilidad y se convierten en fuertes y libres.⁹³ Las asociaciones demo-

⁹² «Cuando el gusto de los goces materiales se desenvuelve en uno de estos pueblos con más rapidez que las luces y los hábitos de la libertad, sobreviene un momento en que los hombres son arrastrados como fuera de sí mismos, a la vista de estos nuevos bienes que van pronto a adquirir. Preocupados por el solo cuidado de hacer fortuna, no ven el lazo estrecho que une la particular de cada uno de ellos a la prosperidad de todos, y no hay necesidad de arrancar voluntariamente a tales ciudadanos los derechos que poseen; pues los dejan escapar voluntariamente ellos mismos. El ejercicio de sus deberes políticos les parece un contratiempo que los distrae de su industria; y, si se trata de elegir a sus representantes, de prestar auxilio a la autoridad o de discutir en común los negocios públicos, el tiempo les falta, porque no saben disiparlo en trabajos inútiles. Estos son allí juegos de ociosos, que no conciernen a hombres graves ocupados en los intereses serios de la vida. Tales personas creen seguir la doctrina del interés, pero no se forman de ella sino una falsa idea, y para atender mejor a lo que llaman «sus negocios» descuidan el principal, que es el ser simples dueños de sí mismos.» (*DA*, T. II, 2.^a parte, cap. XIV, pp. 498-499).

⁹³ «En las sociedades aristocráticas, los hombres no necesitan unirse para obrar, porque se conservan fuertemente unidos. Cada ciudadano rico y poderoso forma allí como la cabeza de una asociación permanente y forzada, que se compone de los que dependen de él y

cráticas son las que pueden sacar a los individuos de sus egoísmos y ensimismamientos y enseñarle a gustar la libertad.

Tocqueville subraya que el principio asociativo tiene un origen aristocrático y no democrático. El reto está en democratizar estos cuerpos intermedios, sin nostalgias del pasado, pero sabiendo aprovechar su funcionalidad en el presente. «Sé que las naciones democráticas no presentan naturalmente individuos semejantes; pero se puede crear en ellas artificialmente alguna cosa análoga. Creo firmemente que no se puede formar de nuevo una aristocracia en el mundo; más también pienso que los múltiples ciudadanos pueden asociarse, constituir seres muy opulentos, muy influyentes y fuertes; en una palabra, gente aristocrática. Se obtendrían de este modo muchas de las mayores ventajas políticas de la aristocracia, sin sus injusticias y sus peligros. Una asociación política, industrial, comercial o bien científica o literaria, es un ciudadano ilustrado y poderoso que no se puede sujetar a voluntad ni oprimir en las tinieblas y que, al defender sus derechos particulares contra las exigencias del poder, salva las libertades comunes».⁹⁴

Esta interpretación tocquevilliana del hecho asociativo como generador de la libertad en el sentido aristocrático del término, no permite deducir que Tocqueville pensara en un verdadero desarrollo democrático de dicho principio. Como dice Chaniel, Tocqueville no será nunca un propagandista al asociacionismo obrero, como lo fue su amigo Beaumont, ya que las asociaciones obreras no tenían continuidad con las civiles o políticas. Como ya hemos visto antes, la perspectiva de Tocqueville al tratar la cuestión del pauperismo y el consiguiente asociacionismo propuesto como solución, era claramente paternalista y filantrópica. Su rechazo del socialismo nacía entre otras razones de su convicción de que el mundo obrero era incapaz de ser un verdadero sujeto político y su asociacionismo una expresión más de la peligrosa deriva igualitarista y revolucionaria.

hace concurrir a la ejecución de sus designios. En los pueblos democráticos, por el contrario, todos los ciudadanos son independientes y débiles; nada, casi, son por sí mismos, y ninguno de ellos puede obligar a sus semejantes a prestarle ayuda, de modo que caerían todos en la impotencia si no aprendieses a ayudarse libremente. Si los hombres que viven en los países democráticos no tuviesen el derecho ni la satisfacción de unirse con fines políticos, su independencia correría grandes riesgos: pero podrían conservar por largo tiempo sus riquezas y sus luces, mientras que si no adquiriesen la costumbre de asociarse en la vida ordinaria, la civilización misma estaría en peligro... Es, pues, indispensable que un gobierno no obre por sí solo. Las asociaciones son las que en los pueblos democráticos deben ocupar el lugar de los particulares poderosos que la igualdad de condiciones ha hecho desaparecer». (DA, T. II, 2.^a parte, cap. V, pp. 474-475). Esta idea aparece excelentemente desarrollada en el Prefacio del ARR, pp. 20-21.

⁹⁴ DA, T. II, 4.^a parte, cap. VII, p. 637.

5. Religión, libertad y democracia en Tocqueville

La necesidad de la religión para garantizar el orden y el sentido de la vida social era un dogma que mantenían muchos contemporáneos de Tocqueville, sobre todo los reaccionarios y conservadores. Eran muchos menos quienes, siendo liberales de verdad, participaban de esta creencia, ya que, como sabemos, el liberalismo había surgido afirmándose polémicamente frente a una religión vinculada a los intereses del Antiguo Régimen y el proclamarse liberal no sólo estaba mal visto por los bienpensantes religiosos, sino que llegaba a estar severamente condenado por las autoridades eclesiásticas. La historia del catolicismo liberal europeo es una prueba de lo que digo.

El liberal Tocqueville, fiel a su confesión de «haber visto en Norteamérica algo más que Norteamérica», se atrevía a proclamar algo que en Francia era audaz y paradójico, como que se podía ser a la vez liberal y creyente o pertenecer sin reservas a la sociedad moderna y a la Iglesia católica. Su propia biografía personal así lo acreditaba.⁹⁵ A pesar de que era plenamente consciente de que el contexto francés y europeo en general no facilitaban su pretensión,⁹⁶ ya que «los hombres religiosos combaten la libertad y los amigos de la libertad atacan a las religiones. Espíritus nobles y generosos elogian la esclavitud, y almas torpes y serviles preconizan la independencia. Ciudadanos decentes e ilustrados son enemigos de todos los progresos, en tanto que hombres sin patriotismo y sin convicciones se proclaman apóstoles de la civili-

⁹⁵ P. THIBAUT concluye su artículo, en el que compara la posición de Tocqueville ante la religión con la de Rousseau, diciendo algo muy interesante, en mi opinión: «Lo que le falló a Tocqueville fue el catolicismo al que estaba vinculado culturalmente y al que aspiraba religiosamente, debido evidentemente a un clericalismo que humillaba la virtud política bajo la disciplina institucional, en esta iglesia en la que permaneció patéticamente solidario. ¿Quizá, al mantener esta posición oficial, Tocqueville se inscribía en la línea enigmática de los «católicos políticos» (¿Montaigne?, ¿Gregoire?, ¿De Gaulle?) que son uno de los recursos escondidos, marginados, en parte derrochados del catolicismo francés y que nunca ha encontrado su teología. Da la impresión de que su melancolía es la de un hombre que se fijó una misión imposible, tanto en política como en religión. Pero es precisamente, quizá, por esto, por lo que más nos afecta a quienes, tras el hundimiento de las religiones seculares que no estaban en su campo de previsión, tenemos el sentimiento de asistir a lo que él más temía: el declive conjunto de lo político y de lo religioso. P. THIBAUT. «Rousseau-Tocqueville. Un dialogue sur la religion», en *op. cit.*, pp. 335-336.

⁹⁶ «El cristianismo que reconoce a todos los hombres iguales delante de Dios, no se opondrá a ver a todos los hombres iguales ante la ley. Pero, por el concurso de extraños acontecimientos, la religión se encuentra momentáneamente comprometida en medio de poderes que la democracia derriba, y le sucede a menudo que rechaza la igualdad que tanto ama, y maldice la libertad como si se tratara de un adversario, mientras que, si se la sabe llevar de la mano, podrá llegar a santificar sus esfuerzos». *DA*, Introducción, p. 38.

zación y de las luces... ¿Pensaré acaso que el Creador hizo al hombre para dejarlo abatirse constantemente en medio de las miserias intelectuales que nos rodean. No podría creerlo: Dios dispone para las sociedades europeas un porvenir más firme y más tranquilo; ignoro sus designios, pero no dejaré de creer en ellos porque no puedo penetrarlos, y más preferiría dudar de mis propias luces que de su justicia».⁹⁷

El ejemplo norteamericano le servirá a Tocqueville tanto para justificar su convicción de que el contencioso europeo entre religión y sociedades democráticas es un proceso histórico de carácter contingente y particular, que no responde al proyecto de la providencia divina, como, sobre todo, para sacar a la luz las virtualidades sociogenéticas de la religión. Tocqueville reitera que la civilización angloamericana «es el producto —y este punto de partida debemos tenerlo siempre presente— de dos elementos completamente distintos, que en otras partes se hicieron a menudo la guerra, pero que, en América, se ha logrado incorporar en cierto modo el uno al otro, y combinarse maravillosamente: el *espíritu de religión* y el *espíritu de libertad*».⁹⁸ No es que Tocqueville sea tan ingenuo que no vea en ambos espíritus un potencial conflictivo, sobre todo cuando el espíritu de libertad manifieste una impronta más secular que la del puritanismo de los orígenes, como fue el caso de algunos de los constituyentes y de una buena parte de ciudadanos norteamericanos. Pero, será precisamente la forma en que se resuelve el conflicto el secreto del éxito.⁹⁹

Tocqueville quiere dejar constancia de que esta unión íntima entre el espíritu de religión y el espíritu de libertad no es exclusivo del protestantismo o del puritanismo de Nueva Inglaterra, como muchos defendían, sino que es una señal de identidad del catolicismo norteamericano, que muestra un talante claramente democrático y republicano. «Estos católicos muestran una gran fidelidad a las prácticas de su culto, y están llenos de ardor y de celo por sus creencias; sin embargo, forman la clase más republicana y más democrática que hay en Estados Unidos. Esto sorprende a primera vista, pero la reflexión descubre fácilmente sus causas ocultas. Pienso que se hace mal en considerar a la religión católica como un enemigo natural de la democracia. Entre las diferentes doctrinas cristianas, el catolicismo me parece, por el contra-

⁹⁷ *Ibid.*, p. 39.

⁹⁸ DA, T. I, 1.^a parte, pp. 63-64: «Los norteamericanos confunden tan completamente en su espíritu el cristianismo y la libertad, que es casi imposible hacerles concebir el uno sin la otra; y no es entre ellos una de esas creencias estériles que el pasado lega al presente, que parece menos vivir que vegetar en el fondo del alma» (p. 292); ver, asimismo, las pp. 293 ss.

⁹⁹ Ver TESSITORE, A. «Alexis Tocqueville on the Natural State of Religion in the Age of Democracy», en *The Journal of Politics*, vol. 64, n. 4, nov, 2002, pp. 1137-1152.

rio, una de las más favorables a la igualdad de condiciones. Entre los católicos, la sociedad religiosa no se compone sino de dos elementos: el sacerdote y el pueblo. El sacerdote se eleva sólo por encima de los fieles; todo es igual debajo de él. En materia de dogmas, el catolicismo coloca al mismo nivel a todas las exigencias... Si el catolicismo dispone a los fieles a la obediencia, no los prepara, pues, para la desigualdad». ¹⁰⁰ Sigue argumentando Tocqueville que los católicos norteamericanos, por ser pobres y estar en minoría, «tienen necesidad de que se respeten todos los derechos para estar seguros del libre ejercicio de los suyos... Así, los católicos de los Estados Unidos son a la vez los fieles más sumisos y los ciudadanos más independientes». ¹⁰¹ Como comenta D. J. Maletz, en la adaptación del catolicismo americano al orden democrático preexistente se pueden ver los efectos transformadores que la política tiene sobre la religión (desactivando algunos de sus elementos no democráticos) más que a la inversa, y se demuestra, asimismo, que no hay ninguna brecha infranqueable entre cristiandad y democracia. ¹⁰²

¹⁰⁰ *Ibid.*, 287-288.

¹⁰¹ *Ibid.*, pp. 288-289. El catolicismo al que se refiere Tocqueville en su obra refleja perfectamente el modelo que describe J. Casanova en su obra *Religiones públicas en el mundo moderno* (2000), PPC, Madrid, pp. 238-239), cuando habla de las tres fases que ha recorrido el catolicismo americano, siendo ésta primera la llamada «republicana», que duró hasta 1840. Esta fase, dice Casanova, refleja un estilo de catolicismo compatible con el espíritu del constitucionalismo, que estaría representado por «laicos católicos, leales a su iglesia pero plenamente a gusto en el mundo, quienes habían aprendido a separar rígidamente, en la tradición liberal, sus papeles políticos, económicos y religiosos. Urgían a la Iglesia a «ceñirse a la religión», mientras ellos se ocupaban de la vida política y económica sin referencias directas ni indirectas a la fe religiosa». Casanova cita parte del discurso que el obispo de Charleston, John England, pronunciaba en el Congreso en 1826, contestando a las críticas protestantes, legitimando el republicanismo liberal y asumiendo para la iglesia católica un lugar compartido con las demás sociedades religiosas en la república americana. El liderazgo del sacerdote, en este caso el obispo, que habla en nombre de toda la comunidad, es, también, un rasgo fidedigno del catolicismo americano. Esta concepción republicana apenas si tuvo vigencia, dificultada tanto por la hostilidad del mundo protestante, como por la masiva inmigración de irlandeses, que determinarían una nueva autocomprensión eclesial y una nueva forma de rechazo de la laicidad americana, como el que supuso la iglesia inmigrante, ghetizada y cada vez más irrelevante. Tocqueville cuenta una experiencia plástica del catolicismo republicano, con ocasión de una reunión política destinada a enviar armas y dinero a los polacos. Ante dos o tres mil personas, «un sacerdote, revestido de sus ornamentos eclesiásticos... habló en estos términos... “Oh Señor, no retires jamás de nosotros tu faz; permite que seamos siempre el pueblo más religioso así como el más libre”. ... Toda la asamblea repitió *amén* con recogimiento». (DA, p. 289). Para una aproximación al momento religioso que Tocqueville encuentra en EEUU véase p. H. HAMMOND. «Is America Experiencing Another Religious Revival: What Would Tocqueville Say?», en *Social Compass*, vol. 38, n. 3. 1991, pp. 239-256.

¹⁰² D. J. MALETZ. «Tocqueville on Mores and the Preservation of Republics» en *American Journal of Political Science*, vol. 49, n. 1, January, 2005, pp. 1-15.

Tocqueville sigue reflexionando sobre las razones que hacen de la religión el mejor aliado de la libertad y, también, de las sociedades modernas democráticas. Y va a combinar razones de carácter antropológico con razones sociológicas y politológicas, lo que, en algún momento, genera una cierta confusión en el lector, como veremos más adelante. Frente a los filósofos ilustrados europeos, que venían prediciendo la desaparición de la religión ante el empuje de las luces, Tocqueville les recuerda que «los hechos no concuerdan con esa teoría», y que la razón de que los hechos sean como son nos remite a la misma condición humana. «La religión no es, pues, sino una forma particular de la esperanza, y es tan natural al corazón humano como la esperanza misma. Por una especie de aberración de la inteligencia, y con ayuda de una suerte de violencia moral ejercida sobre su propia naturaleza, los hombres se alejan de las creencias religiosas; pero una inclinación invencible los vuelve a conducir a ellas. La incredulidad es un accidente; la fe sola es el estado permanente de la humanidad».¹⁰³ Por tanto, la falta de religión tiene consecuencias devastadoras tanto para el individuo, como para la sociedad. Cuando faltan las creencias dogmáticas, el individuo se siente perdido, lleno de dudas e incapaz de responder a las grandes cuestiones sobre su destino, y acaba por no pensar en las cuestiones importantes y por convertirse en una bestia. «Semejante estado no puede menos que debilitar las almas, aflojar los resortes y preparar a los ciudadanos para la esclavitud... Yo dudo que el hombre pueda alguna vez soportar a un mismo tiempo una completa independencia religiosa y una entera libertad política; y me inclino a pensar que, si no tiene fe, es preciso que sirva, y, si es libre, que crea».¹⁰⁴

La libertad política debe nutrirse con recursos como la esperanza, que no genera el hombre democrático. La tendencia de éste a la apatía y al conformismo hace imprescindible la religión que opone los deseos de largo alcance a las aspiraciones inmediatas. Como dice Thibaut: «En esto —es sin duda la más novedosa y personal de las intuiciones de Tocqueville— la religión aliada con lo mejor de la política, precisamente con una política moderna que es, como dice Max Weber, «sentido del porvenir», lucha contra la dilución de la temporalidad en la usu-

¹⁰³ DA, pp. 294-295. En el cap. V de la parte 1.^a del tomo I, titulado «Cómo sabe servirse la religión en Estados Unidos de los sentimientos democráticos», abunda Tocqueville en esta forma de argumentar. «No hay casi ninguna acción humana, por particular que se la suponga, que no nazca de una idea general que los hombres han concebido de Dios, de sus relaciones con el género humano, de la naturaleza de su alma y de sus deberes con sus semejantes. Estas ideas no pueden dejar de ser la fuente común de donde emanan todas las demás.» (*Ibid.*, p. 404).

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 405.

ra de las tradiciones, elaboración de persistencias y de perspectivas significativas en medio del fatal discurrir que roba toda consistencia al mundo común. No se trata evidentemente de hacer que el estado proteja la religión, ni siquiera de hacerla popular por comfortable....Se trata de una aproximación propiamente espiritual entre dos maneras que la humanidad tiene de superar la mortalidad, de compensar la usura del tiempo, de convertir al porvenir en algo distinto a una fatalidad. Tocqueville apenas señala qué forma podría tomar esta resonancia y sobre todo por qué canales nuevos podría inspirar la fe religiosa a una política cuya independencia reconocía completamente. Sin embargo, en el capítulo V de la segunda parte del segundo libro de la *DA*, Tocqueville adelanta profundas sugerencias. Demuestra ahora una verdadera audacia al señalar que el camino moderno puede ir de lo político a lo religioso pero no en sentido inverso, y que no es sometiendo a alguna consigna venida de «más arriba», sino siendo lo más profundamente ella misma, mostrando a los hombres en dónde está su dignidad (en afrontar el futuro y la mortalidad), como la política («acción recíproca de los hombres entre sí») puede renovar los sentimientos y las ideas, engrandecer el corazón y el espíritu de los ciudadanos, mostrarles, de nuevo, por su misma realidad, por su eco en ellos, los caminos de la religión».¹⁰⁵

Para Tocqueville, que ejerce como analista social, la utilidad de la religión es independiente de su verdad intrínseca, ya que lo que importa es su capacidad de religar al ser humano. «La sociedad no tiene nada que temer o esperar de la otra vida; lo que le importa no es tanto que los ciudadanos profesen la verdadera religión, sino que profesen una religión».¹⁰⁶ Lo importante es la moral que predicen las religiones y que influyen en los ciudadanos, sobre todo en el alma de la mujer, que decide las costumbres. Regulando la familia ayuda a regular la sociedad y el Estado. Para decidir cómo debe relacionarse la religión con la sociedad y el Estado, hay que definir la naturaleza específica de la religión.

Tocqueville se distancia de forma inteligente tanto de quienes, porque están convencidos de la necesidad de la religión, quieren vincularla con el poder, para fortalecerla, como de quienes quieren prescindir de

¹⁰⁵ P. THIBAUT. «Rousseau-Tocqueville...», *op. cit.*, pp. 330-331.

¹⁰⁶ *DA*, T. I, 2.ª parte, p. 290; «Hay religiones falsas y absurdas. Sin embargo, puede decirse que toda religión que permanece en el círculo que acabo de indicar, sin pretender salir de él, como muchas lo han intentado, para detener el vuelo del espíritu humano, impone un yugo saludable a la inteligencia; y es preciso reconocer que, si no salva a los hombres en el otro mundo, al menos es muy útil para su felicidad y grandeza en éste; lo cual es principalmente cierto en cuanto a los hombres que viven en países libres» (*DA*, T. II, 1.ª parte, p. 405).

su presencia y de su apoyo, porque la consideran fruto de la ignorancia o de la falta de libertad. Querer vincular la religión al poder político equivale, para Tocqueville, a debilitarla, sobre todo en las sociedades democráticas en las que las instituciones políticas son tan cambiantes y frágiles. La separación de la Iglesia y el Estado, al evitar la cooptación con una clase dominante o con un monarca que instrumentalizara al Estado, impidió asimismo que quienes no compartían el poder del Estado dirigieran su hostilidad contra la religión. La no interferencia religiosa en el control de las leyes del Estado posibilitaba un mayor control de la religión en las costumbres y en la razón. Su influencia en la familia era así determinante en la política.¹⁰⁷ Tocqueville se hace eco de la que es una paradoja de la sociedad americana, que, por un lado, separa Iglesia y Estado, diferencia entre religión y política, rompiendo con las tradiciones históricas del judaísmo y del catolicismo, pero, a la vez, desdiferencia religión y sociedad civil, convirtiendo la moral puritana en principio rector del comportamiento social. El ascetismo intramundano se traduce como activismo intramundano. Lo sorprendente es que esta lucha que es de matriz puritana se convierta en canónica tanto para católicos como para judíos.¹⁰⁸ Por eso, se lamenta no sólo del ateísmo militante y antirreligioso de algunos ilustrados, sino, sobre todo, de la progresiva indiferencia religiosa que, fruto de la comodidad y del abandono, va extendiéndose por Europa.¹⁰⁹ Tocqueville es uno de los primeros críticos lúcidos de lo que más tarde se llamará «teoría de la secularización» y, desde la situación americana criticó los planteamientos de los ilustrados erastianos.

Pero, también, en Estados Unidos, había cierta patología a la hora de vivir la religión. Tocqueville, distingue, al respecto, dos situaciones:

¹⁰⁷ «No se puede decir que en los EEUU la religión ejerza una influencia sobre las leyes ni sobre el detalle de las opiniones políticas; pero dirige las costumbres y al regir a la familia trabaja por regir el Estado.» *DA*, T. I, 2.^a parte, cap. IX, 290.

¹⁰⁸ Véase E. A. TIRYAKIAN. «L'exceptionnelle vitalité religieuse aux Etats-Unis: une relecture de Protestant-Catholic-Jew», en *Social Compass*, vol. 38, n. 3. 1991, pp. 215-238.

¹⁰⁹ Refiriéndose a los efectos perversos que en Europa se derivan de la unión ilegítima entre religión y política, dice así: «Los incrédulos de Europa persiguen a los cristianos como a enemigos políticos, más bien que como a adversarios religiosos: odian la fe como la opinión de un partido, mucho más que como una creencia errónea; y rechazan en el sacerdote menos al representante de Dios que al amigo del poder. En Europa, el cristianismo ha permitido que se le uniera íntimamente a los poderes de la tierra. Hoy día, esos poderes caen, y está como sepultado bajo sus restos. Es un cuerpo vivo al que se ha querido atar a cuerpos muertos: cortad los lazos que los retienen, y volverá a levantarse. Ignoro qué habría que hacer para devolver al cristianismo de Europa la energía de la juventud. Dios sólo lo podría; pero por lo menos depende de los hombres dejar a la fe el uso de todas las fuerzas que conserva todavía.» *DA*, T. I, 2.^a parte, p. 298.

la de Estados Unidos, en donde se deja de creer en la religión verdadera, pero se la considera útil y se la confiesa públicamente, pero desarrollando una cierta hipocresía (dado el peso de la opinión, se esconden los verdaderos sentimientos y dudas), por lo que la situación es ambigua; la de Francia, en donde se abjura públicamente de la fe de los padres, provocando en los creyentes el odio a todas las ideas e instituciones modernas. Se da una guerra de opiniones, en la que todos van más allá de los «límites naturales», confundiendo lo religioso y lo político, lo que no es natural.¹¹⁰

La posición de Tocqueville consiste, por tanto, en defender la separación de las Iglesias y del Estado, de lo religioso y de lo político, argumentando que la utilidad política de la religión depende de la vinculación auténtica y puramente religiosa de cada hombre a su religión y no de su instrumentalización política funcional. La religión de los americanos pierde su utilidad en la proporción en que se vinculan a ella en razón de esta utilidad. Pero, esta posición de Tocqueville encubre algunas ambigüedades y contradicciones, que él formula, pero que no resuelve adecuadamente. Su argumentación consiste en decir: «Si sirve mucho al hombre que su religión sea verdadera, no sucede lo mismo en cuanto a la sociedad. La sociedad no tiene nada que temer ni que esperar de la otra vida; y lo que importa más, no es tanto que todos los ciudadanos profesen la verdadera religión, sino que profesen una religión».¹¹¹ No se puede pretender, a la vez, mantener la utilidad de una religión, a la que se le vacía de su verdadera fuerza vinculante, que es la convicción del creyente de que lo que cree es verdadero y, por tanto, religante, ya que en ello le va a uno la salvación eterna, y no una mera convención social que es necesario respetar, como hacían los patricios romanos con las creencias de los plebeyos para asegurarse así su obediencia. Si se impone la hipocresía, lo que de verdad acaba sustituyendo a la religión es una forma de pensar mayoritaria, una opinión pública que utiliza la religión para sofocar despóticamente la libertad de opinión y de creencias.

Creo que, en este sentido, lleva razón P. Manent, cuando afirma que hay un equívoco en el papel de la religión para fundamentar la democracia, ya que si, por un lado, la considera la primera de las instituciones políticas de los americanos, por otro, encuentra en la religión el ejemplo del desorbitante poder social de la democracia sobre el espíritu humano y sobre la libertad intelectual. Si antes hemos hablado de la religión como la brida saludable del caballo, ahora, hay que hablar, tam-

¹¹⁰ *DA*, T. I, 2.ª parte, pp. 290 ss.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 90.

bién, de que el caballo democrático tiene la mordaza en los dientes. En el caso del cristianismo americano, no es el dogma el que es opinión común, sino la opinión común la que es dogma. La separación de las Iglesias y del Estado sería entonces una ilusión, ya que la religión está sometida al régimen democrático. La explicación vendría dada por la historia de la democracia americana. Tocqueville juzga que el destino de la República americana ha estado ampliamente determinado por el carácter de su fundación puritana, ya que el puritanismo significa la confusión de lo religioso y de lo político.¹¹²

En la descripción tocquevilliana, sigue diciendo Manent, la religión se mueve entre dos polos extremos: por un lado, el de la naturaleza, universal, el de la esperanza humana (religión natural); por otro, el de la opinión común, particular de cada sociedad, el de la utilidad social (religión cívica). Estas dos formas de religión no son reconciliables más que si la religión natural es la religión civil de un régimen político particular, la democracia.¹¹³ La hipocresía americana presenta un aspecto diferente a la de los patricios romanos, que se fundaba en la diferencia de intereses y de posición con el pueblo, protegiendo su poder. El americano, al confesar su religión se impide concebir todo y se niega el atreverse a todo. Recula, por miedo o prudencia, ante la idea de su absoluta autodeterminación inscrita en el principio democrático. El ciudadano democrático no es religioso, pero para asumir sin vértigo su libertad ilimitada que le convierte en individuo soberano, debe desdoblarse y reflejarse en la imagen del hombre naturalmente sometido a Dios. La religión de los americanos es el suspiro del ciudadano democrático oprimido por el exceso de libertad. Así, en América, la religión y la democracia se adaptan mutuamente modificándose entre sí: la democracia se queda voluntariamente más acá de la soberanía humana absoluta que postula su principio; la religión, de dogma revelado, tiende a hacerse opinión común, convención protectora del cuerpo social, pensándose como religión natural. Es en este compromiso desigual en el que Tocqueville ve el estado natural del hombre democrático en materia de religión. Es lo contrario de lo que ocurre en la Revolución Francesa, en la que el cristianismo es percibido como contrario a cualquier interpretación democrática de la naturaleza del hombre. La religión es el lugar estratégico por excelencia en Tocqueville. En ella ve la

¹¹² P. MANENT. *op. cit.*, pp. 130 ss.

¹¹³ Los principios de la religión civil americana que forman parte del credo nacional fundamental, como la constitución, el pluralismo, la separación de la Iglesia y del Estado, la igualdad, la libertad, etc., son un sagrado social que trasciende a la sagrada tradición de las diversas tradiciones cristianas. Véase P. THIBAUT. «Rousseau-Tocqueville...», *op. cit.*

posibilidad práctica de moderar eficazmente las pasiones democráticas, y la posibilidad teórica de tener acceso, en el marco de la sociedad democrática, a un afuera, a otro que la democracia, a la pura naturaleza —la del hombre religioso— desprendida de toda convención, y de la convención de la igualdad misma. La religión es lugar estratégico, también, porque es en esta diferencia entre Estado no natural y Estado natural que ve ejemplificada la diferencia entre revolución democrática (Francia) y democracia (USA).¹¹⁴

En cualquier caso, para que la religión pueda mantenerse en las sociedades democráticas y cumplir con su función social de moderar la democracia, Tocqueville hace una afirmación que no deja de tener cierta dosis de ambigüedad, y es la que se refiere a su adaptación a uno de los rasgos que, como ya hemos visto, más problemas genera a la libertad, como es el del amor al bienestar y a la riqueza. «El placer del bienestar es como el carácter distintivo e indeleble de los tiempos democráticos. Es de creer que una religión que tratase de destruir esta pasión sería al fin destruida por ella... El principal fin de las religiones es purificar, reglamentar y restringir el deseo ardiente y demasiado exclusivo del bienestar que sienten los hombres en los siglos de igualdad; pero creo que harían mal en tratar de sujetarlo enteramente y destruirlo. Nunca conseguirán separar a los hombres del amor a la riqueza; pero bien pueden persuadirles a no enriquecerse sino por medios decorosos y honrados. Esto me lleva hacia una última consideración, que, en cierto modo, comprende todas las otras. A medida que los hombres se hacen más semejantes e iguales, conviene que las religiones, desviándose cuidadosamente del movimiento diario de los negocios, no choquen sin necesidad con las ideas generalmente admitidas y los intereses permanentes que imperan en las masas; porque la opinión común aparece siempre como el primero y más irresistible de los poderes, y no hay fuera de éstos tan fuerte apoyo que permita resistir largo tiempo a sus golpes; principio tan aplicable a un pueblo democrático sometido a un déspota como a una república. En los siglos de igualdad los reyes hacen a veces obedecer, pero siempre es la mayoría la que hace creer; a la mayoría es, pues, a quien se ha de tratar de complacer en todo lo que no sea contrario a la fe».¹¹⁵ Y continúa Tocqueville alabando la moderación de los sacerdotes católicos norteamericanos, no sólo, como ya hemos visto, porque se alejan de los negocios políticos, sino también, porque favorecen continuamente la fidelidad de sus fieles al otro mundo juntamente con la búsqueda honrada del bienestar en

¹¹⁴ P. MANENT, *op. cit.* pp. 133 ss.

¹¹⁵ DA, T. II, 1.^a parte, pp. 408-409.

éste.¹¹⁶ No es que sorprenda esta forma razonable de presentar la práctica creyente, sino que deja abierta una puerta que al mismo Tocqueville le obsesiona como es la de la prioridad de las preocupaciones socioeconómicas sobre las políticas y culturales, y que le llevan en los siguientes capítulos de esta misma parte de la *DA* a lamentarse, una vez más, del excesivo pragmatismo y de la escasa cultura humanista de los norteamericanos. Uno no puede menos de preguntarse si su distanciamiento respecto a los doctrinarios en lo que respecta a la defensa del derecho de propiedad y a la búsqueda del bienestar no es más una cuestión de talante personal que una cuestión de principios. Al fin y al cabo, también los doctrinarios utilizan la religión como un elemento más de su talante posibilista.

En Tocqueville, dado que en las sociedades modernas la virtud clásica ha sido desplazada por el interés y sólo es viable como una virtud híbrida, pero, por ello, eficaz, la religión debe tener una naturaleza híbrida que, sin lograr la meta rousseauiana de convertir al individuo en ciudadano, al menos lo modere en sus pasiones y los potencie en sus dinámicas societarias y en el altruismo democrático. Esta actitud ecléctica de Tocqueville frente a la virtud o a la religión refleja, creo yo, el talante con que valora la forma de ilustración que practican los americanos alejada del modelo apriorístico de los filósofos europeos. En un apartado del mismo capítulo IX, referido a cómo contribuyen las luces de los americanos al éxito de las instituciones democráticas, Tocqueville vincula, una vez más, las luces a los hábitos y costumbres, a la praxis política, etc.¹¹⁷.

6. Tocqueville y la cuestión etnoracial en la democracia norteamericana: *conquiro ergo sum*

No parece aventurado afirmar, siguiendo las tesis de L. Janara,¹¹⁸ que la preocupación de Tocqueville por introducir en su obra la cuestión de las razas es una muestra más de su visión crítica del proceso democrático americano y, a la vez, un ejemplo de la actualidad de su análisis sociopolítico para la comprensión de nuestras sociedades crecientemente enfrentados a la cuestión del mestizaje etnocultural.¹¹⁹ Es verdad que

¹¹⁶ *Ibid.*, pp. 408-409.

¹¹⁷ Véase D. J. MALETZ. *Op. cit.*, pp. 11 y ss.

¹¹⁸ JANARA L. «Brothers and Others. Tocqueville and Beaumont. U. S. Genealogy, Democracy, and Racism», en *Political Theory*, vol. 32, n. 6. Dec. 2002. pp. 773-800.

¹¹⁹ VELASCO, D. «Aprendiendo a vivir mestizamente», en *Estudios de Deusto*, vol. 52/2, Julio-dic 2004, pp. 295-213.

no han faltado autores que han alineado a Tocqueville en la nómina de autores racistas de la época. Algunos datos oscuros de carácter biográfico (tuvo como buen amigo a A. Gobineau) o ideológico (en algunos pasajes comparte la mirada de un providencialismo etnocentrista legitimador de «la carga del hombre blanco») vendrían a refrendar esa clasificación de nuestro autor. Sin embargo, un análisis detenido de su obra permite concluir que Tocqueville no sólo pone el dedo en el estigma antidemocrático de la exclusión social por razones de raza, sino que, además, quiere mostrar que la forma que los angloamericanos tienen de relacionarse con los indios nativos y con los negros es la expresión de una autocomprensión de la sociedad democrática, típica de los euroamericanos, que está lastrada por el prejuicio desigualitario y excluyente.¹²⁰ Siguiendo las tesis de Janara, podemos decir que, para Tocqueville, «los euroamericanos, al subordinar a los indios y negros, no crean una democracia política y socialmente igualitaria situada en medio de otra sociedad y cultura racistas, sino que crean, más bien, un estado social estructurado internamente por las relaciones desigualitarias con los no europeos». En segundo lugar, en su obra, están vigentes «tanto una

¹²⁰ F. Mélonio muestra cómo Tocqueville rechazó la desigualdad entre los pueblos o razas defendida por Gobineau y cita algunos textos explícitos al respecto, como éste de una carta a Circourt. «Que cada uno de los diferentes pueblos presente, a lo largo de su historia, rasgos que le son propios, a lo que se llama natural en los individuos, yo creo que es incontestable. Pero que esto natural sea tan invencible que las generaciones que se suceden estén fatalmente encadenadas, por la raza, a ciertos sentimientos, a ciertas ideas, a ciertas leyes, a un cierto estado de civilización, esto es algo que nunca se ha probado y que está desmentido por mil hechos y que no puede ser sostenido más que en interés de todos aquellos que, con sus diferentes finalidades, quieren oprimir o comprimir a la especie humana». (Carta del 7/XII/1853 a Circourt, citada por Mélonio en «Nations et Nationalisme», en *The Tocqueville Review*, *op. cit.* P. 343) Sigue comentando MÉLONIO: «Tocqueville se niega a hacer de la libertad una cuestión de origen, y de la nación como comunidad histórica la fuente del Derecho. La libertad no tiene raza, ni lengua, ni nación». También muestra la aversión de Tocqueville hacia los nacionalismos particularistas que definen la reivindicación de las «nacionalidades» de mediados del XIX y a la que llama «la enfermedad revolucionaria infantil». El es partidario de la nación política y rechaza la construcción de un Estado sobre una base étnica. Lo que importa es vivir en un Estado liberal y no en un Estado que coincida con una nacionalidad. Aunque fue partidario del imperialismo colonial, sobre todo del de países como EE.UU y Francia, por tener ambos vocación universalista (proselitismo revolucionario), también mostró sus dudas y recelos ante el futuro de dicha política. «El genio de Tocqueville está en haber analizado muy pronto, desde 1847, es decir, menos de veinte años tras la conquista de Argelia, y a la vez, la ambición universalista de la empresa colonial y su probable fracaso... Así la aspiración de Tocqueville a la grandeza nacional, sus pruritos imperialistas, y su rechazo de las nacionalidades no pueden ser referidos a la ceguera de un demócrata inconsecuente. La incomodidad de Tocqueville manifiesta la dificultad para preservar la distancia entre el patriotismo cívico, parapeto de la libertad, y un nacionalismo de exclusión.» (*ibid.*, pp. 352, 356).

narrativa crítica de las relaciones fraternales de los euroamericanos con los indios, marcadas por una envidia democrática», como «una narrativa crítica de las relaciones de absoluta diferenciación con los negros, marcada por el deseo de asegurarse un status inalienable». ¹²¹ La razón última de esta autocomprensión democrática y de su plasmación en unas relaciones desigualitarias y excluyentes estaría, según la interpretación de Janara, en la ansiedad con la que el hombre democrático vive el proceso democratizador, igualitarista y abierto a la inestabilidad y a la imprevisión. El individualismo igualitarista es liberticida y anómico y fuente permanente de intranquilidad. Ya nos hemos referido a la importancia del hombre aristocrático como antídoto de las patologías democráticas.

La forma que los colonos angloamericanos tienen de domesticar la ansiedad que les produce el nuevo proceso democrático consiste en recrear un análogo funcional de la aristocracia inglesa, que les garantice el sentido de orden, de predictibilidad y de seguridad que necesitan. Las nuevas relaciones con los no europeos se construirán, pues, desde un imaginario aristocrático que buscará legitimaciones de diferente tipo, siendo especialmente relevantes las que son claramente racializadoras del lazo social. Esta estrategia racializadora de la diferenciación social ha sido una constante en casi todas las sociedades modernas y en la misma construcción de la ciudadanía democrática. ¹²² El interés de la obra de Tocqueville está en que nos muestra con gran lucidez cuál ha sido la estrategia racializadora de las relaciones que los angloamericanos establecen con «los otros», indios y negros, y que desemboca en la liquidación progresiva de los primeros y en la esclavización de los segundos.

En el momento en que Tocqueville viaja a América, se ha desarrollado ya un imaginario según el cual los angloamericanos, en la medida en que rompieron los lazos que les unían a la madre patria, recrearon nuevos lazos con una nueva madre, América, echando raíces en una tierra virgen que la Providencia les tenía preparada. Es verdad que en esta tierra ya habitaban los indios, lo que les convertía en hermanos de la misma madre, pero, como veremos, en hermanos menores no emancipados y, seguramente, incapaces de emanciparse como seres humanos libres e iguales, conforme a la proclama ilustrada y universalista del jusnaturalismo racionalista. Tocqueville parece compartir este imaginario, cuando, desde el comienzo de la *DA* escribe textos de claro talante

¹²¹ JANARA, L. *Op. cit.*, pp. 774 y 776.

¹²² VELASCO, D. «Raíces histórico-ideológicas del extranjero», en *El extranjero en la cultura europea de nuestros días*. (1997). Universidad de Deusto, pp. 345-384.

etnocentrista, en los que parece justificarse no sólo la conquista de la tierra por el criterio lockeano de la apropiación mediante el trabajo, sino el destino providencial de los europeos para ser los amos del nuevo mundo.¹²³ Sin embargo, son numerosísimos los pasajes en los que critica la actitud irracional e injusta como se realiza dicha conquista. Cito solamente un texto que resume bien el juicio de Tocqueville. Compara éste la estrategia norteamericana con la española. Los españoles son mucho más crueles en sus métodos de conquista, pero, una vez pasado el furor del primer momento, permiten y promueven el fenómeno del mestizaje y «el resto de las poblaciones indias escapadas de la carnicería, acaba por mezclarse con sus vencedores y por adoptar su religión y sus costumbres». Y añade: «La conducta de los norteamericanos de los Estados Unidos respecto a los indígenas respira, al contrario, el más puro amor a las formas y a la legalidad. En tanto que los indios permanecen en estado salvaje, los norteamericanos no se mezclan de ningún modo con sus asuntos y los tratan como pueblos independientes; no se permite ocupar sus tierras sin haberlas adquirido debidamente por medio de un contrato; y, si por azar, una nación india no puede vivir ya en su territorio, la toman fraternalmente de la mano, y la conducen ellos mismos a morir fuera del país de sus padres. Los españoles, con ayuda de monstruosidades sin ejemplo, cubriéndose de una vergüenza imborrable, no pudieron lograr exterminar la raza india, ni siquiera impedirle compartir sus derechos; los americanos de los Estados Unidos han alcanzado ese doble resultado con una maravillosa facilidad, tranquilamente, legalmente, filantrópicamente, sin derramar sangre, sin violar uno solo de los grandes principios de la moral a los

¹²³ «Aunque el vasto territorio que se acaba de describir estuviese habitado por numerosas tribus indígenas, se puede decir con justicia que en la época de su descubrimiento no era más que un desierto. Los indios lo ocupaban pero no lo poseían. Por medio de la agricultura es como el hombre se apropia del suelo, y los primeros habitantes de la América del norte vivían del producto de la caza. Sus implacables prejuicios, sus pasiones indómitas, sus vicios y, tal vez, sus más salvajes virtudes los conducían a una destrucción inevitable. La ruina de estos pueblos comenzó el día en que los europeos abordaron a sus orillas, continuó después y en nuestros días acaba de consumarse. La Providencia, al colocarlos entre las riquezas del Nuevo Mundo, parece no haberles concedido sobre ellas más que un corto usufructo. Estaban allí, en cierto modo, como *esperando*. Estas costas, tan bien preparadas para el comercio y la industria, esos ríos tan profundos, el inagotable valle del Misisipi, el continente entero, fueron entonces como la cuna aún vacía de una gran nación. Allí fue donde los hombres debían tratar de construir la sociedad sobre cimientos nuevos, y donde, ensayando por primera vez teorías hasta entonces desconocidas o reputadas inaplicables, se iba a dar al mundo un espectáculo para el cual la historia del pasado no lo había preparado.» (DA, T. I, 1.ª parte, cap. 1, p. 52; ver asimismo T. I, 2.ª parte, cap. IX, p. 280).

ojos del mundo. No se podría destruir mejor a los hombres respetando las leyes de la Humanidad». ¹²⁴

El reiterado uso que hace Tocqueville del concepto de «fraternidad», aplicado a la relación con los indios, pone en evidencia cómo se puede pervertir, a causa de la envidia congénita del individualismo igualitarista y materialista de la democracia, una relación como la que los americanos tejen con los indios hasta minorizarlos y despojarlos de su condición humana. Tocqueville describe con una gran lucidez lo que es el ejercicio de una «mayoría de edad culpable» que, aunque haga un uso retórico de la proclama ilustrada, acaba negándola de la forma más cínica y cruel. En nombre de una civilización mayor se niegan las leyes de la Humanidad. Por eso va a ser crítico con la autocomprensión ideologizada de un pueblo angloamericano nacido virginalmente de una situación edénica, como la del «new beginning», y privilegiado providencialmente con un «destino manifiesto», y recuerda este nacimiento desde la imagen de un fratricidio simbólico. La condición cainita de una primera fraternidad nos recuerda el potencial violento que se esconde en un credo democrático que se recita desde un materialismo depredador como es el nacido del *ego conquirō, ergo sum*.

La relación de los angloamericanos con los negros, a diferencia de lo que ocurre con los indios, le lleva a Tocqueville a plantear de entrada la cuestión de la esclavitud, que, en el siglo XVIII era defendida de forma bastante convencional por antropólogos y naturalistas. Era la condición natural y desigualitaria de las razas la que imponía una relación jerárquica entre ellas. La presencia de los negros en Estados Unidos ha ido de la mano de la esclavitud y no va a ser fácil separar al negro del esclavo. Tocqueville deja claro, desde un primer momento, que la esclavitud es un grave mal cuyas huellas son más profundas de lo

¹²⁴ DA, T. I, 2.ª parte, cap. X., pp. 325-326. En una nota que el propio Tocqueville redacta a propósito de ésta filantropía, y en la que se cita un informe de M. Bell, en nombre del Comité de Asuntos indios (20/II/1830), según el cual, dice Tocqueville, se establece por razones muy lógicas y se prueba muy doctamente que «los indios, en virtud de su antigua posesión, no han adquirido ningún derecho de propiedad ni de soberanía, principio fundamental que no ha sido nunca abandonado, ni expresa ni tácitamente», concluye diciendo: «Al leer este informe, redactado por otra parte por una mano hábil, se sorprende uno de la facilidad y la destreza con las que, desde las primeras palabras, el autor se desembaraça de los argumentos fundados en el derecho natural y en la razón, que llama principios abstractos y teóricos: Mientras más pienso en ello, más veo que la única diferencia que existe entre el hombre civilizado y el que no lo es, respecto a la justicia, es ésta: el uno regatea a la justicia derechos que el otro se complace en violar». (DA. Notas del autor, p. 703.). J. L. Benoît dice que este texto es de los más emblemáticos de Tocqueville, que argumenta desde los valores universales del cristianismo original y de las luces, afirmando la existencia de una sola humanidad, y que le llevan a oponerse a las teorías racistas de su amigo y colaborador Gobineau.

que podemos imaginar. Después de diferenciar la esclavitud en el mundo antiguo y en las sociedades modernas,¹²⁵ va a subrayar, una vez más, la importancia que en éstas tiene el imaginario social para comprender la realidad y, especialmente, para explicar la dificultad de transformar el derecho en prácticas sociales. «Lo que resultaba más difícil entre los antiguos era modificar la ley. Entre los modernos, es cambiar las costumbres y, para nosotros, la dificultad real comienza donde la Antigüedad la veía terminar. Esto viene de que entre los modernos, el hecho inmaterial y fugitivo de la esclavitud se combinó de la manera más funesta con el hecho material y permanente de la diferencia de raza. El recuerdo de la esclavitud deshonró a la raza, y la raza perpetúa el recuerdo de la esclavitud. (...) Así, el negro, con la existencia, transmite a todos sus descendientes el signo exterior de su ignominia. La ley puede destruir la servidumbre; pero sólo Dios puede hacer desaparecer sus huellas. El esclavo moderno no difiere solamente del amo por la libertad, sino todavía por el origen. Podéis volver al negro libre, pero no podrías lograr que no se halle frente al europeo en la posición de un extranjero. No es eso todo aún: a ese hombre que ha nacido en la bajeza, a ese extranjero a quien la servidumbre introdujo entre nosotros, apenas le reconocemos los rasgos generosos de la humanidad. Su rostro nos parece horrendo, su inteligencia nos parece limitada y sus gustos bajos; poco falta para que lo tomemos por un ser intermedio entre el bruto y el hombre. Los modernos, después de haber abolido la esclavitud, tienen, pues, que destruir tres prejuicios mucho más intangibles y más tenaces que ella: el prejuicio del amo, el prejuicio de la raza y, en fin, el prejuicio del blanco. Nos es muy difícil a quienes hemos tenido la dicha de nacer en medio de hombres que la naturaleza había hecho nuestros semejantes y la ley nuestros iguales; nos es muy difícil, digo, comprender qué espacio infranqueable separa al negro de Africa del europeo (...) El prejuicio de raza me parece más fuerte en los Estados que han abolido la esclavitud que en aquéllos donde la esclavitud subsiste aún, y en ninguna parte se muestra más intolerable que en los Estados donde la esclavitud ha sido siempre desconocida».¹²⁶

¹²⁵ «Los males inmediatos producidos por la esclavitud eran más o menos los mismos entre los antiguos que lo son entre los modernos; pero las consecuencias de esos males son diferentes. Entre los antiguos, el esclavo pertenecía a la misma raza que su amo, y a menudo era superior a él en educación y en luces. Sólo los separaba la libertad. Dándose la libertad, se confundían fácilmente. Los antiguos tenían pues un medio muy simple de librarse de la esclavitud y de sus consecuencias; ese medio era la emancipación y, desde que lo emplearon de manera general tuvieron éxito». (DA, T. I, 2.^a parte, cap. X, p. 327.

¹²⁶ A. de TOCQUEVILLE. *La Democracia en América*, I, 2.^a parte, cap. X. (1957), FCE. México, pp. 327 ss.

He querido citar este largo texto, porque resume muy bien la forma en que Tocqueville aborda la cuestión del «otro», del «extranjero», que tienen una enorme actualidad en nuestros días. Los prejuicios que se instalan en el *sensorium commune* de una sociedad son más consistentes que las leyes. Por eso, para Tocqueville, una de las causas que hay que hay que analizar es la tiranía de una opinión pública que hace que el color de la piel se instrumentalice para perpetuar los prejuicios, de tal forma que cuando el color de la piel se diluya se racializará cualquier vestigio imaginado del mismo, o cualquier otro rasgo del individuo humano que pueda servir de análogo funcional para el prejuicio racista. Tocqueville vivió de cerca la experiencia que narra su amigo Beaumont, en una novela que algunos han interpretado como biográfica. María, la protagonista de la novela, y Ludovico, su amante, verán frustrado su proyecto matrimonial en nombre de un prejuicio racial que condenaba a una mujer de apariencia blanca, pero que llevaba dentro el estigma de una gota de sangre negra.¹²⁷ La omnipresencia de unas prácticas racistas¹²⁸, que jerarquizan a la población según el color y que racializan la desigualdad social para mantener las situaciones de dominación y explotación de otros seres humanos es, según Tocqueville, una de las manifestaciones de un imaginario democrático que guiado por el egoísmo y el orgullo pervierte el modelo republicano de vida en común.

La tesis de Janara de que Tocqueville sitúa en la envidia¹²⁹ y en la ansiedad democráticas la etiología de esta autocomprensión racista y desigualitaria no sólo me parece acertada, sino que sigue gozando de una gran vigencia a la hora de explicar el comportamiento racista en nuestras sociedades crecientemente multiculturales. La necesidad de marcar diferencias para mantener situaciones de privilegio está inscrita en la construcción moderna de la ciudadanía y, por tanto, del «extranje-

¹²⁷ BEAUMONT, G. *Marie, or, Slavery in the United States* ((1999). Johns Hopkins Univ. Press. Baltimore. Citado por Janara en *op. cit.*

¹²⁸ «En casi todos los Estados en los que la esclavitud se ha abolido, se le han dado al negro derechos electorales; pero, si se presenta para votar, corre el riesgo de perder la vida: Oprimido, puede quejarse; pero no encuentra sino blancos entre sus jueces. La ley, sin embargo, le abre el banco de los jurados, pero el prejuicio lo rechaza de él. Su hijo es excluido de la escuela donde va a instruirse el descendiente de los europeos. En los teatros, no podría, a precio de oro, comprar el derecho de sentarse al lado de quien fue su amo; en los hospitales, yace aparte: Se permite al negro implorar al mismo Dios, pero no reza en el mismo altar. Tiene sus sacerdotes y sus templos. No se le cierran las puertas de Cielo; pero apenas se detiene la desigualdad al borde del otro mundo: Cuando el negro no existe ya, se echan sus huesos aparte, y la diferencia de condiciones se encuentra hasta en la igualdad de la muerte» (*DA*, T. I, 2.^a parte, cap. X., pp. 328-329).

¹²⁹ Para abundar en la relación entre la envidia y la identidad, véase el perfil psicológico del hombre democrático, según Tocqueville, en A. Kaledin, *op. cit.* pp. 65 ss.

ro». La racialización de las diferencias será más radical en donde la raza no sea criterio legal de discriminación. Tocqueville pone el ejemplo de los Estados Unidos. «En el Sur, donde la esclavitud existe aún, se mantiene con menos cuidado apartados a los negros; ellos comparten algunas veces los trabajos de los blancos y sus placeres; se consiente, en cierto modo, en mezclarse con ellos; la legislación es más dura respecto a ellos y los hábitos son más tolerantes y más bondadosos. En el Sur, el amo no teme elevar hasta él a su esclavo, porque sabe que podrá siempre, si lo quiere, volver a arrojarlo al polvo. En el Norte, el blanco no percibe ya distintamente la barrera que debe separarlo de una raza envilecida, y se aleja del negro con tanto más cuidado, cuanto que teme ver llegar un día en que tenga que confundirse con él... En el Norte, el orgullo llega a hacer callar la pasión más imperiosa del hombre... Así es como en Estados Unidos el prejuicio que rechaza a los negros parece crecer en proporción que los negros cesan de ser esclavos, y que la desigualdad se agrava en las costumbres a medida que se borra en las leyes».¹³⁰

Este orgullo democrático se retroalimenta, según Tocqueville, del orgullo natural del inglés, por lo que se acrecienta de forma indefinida. «El hombre blanco de los Estados Unidos está orgulloso de su raza y orgulloso de sí mismo».¹³¹

Dada la enorme fuerza del prejuicio, Tocqueville es pesimista respecto al futuro del mestizaje, que sería la fórmula más racional desde la perspectiva igualitaria e ilustrada. Por eso, ve con buenos ojos la fórmula de Liberia que evitaría la previsible guerra entre blancos y negros. Pero la experiencia le dice que no va a tener éxito.¹³² El futuro de los Estados Unidos seguirá, pues, marcado por la desigualdad y el racismo.

Desde este análisis y diagnóstico de la diversidad racializada de la sociedad americana, Tocqueville deja ya hasta nuestros días un grave

¹³⁰ *DA, Ibid.*, p. 329.

¹³¹ *Ibid.*, p. 339.

¹³² «Desde el momento que se admite que los blancos y los negros emancipados están colocados sobre el mismo suelo como pueblos extraños uno al otro, se comprenderá sin dificultad que no hay ya sino dos perspectivas en el porvenir: es preciso que los negros y los blancos se confundan enteramente o que se separen. He expresado ya anteriormente cuál era mi convicción sobre el primer medio. No creo que la raza blanca y la raza negra lleguen en ninguna parte a vivir en pie de igualdad... Hay, pues, una bella y grande idea en la fundación de Liberia; pero esta idea, que puede llegar a ser tan fecunda para el antiguo mundo, es estéril para el nuevo. En doce años, la sociedad de colonización de los negros ha transportado al Africa dos mil quinientos negros. En el mismo espacio de tiempo, nacían unos setecientos mil en Estados Unidos». (*DA, Ibid.*, pp. 338, 341).

interrogante sobre el republicanismo de la democracia americana. Si bien es verdad que la democracia americana se ha solido presentar, y el mismo Tocqueville lo hace así en muchos momentos, como un modelo de «sociedad abierta» y carente de graves conflictos radicales, tanto ideológicos como sociales, la realidad que acabamos de analizar nos dice que sólo una amnesia histórica cuidadosamente cultivada puede olvidar este desgarro estructural que ha generado tan profundas desigualdades y la racialización de las mismas, hasta nuestros días. Incluso, centrándonos en la misma configuración de la sociedad blanca Norteamérica, los diferentes brotes de nativismo y las diferentes olas de racismo que han acompañado a los «grandes despertares», dan fe de lo injustificado que está el seguir manteniendo acríticamente el «ideal americano» de democracia. Remito al lector a la reciente obra de S. Huntington, *¿Quiénes somos? Los desafíos de la identidad nacional estadounidense*, o a la «Carta de América» suscrita por un importante número de intelectuales neoconservadores entre los que está el mismo Huntington, para abundar en lo dicho.¹³³

7. A modo de conclusión

El hecho de que la democracia se haya convertido, hoy, en la forma más extendida de organización de las sociedades humanas, pero que, a la vez, tengamos conciencia clara de que, como decía J. Dunn, «sólo un completo imbécil aceptaría, por su valor nominal, ese esperanto moral que es la teoría democrática»¹³⁴, hace que la obra de Tocqueville siga teniendo una gran actualidad. La lucidez de su mirada crítica sigue siéndonos útil para replantearnos de la forma menos inadecuada las grandes cuestiones que siguen siendo nucleares para nuestras sociedades democráticas. En efecto, nuestras sociedades siguen estando amenazadas por los peligros que Tocqueville ya señalara en su tiempo. Es más, la mayoría de ellos se han agudizado y complejificado. El peligro de un individualismo cada vez más pervertido por la lógica del egoísmo y del materialismo economicista, perversores ambos, a su vez, del gusto por la libertad y depravadores de las buenas costumbres; el

¹³³ HUNTINGTON, S. P. *¿Quiénes somos? Los desafíos a la identidad nacional estadounidense*. (2004). Paidós. Barcelona. «Por qué luchamos. Carta de América» (2002). Véase mi comentario a este texto en D. VELASCO. «Las legitimaciones ideológicas del Nuevo Orden Mundial», en *Iglesia Viva*, n. 219. julio-septiembre. 2004, pp. 33-57.

¹³⁴ J. DUNN. *La agonía del pensamiento político occidental* (1983). Cambridge Univ. Press, p. 3.

peligro de la masificación y del despotismo de una opinión pública mayoritaria, que ha ido haciendo prácticamente imposible un ejercicio libre y responsable de creación de opinión pública verdaderamente democrática; el peligro de una hipertrofia burocrático-administrativa a la hora de gestionar los procesos sociales, que confía en arreglar los problemas desde la mera legalidad y se olvida de algo tan fundamental como es el cultivo de los «hábitos del corazón» en la ciudadanía; el peligro de los particularismos centrífugos y facciosos que amenazan a la cohesión social y que impiden la construcción de sociedades organizadas conforme al modelo del republicanismo federal, el único razonablemente diseñado para una descentralización y distribución del poder cabalmente democráticos; el peligro de las tecnocracias y oligarquías siempre dispuestas a tutelar a las sociedades, por considerarlas incapaces de gobernarse a sí mismas, en vez de buscar «aristocratizar» la participación de toda la ciudadanía; el peligro de una concepción premoderna de las relaciones entre política y religión que, con nuevos «despertares» religiosos de carácter fundamentalista o de laicismos secularistas y antirreligiosos, amenazan el pluralismo y la autonomía de los ámbitos diferenciados de lo real, bien sea impidiendo la necesaria separación entre Iglesia y Estado, como imposibilitando la «trascendencia» de la conciencia libre, que es el fundamento insustituible de una sociedad verdaderamente laica, no clerical; el peligro de un modelo de desarrollo que aborrece la igualdad más elemental de las condiciones sociales y que se empeña en no querer mirar a la pobreza como un problema estructural que, conforme al diagnóstico hegeliano, acaba siendo un problema metafísico por excelencia y necesita ser resuelto, aunque sea con ciertos costes para los intereses sacrílegamente trinitarios del «tener, del poder, y del saber». Todos estos peligros y algunos más están diagnosticados por Tocqueville y en su obra encuentran vías de solución.

Para nuestros días, sigue valiendo el certero diagnóstico tocquevilliano, según el cual nuestras democracias siguen estando amenazadas por un doble frente de enemigos. En primer lugar, los enemigos que rechazan la igualdad democrática y se resisten a aceptar como bueno el principio de que todos los seres humanos somos iguales, por lo que se empeñan en construir sociedades desigualitarias y excluyentes. En segundo lugar, quienes por ser amigos inmoderados de la democracia persiguen espejismos de «democracias directas» y confían en solventar las aporías de la democracia liberal representativa por los caminos de lo que últimamente ha venido llamándose «democracia iliberal». La preocupante proliferación de populismos, neobonapartismos y otros modelos de democracias plebiscitarias, exige que mantengamos vivo el

lema que explica el éxito de Tocqueville: para saber amar bien a la democracia hay que hacerlo moderadamente.

Sortear los peligros que amenazan a nuestras sociedades democráticas no podemos hacerlo buscando atajos predemocráticos o antidemocráticos. Estamos obligados a repensar nuestros modelos democráticos, tanto en su dimensión normativa, como en su vertiente procedimental, esforzándonos por seguir conjugando la libertad con la igualdad. Creo que Tocqueville es un buen consejero en este empeño.

DE LITORE DELETO:
DEFENSA DE LOS ESPACIOS LITORALES
FRENTE A LAS AGRESIONES URBANISTICAS

Manuel María Zorrilla Ruiz

Catedrático Emérito de la Universidad de Deusto
Ex-Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

*A la memoria de Antonio Marzal Fuentes,
ejemplo, para todos, de amor a la verdad e inolvidable amigo*

1. Fenómeno irruptor del urbanismo salvaje en los espacios litorales

La injerencia del *hecho marítimo* —que abrió la era de los descubrimientos— en las operaciones comerciales de entonces, explica lo incipiente de una mundialización que inspiraba el *dogma de la libertad de los mares* y esbozaba los principios de un Derecho de Gentes previo a las construcciones del moderno Derecho Internacional Público. Los actuales capítulos de la *mundialización* —concepto indeterminado y expansivo que subyace a situaciones proteicas— incluyen un *hecho marítimo* que no es fruto de la movilidad de los experimentos comerciales, sino de los desplazamientos de las personas y grupos que —cautivados por las atracciones turísticas, los mimetismos de la época y los alicientes del mercado— se acomodan en los espacios litorales invadidos por la concupiscencia del *urbanismo salvaje*.

La perspectiva —obligada en la *era mundializadora*— de un Derecho de Gentes arreglado a ese estado de cosas, descubre las orientaciones que, andando el tiempo, arraigan en el discurso politicolegislativo y, a causa de su madurez, facilitan la concreción jurídica de los supuestos regulares o anómalos del *urbanismo litoral*. Así se aúnan las orientaciones adecuadas al dictado de la recta razón —que se invoca clamorosamente— e incompatibles con las desventuras medioambientales y/o geográficas en que se localizan los bienes deseados y los males de que se abomina.

Dichos juicios constan de prevenciones prudentes que, sin afán exhaustivo, persiguen objetivos certeros. Hay que atender a la condición física y jurídica de los bienes y derechos lastrados por irrupciones varias. Unas, las de quienes, ejercitando su libertad de movimiento y

aprovechando las oportunidades del derecho al ocio, gozan de la habitabilidad de las zonas costeras. Otras, las de los individuos o entidades que —entregados profesionalmente a operaciones de edificación inmobiliaria— controlan el ritmos de esos flujos. Otras, las de los sucesos naturales que, conexos con tales fenómenos, atraen consecuencias que escapan a las más escrupulosas previsiones.

El *dogma de planificación urbanística* descansa en la idea —emanada de una sensata iniciativa, coherente con los afanes de firmeza social y respetuosa con la naturaleza de las cosas— de que la *apuesta racionalizadora* de la geografía litoral cumple dos funciones. Completa, de una parte, la espontaneidad de las acciones enderezadas a la prosperidad del urbanismo que allí se desarrolla. Repara, de otra, en las flaquezas de la condición humana y tiende a corregir los desvaríos de una seudocreatividad desconcertante o esperpéntica.

Los componentes del proceso que así evoluciona, se clasifican en *factores dominables* y *factores de difícil control*. Surgen éstos en los ciclos de urbanización que, desdeñando las funciones sociales de la propiedad privada, abusan del derecho —fundamental tras la europeización comunitaria— a la *libertad de empresa* en el marco de una economía de mercado. Cuando ambos derechos —connaturalmente limitados— no se armonizan tempestivamente y acusan lo inviable de su coexistencia, los poderes públicos han de obrar con la diligencia precisa para liquidar cuantas disfunciones sociales rebajan la igualdad y la libertad materiales de las víctimas de esos desafueros. La *efectividad* y *solvencia* —algo más y distinto de la *eficacia simple*— de la planificación, predicen un orden futuro que, para acondicionar la habitabilidad de las zonas costeras, elimine las disfunciones que aquejan a la buena marcha del mercado, mitigue las ansias de especulación económica y dé curso a los elementos —técnicos y jurídicos— que hacen falta para que, sin desertar de su *vida en dignidad*, la persona humana reafirme los hábitos de su cosmoeminencia.

Los espacios litorales soportan —desde que se encendieron las *señales febriles* de su explotación productiva— las secuelas de una expansión que, revestida de los rasgos del urbanismo salvaje, paraliza las tentativas de controlar los procesos de crecimiento inmobiliario que registran. Esta contrafigura de la estética ofrece caracteres que, unas veces, coinciden con los estímulos que causan el abuso y, otras, derivan de las perversiones a que el abuso da lugar. Las novedades del *derecho al ocio* —cuyo contenido esencial o núcleo invulnerable pende de una definición esmerada— producen reacciones inertes que no se deben a la autonomía de sus titulares, sino a los desafíos —irreflexivos y egoístas— de un mercado que emite sus ofertas sin un ápice de sensibilidad. Otro tanto cabe decir de los móviles que, para conjurar estos riesgos,

inspiran el ejercicio de los derechos concurrentes, cuyas bondades se falsifican o se esfuman. Se llega a sostener —en virtud de quién sabe qué sugerencias latentes o engaños— que la excelencia de la *calidad de vida* ha de ceder, no obstante sus halagos platónicos, en pro de los intereses inferiores que defienden los argumentos del *consumismo a ultranza*. Sin olvidar las ambigüedades de las Administraciones Públicas —situadas entre la *espada* del inventario de los hechos consumados y la *pared* de los deberes de su pleno sometimiento a la ley y al Derecho— y la carga de especulación económica que, para activar los procesos, anima el ejercicio de las correspondientes libertades.

2. Hecho territorial de la protección urbanística de las zonas costeras

El *hecho territorial* —requisito de la existencia del Estado y subyacente a su constancia— significa que la base física o establecimiento indispensable para ejercitar la soberanía estatal, obedece a vicisitudes dependientes del emplazamiento de las zonas en que se localiza. Una de ellas conviene a las *peripecias urbanísticas* que —adheridas al signo de los tiempos— constituyen realidades ligadas al pluralismo de la vida social. El asalto urbanístico —que ha infligido un severo castigo a los espacios litorales— responde, más economicista que ecológicamente, al impacto de un torrencial *flujo turístico*. Hay una relación axiomática de continuidad entre el despliegue de estos movimientos y la celebridad de los reflejos con que, ante su aparición, reaccionan los *agentes del urbanismo salvaje*. La seducción colectiva de los derechos al encanto del ocio, al entretenimiento que enriquece y a la solidaria utilización del medio ambiente, explican el apresuramiento y los afanes, así como también el caos y la lesividad de ese incremento panorámico. Se denuncia el atentado contra un *interés general* que encuentra impensados obstáculos y que, vistas las dimensiones del ataque sufrido, no halla los medios aptos para contenerlo y fijar un mínimo de racionalidad. El modo que este urbanismo tiene de irrumpir en las zonas costeras, no facilita el examen sereno de su productividad social, ni de su vinculación al bien común en que radican los intereses generales. Ha cundido el convencimiento de que, al abordarse la generalidad del fenómeno, la actitud tibia y aún amnésica —lo contrario de comprometida y vigilante— de los poderes públicos neutraliza la entereza de un decisionismo oficial inhibido frente a los intereses —de determinación confusa y costosa— que enervan las aspiraciones sociales, residentes en la opinión pública, de transparencia informativa.

El *espacio litoral* del territorio constituye —supuesto el haz de competencias ejercitadas sobre el mismo y su individualización como objeto de derechos subjetivos y situaciones jurídicas— un bien cuya importancia urbanística lleva a preguntarse por la necesidad de pautas que, sin desmesuras dogmáticas, adquieren la persuasión que se predica, en general, del discurso de las ciencias del espíritu y, en especial, de sus premisas politicolegislativas. Amén del razonamiento, más circunstanciado y modesto, de la técnica jurídica que entra al servicio de su aplicación. Estos principios cautivan el entendimiento, que los asimila porque están en la naturalera de las cosas y en el dato de ser preferibles a fórmulas alternativas que, sin alejarse de lo razonable, le son conceptualmente inferiores. Se comprende la solidez que les asiste y, tras la comprobación de sus bondades, prevalece a causa del acierto que en su elección concurre. Si satisfacen la percepción intelectual, es porque su metodología selectiva y la positividad de sus efectos descartan opciones diferentes. Su calidad antropocéntrica —a la vista de las constantes y variables que en su adopción confluyen— esboza un panorama del que se aleja lo veleidoso y/o aberrante. Los mensajes que entonces se construyen, son proposiciones jurídicas indeterminadas que, a imagen y semejanza de los conceptos así denominados, disuaden de aventurismos, sin pies ni cabeza, o de improvisaciones arbitristas que a nada conducen.

Los elementos intelectualistas se completan con el *realismo de la razonabilidad* y la cordura, concretando los accidentes de las situaciones que animan los principios o sobre las cuales operan sus líneas de fuerza.

Se atiende, en primer término, a la *cantidad* de las acciones registradas en el ámbito de las zonas costeras, pues el interés general —anejo a ellas— depende de su frecuencia, habitualidad y probabilidades de multiplicación. Dato metodológicamente indispensable para que los principios se destilen con integridad y no estimulen la falsificación de sus identidades. Debe también estarse al accidente de la *cualidad*, porque una selección indelicada de los hechos ingiere vicios de heterogeneidad que empañan la validez del discurso. No menos, hay que sopesar la *interrelación* de lo cuantitativo y lo cualitativo en la realidad litoral analizada, porque, si no se *separa la paja del trigo*, la metodología empleada se resiente de algunas inexactitudes. Puesto que se actúa sobre realidades sociales —como las consistentes en las migraciones, internas o transfronterizas, que engendran el fenómeno del urbanismo litoral— y no cabe eludir sus relaciones, hay que apreciar su dinamismo o *fuerza de irrupción* y trasladar a los principios un referente que le justifique. Deben constar los *ingredientes activos* que ayudan a deducir

los principios buscados, acogiéndolos en la medida justa para no adular su naturaleza ni menguar el alcance de la función orientadora y/o normativa que se les otorga. No puede omitirse la *constancia de las servidumbres o limitaciones* que restringen la visibilidad y restan facilidades a la obra de su definición. Estándose a las *circunstancias del tiempo y del lugar*, se acreditan los cambios —relevantes y no indiferentes— que influyen en la formulación de los principios. Es obligado, en fin, determinar —como expresión de la *voluntad de la naturaleza*— la medida en que el fenómeno se debe a comportamientos espontáneos, a incentivos de movilización intencionada o a inertes consecuencias que se suceden en cascada.

La expulsión del urbanismo salvaje de las zonas costeras, no es trabajo sencillo, como lo acredita el que todos —agentes de carácter público, personas y grupos comprometidos en la empresa, y portadores de intereses conexos o difusos— compiten en la tarea de inventariar sus inconvenientes, para que, auxiliados de aquellos principios, los aborden con criterios de inquietud intelectual y actitud sorprendida, pero siempre resuelta a despejarlos, es decir, agotando los *alicientes de la curiosidad* y las *reacciones del asombro*. Lo primero, porque el relieve social de las agresiones urbanísticas en los espacios litorales, aviva sextos sentidos e intuiciones que causan pavor y/o desconcierto. Lo segundo, porque impresionan lo grandioso de la *puesta en escena* de esas adquisiciones y la capacidad que, para despertar optimismos o desilusiones, significa a los retos que les acompañan.

La defensa de los espacios litorales frente al urbanismo salvaje —necesitado de esas contribuciones— se completa con *ejercicios de paciencia* y *minuciosidad*. No puede bajarse la guardia si, pese a la razón que asiste, abundan las victorias que otras fuerzas —incorporadas a las *desaprensivas filas* de los poderes de hecho— consuman impunemente y con daño para la causa del Derecho. Sin omitir la tenacidad indispensable para olvidar de inmediato esas derrotas y continuar en pos de soluciones —jurídicas y técnicas— que acaben venciendo a tan obstinado adversario.

3. Particularidades de la zona marítimo-terrestre

La *zona marítimo-terrestre* se separa de la tierra firme por el trazo —evasivo y polémico— que ha dado en llamarse *ribera del mar*. Los pormenores de su concreción física difieren de los procesos individualizadores de los cuerpos ciertos —en que la nota de movilidad no es esencial— y la exactitud de su concepto rechaza, para definirla, otros

criterios simplificadores. Dicha zona comprende la *franja litoral* del dominio público por naturaleza, que, según el discurso y la nominación intelectualistas, cumple las condiciones —intuitiva e instintivamente admitidas— que de antiguo le adjudican esa calificación. También se extiende —pues ahí reside su singularidad— a superficies y espacios que, ajenos a la determinación conceptual del dominio público, se le asimilan en *circunstancias de excepción* que, con el tiempo, llevan traza de convertirse en duraderas.

De ahí, las sugerencias que invitan a rehabilitar dogmáticamente una figura —la de la zona marítimo-terrestre— cuya fisonomía no hace de su redefinición un lujo estéril y sirve a una insistente demanda social, superando los inconvenientes de las definiciones obsoletas e inaplicables de presente. La especificación de la zona marítimo-terrestre requiere precisar los componentes típicos de su perfil geográfico, pues no es fácil hacer una síntesis de sus elementos y comprender la integridad de su significado.

Un reparo de primera línea consiste en la deformación que ha sufrido la idea de la zona marítimo-terrestre, pues no ha parecido heterodoxo —antes bien, resignadamente admisible— admitir que englobe *superficies de propiedad particular*. Proposición reñida con la indisponibilidad que apareja la extracomercialidad de los bienes de dominio público, con su inmunidad a los efectos del modo de adquirir la propiedad por prescripción, y con su sustracción a las transformaciones —físicas y jurídicas— de la ejecución forzosa.

Las oleadas del urbanismo salvaje —que, al ocupar los espacios litorales, aniquilan sus activos estéticos y liquidan formas de vida ya consolidadas— constituyen focos de agresión que disuelven los rasgos a que se apelaba para estabilizar la naturaleza jurídica de la zona marítimo-terrestre. Una *sucesión de operaciones jurídicas* adjudicó a esos espacios la *nota de alienabilidad*. Comenzó disponiéndose de los derechos subjetivos sobre el suelo y el vuelo que se individualizaban. El régimen de las autorizaciones administrativas canceló los obstáculos que impedían atribuir a los nuevos y bienaventurados poseedores las facultades de uso y disfrute que se les asignaban. Los actos de individualización produjeron efectos sorprendentes, al aflorar *superficies excedentes* que, desglosadas del dominio público, mudaban de naturaleza y devenían bienes patrimoniales. La posibilidad de enajenarlas —tras las modificaciones ocurridas— agotaba un *ciclo de privatización* minuciosamente diseñado. El dominio público se desvanecía con la asignación de parcelas que, sin transmitir la posesión en concepto de dueño, se invadían mediante *concesiones administrativas* que —otorgando el uso especial y privativo de los excedentes— minimizaba las prerrogativas pú-

blicas. Tendencia contenida, en parte, gracias a las servidumbres de vigilancia litoral, paso y salvamento, que —paliando los desgastes y malos ejemplos de las anomalías del dominio público— protegen el uso público de una zona marítimo-terrestre, achicada por la sustracción de los espacios que se arrebatan a su naturaleza.

La osadía de las invasiones litorales por el urbanismo salvaje, frenó la aplicación de los principios que —encarando, con acierto, los problemas del caso— inspiraban disposiciones y actos acordes con la naturaleza de las cosas y las directrices del Derecho objetivo. Las *soluciones planificadoras* asumieron un papel arrollador que, además de erosionar las medidas oficiales de racionalización y canonizar los hechos consumados, despreciaron las exigencias básicas del uso público de la zona marítimo-terrestre. Por si ello fuera poco, los automatismos del mercado de libre competencia abrieron un ciclo enloquecido, dentro del que los terrenos edificables y los espacios más cercanos al mar soportaron una *demanda paroxística* que la antisocialidad de la irrupción elevó a dogma de fe y a presupuesto de sus avideces económicas.

La corrección jurídica de las anomalías advertidas en la zona marítimo-terrestre depende de aplicar, sin concesiones a una equidad que no lo es, los principios idóneos para liquidarlas. Hay que reformular, con precisión terminológica, ciertas proposiciones del ordenamiento jurídico, cuya *lectura frágil* fomenta las costumbres hostiles a la legalidad y santifica reparos insalvables. La tendencia a trivializar —cuando, no en vano,... *en principio era el verbo...*— el peso específico de las palabras o juicios de las normas jurídicas atentas a esos pormenores, favorece —so pretexto de la simplificación de las formas y la celeridad de los efectos— la elusión o, lo que es más grave, la malversación de los mandatos y/o prohibiciones pasados por alto. Circulan, para colmo de males, *interpretaciones económicas del Derecho* —tan precipitadas como codiciosas— que maltratan el tino de las operaciones correctoras.

Otra es la constancia de que el urbanismo salvaje se adueña de superficies litorales cuyo tratamiento resulta incompleto —ante la apresurada consunción de sus iniciativas— y exento de una cosmovisión —que nadie cuida de sugerir y, aún menos, de emprender— sobre los trances de experiencias urbanísticas que, iniciadas o en vías de progreso, son estadísticamente provechosas para las inducciones previas a la obtención de los principios. La tutela de las comunidades asentadas en los espacios litorales explica las restricciones pensadas para reprimir —con *pausada energía* que raya en laxitud— las variantes de la agresión urbanística, en general y, en especial, las *corrientes monoturísticas* con que se interaccionan. Lo cual descansa en postulados inherentes a la cosmoeminencia y dignidad de la persona humana que sufre el daño de esas convulsiones.

Se echan en falta ayudas que decisivamente apoyen el buen fin de las operaciones racionalizadoras. Es llamativo que, pese a la importancia de los temas, se margine con deleite insensato un *principio central* para garantizar la aplicación de los demás que se le asocian. Principio que atañe a una *gestión reflexiva, ininterrumpida y acertada*. Si se prescinde de ella, se desmoronan las expectativas y oportunidades de las instancias llamadas a coordinar eficazmente sus intervenciones. A saber, las que asumen la función defensiva de los espacios litorales, las encargadas de preservar su identidad, las que reordenan la afluencia de las corrientes migratorias, y las que, ejercitando sus libertades económicas, mejoran las condiciones del espacio habitable y aportan componentes de calidad de vida.

Urge deshacer la confusión de la noción de *litoral*, a que se atiene el Derecho objetivo, con la definición del ámbito de dominio público que abarca la *zona marítimo-terrestre*. Bien entendido que la inquietud de la dogmática jurídica y los aleccionamientos judiciales reajustarán, probablemente, esas holguras.

4. Tratamiento medioambiental de la dignidad personal y de la calidad de vida

El *medio ambiente* es un entorno que el ser humano necesita para alcanzar, en la parte que le toca, el *desarrollo pleno de su dignidad*. No se trata de un hallazgo reciente, ni de un motivo más de curiosidad o de atracción, sino de proteger la esencia del ser personal frente a las agresiones urbanísticas que, proliferando en los espacios litorales, lesionan los intereses legítimos de los individuos y grupos arraigados en ellos. Las funciones que ha de cumplir el medio ambiente —afectado por esas invasiones— se alimentan de pautas que, a causa de lo impulsivo del fenómeno, se infringen con frecuencia. La primacía del medio ambiente, en ese punto, exige que, con el peso de un dogma de fe, prevalezca la idea de que *la persona sólo vive cuando se redime como ser existente y duradero*.

La salvaguarda de la *salud básica* —consistente en la ausencia de mal o menoscabo análogo— constituye un valor de que la persona es consciente y cuya privación —en cuanto *pérdida de un bien debido al sujeto*— procede de agresiones que, como los excesos urbanísticos, la deterioran o destruyen. Es axiomática la idea de que la salud elemental —acogida a los cuidados y la calidad del medio ambiente— no admite grados intermedios entre el todo o la nada. O se cuenta con la integridad de la salud básica, sin reducción ni menoscabo, o se está privado, de raíz, del bien en que consiste.

El medio ambiente incluye la garantía de la *reserva de salud* o serie de adquisiciones sicofísicas que, además de resistir los asedios del urbanismo salvaje, combaten la intensidad con que erosiona las fuerzas de la voluntad, aumenta el desaliento y agrava el sentimiento de desilusión. La escasez de reserva de salud está en razón inversa de las compensaciones que el medio ambiente debe ofrecer a la persona.

El concepto polivalente y positivo de salud —que el medio ambiente escuda— se perfecciona gracias a la *autorrealización* o ausencia de tensiones que entorpecen la libertad de decisión con que el entendimiento y la voluntad se aplican al reparto justo de sus energías.

La protección del medio ambiente —que sirve a la naturalidad urbanística de las zonas litorales— comulga con la idea de que la persona posee una *naturaleza biológica* que le es propia, y constituye parte del acervo común de la familia humana. Sí, desgastada por las agresiones venidas de fuera, la naturaleza —de la que cuida el medio ambiente— decae y se empobrece, la persona sucumbe a las contradicciones que la sojuzgan e impiden encajar la adversidad de su derrota.

El medio ambiente bueno para conjurar los peligros del urbanismo salvaje, acoge un *componente previsor* que mide el riesgo de esos atentados en función de su notoriedad, de su frecuencia y de la censura, más áspera que tenue, causada por su temibilidad. Posición que comparten cuantos se acercan al umbral de las situaciones jurídicas que van a afectarles y adoptan la determinación de resistir frente a lo inminente del asedio. La noticia fiable de estas situaciones en las zonas costeras, da un paso adelante y fortifica la voluntad de abordarlas, aunque aún no se cuente con los medios óptimos para hacerles frente. El recrudescimiento de esa información —transformado en conciencia crítica de un estado de cosas alarmante— convence de que, pese a la jactancia de la historia doméstica de sus éxitos, el urbanismo salvaje litoral no es un enemigo invencible. El discurso desemboca en una *decisión moralizada* y dotada de los auxilios técnicos que provocan la beligerancia de un ordenamiento jurídico cuyas normas requieren su inaplazable aplicación. La promoción del medio ambiente no sólo se concibe para incentivar —con la sensibilidad de sus propuestas— el elogio de sus innovaciones y el servicio a la causa de los intereses generales, sino también para que sus contenidos útiles impregnen el curso de la vida individual y colectiva con el enriquecimiento —estético y vital— que se sigue de sus adelantos.

Las acciones de defensa que, desde frentes portadores de intereses muy varios, se oponen a los abusos del urbanismo salvaje en las zonas costeras, valoran lo brutal del arrojo con que esas situaciones se emprenden y consuman. No pueden afrontarlas, si no cuentan con sufi-

cientes dosis de energía y efectividad. De la *sociedad atomizada* y monista, canonizada por el Estado demoliberal, se ha pasado a una *sociedad pluralista* en la cual —para tomar iniciativas vertebradas en cuestiones tan graves— el individuo se incorpora a grupos de vastos compromisos. Los grupos ya existentes realizan sus tareas con la garantía que les depara la experiencia de sus intervenciones históricas. Los grupos de aparición continuada y perceptible se someten disciplinadamente al control estadístico de sus fracasos o sus éxitos. Los grupos más recientes, cuales los defensores del medio ambiente frente a las agresiones del urbanismo salvaje, tropiezan con problemas de constitución sorprendente, diagnóstico difícil y trabajosa solución. Su grandeza y servidumbre son obvias. Lo primero, porque asumen la definición de un complemento que la persona necesita para seguir viviendo en dignidad y perfeccionar su presencia en la *ciudad secular*. Lo segundo, porque enajenan lo mejor de sus ímpetus en pro de una causa que desencadena hostilidades muy poderosas y temibles.

La *solidaridad colectiva* revela la intercomunicación de los grupos en las acciones defensivas de los bienes jurídicos que les incumben. Si la solidaridad colectiva resulta indispensable para servir a esos propósitos, lo es más a la hora de tutelar el medio ambiente, porque, advirtiéndose su ser y su significado, el éxito esperado no es algo extrínseco al concepto que de la misma ha de formarse, sino que pertenece a su contenido esencial. *La persona es ella y la suma de las circunstancias que, en la órbita de su crecimiento, se suceden*. Su dignidad consta de la *cosmoeminencia* —capacidad de dominar las agresiones indebidas o injustas— y las expectativas que auguran una *vida en plenitud*, arreglada a la moralidad y legitimidad de sus afanes. Esta reflexión muestra el énfasis que es obligado poner en la lucha contra las agresiones urbanísticas, previa la invocación de una consigna que, no por difundida y reiterada, deja de causar admiración. A saber, la de que el *principio de irregresividad* —tan interdisciplinar como notorio— se extiende a esas operaciones defensivas, ya que su afán de poner coto a dichos atentados es parte del plan que escenifica un capital aspecto del *progreso en pro de la edificación de una humanidad más humana*. La solidaridad de los grupos sociales brota de la decisión colectiva de proteger un interés sumergido en el ciclo de conservación del medio ambiente y adherido a la aspiración de bienestar que le caracteriza. De ahí, que corresponda a los poderes públicos —deudores de las *obligaciones naturales del esfuerzo de transformación*— ocuparse de sus finalidades y proveer a satisfacerlas sin tardanza.

La conservación del medio ambiente —por las vías que los textos fundamentales apuntan o el decisionismo político insinúa— requiere

que su acondicionamiento en los espacios litorales se produzca bajo el signo de las adquisiciones que el Estado social y democrático de Derecho garantiza con criterios obstatantes a cualquier forma de degradación o de retroceso. Quiere ello decir que —como en tantos dominios ocupados por las ambiciones reformistas del dogma «... *siempre más nunca bastante...*»— los peligros de ese urbanismo incontrolado sólo se neutralizan trayendo a capítulo, sin treguas ni vacilaciones, los remedios brindados por los principios informadores del ordenamiento jurídico, por sus prohibiciones y mandatos, y por las recomendaciones del buen sentido de la opinión pública.

Contra la virulencia del urbanismo salvaje se acude a las ventajas que aportan la mejora y regularización del medio ambiente, rehusando las tentativas reductoras de sus niveles de excelencia y vigilando la radicalidad de los intentos de su depredación. Los medios llevaderos a esos fines han puesto en pie un *derecho colectivo de resistencia*, cuya eficacia —frente a las agresiones temidas o incoadas— es función de la perseverancia con que se ejercite. Las dificultades de la resistencia dependen de lo intensivo de las acciones oficiales que ejecutan las *consignas de carácter transformador y social*. Su protección de los espacios litorales frente a las irrupciones urbanísticas hostiles al imperio del Derecho, comprende las medidas de control o vigilancia diligente —que han de adaptarse a las circunstancias de las personas, el tiempo y el espacio receptor de las peripecias migratorias— del desarrollo del fenómeno urbanístico, impidiendo la iniciación, prosecución o término de los hechos lesivos. Requiere evitar la duración indefinida de cuantas situaciones propician la penetración del urbanismo anárquico y multiplican los efectos de las omisiones que se aprecian. Añade soluciones de apoyo, promoviendo iniciativas a que se suman los poderes públicos, conmovidos por la *mala conciencia* de anteriores incumplimientos o aliados con la creatividad que les impulsa a dispensar ayudas sin las que la *audaz iniciativa* de los particulares poco puede o fracasa. Se trata de encauzar —en pro de la intangibilidad del medio ambiente y del enriquecimiento que aporta— la destreza de los grupos coparticipantes, de suerte que la integración de ambos esfuerzos reconstituya el *verdadero rostro* de un *urbanismo aseado y saludable*, rehabilitando los valores sociales, geográficos y humanos de los espacios litorales.

La *calidad de vida* —erosionada o hecha trizas por la amenaza del urbanismo salvaje en las zonas costeras— equivale a un bien jurídico cuya delicadeza exige articular un sistema de protección acorde con dicha excelencia. Debe mediar una intencionalidad oficial que, a juzgar por lo transparente de las motivaciones enunciadas, disipe la sospecha de refugiarse en la retórica que, demasiadas veces, ha sido su solitaria

compañera de viaje. Revelará una voluntad política —diferenciada de las promesas de ocasión y de las predicciones a la larga— cuya solicitud no dé lugar a duda y pueda controlarse, si la opinión pública —ilustrada y comprometida en las tareas de censura— se siente defraudada. Se precisa de *especies racionalizadoras* que revelan —al precio del éxito de una elección certera— lo espinoso de armonizar los medios y los fines. Esas técnicas inciden de lleno en el acervo de recursos naturales —que son parte del medio ambiente protegido— con intensidad bastante para dejarle a salvo. De ahí, la sensibilidad de los elementos componentes y lo peculiar de su emplazamiento, como parte del medio ambiente, en el seno o en la periferia de los espacios litorales que, a cargo de los poderes públicos, se benefician de las *medidas de control y de apoyo*. El adiestramiento a que obligan, recomienda emplear dosis de atención y cuidado que exceden de las previsiones habituales —atentas al simplismo dominador de los problemas generales— y han de adecuarse, estudiando un estado de cosas cambiante y movedizo, a las irrepetibles circunstancias de tiempo y de lugar de sus vicisitudes.

Tales análisis se caracterizan por una escrupulosa intermediación o proximidad física, por una intervención familiarizada con el hecho urbanístico de las franjas litorales, por sus antecedentes, evolución, estado actual y otros pormenores que, aunque secundarios, son de tener en cuenta. Se señalan por el conocimiento exhaustivo de una realidad que no basta con apreciar superficialmente, porque su red de conexiones es compleja y extensa a la hora de abordar los problemas que engendra. Tiene que actuarse con celeridad y energía, pues la ocupación de las franjas costeras por las irrupciones del urbanismo salvaje se sucede —gracias a las complicidades y artimañas de un *centón de recetas de antijuricidad urbanística*— con rapidez y desmesura que los creadores del Derecho objetivo y sus aplicadores no llegan siempre a tiempo de paralizar.

Parece que, a primera vista, la tutela de los bienes jurídicos de advenimiento más tardío, como la calidad de vida y el medio ambiente, se contiene en las relaciones nacidas de los sectores civil y administrativo del ordenamiento jurídico, pero no llama la atención del legislador penal. Hay acciones inducidas por los particulares y los grupos sociales —que invocan las normas del ordenamiento— o acuerdos estatales de control y de apoyo que, en pro de la supervivencia de esos bienes, movilizan la energía transformadora de los poderes públicos. La idea politicolegislativa general pone a su cargo y al de los agentes sociales significativos, los medios para restaurar el equilibrio alterado y devolver a los bienes dañados el trato que el Derecho les ha conferido. Tiene que haber circunstancias muy cualificadas de peligro social, para que, am-

pliándose el marco defensivo de esos bienes, intervenga el poder punitivo del Estado. Cuando el pluralismo social se expone a las desvertebraciones causadas por la evaporación de los valores de progreso positivo, cae de su peso la necesidad de *llamar a las puertas del Derecho Penal* para vigorizar —justificadamente y no en virtud de un voluntarismo caprichoso— los elementos de protección utilizables.

De ahí, la estima que merece la suerte reservada al medio ambiente y las versiones que su defensa ha registrado en las zonas costeras afligidas por los desafueros urbanísticos. Los aberrantes resultados de que el urbanismo salvaje alardea —atentando contra el núcleo de la vida social, confiscando, por actos de fuerza, sus adquisiciones más caras, despreciando la prevalencia de valores asentados con harto sacrificio, y cosificando la dignidad de la persona— exhuman el *rostro cuasidemoníaco* de un fenómeno ante el que los legisladores penales no pueden continuar impasibles. Sigue en pie —según lo razonado, hasta el momento, con carácter general o específico— la obligatoriedad de adoptar, sin margen para el libre albedrío de la legislación, modelos de injusto penal que, mediante sanciones coherentes con la culpabilidad personal y el tanto de alarma social que se produce, aseguren la protección del medio ambiente.

5. Instalación y arraigo litorales de los movimientos migratorios

El dato demográfico de la instalación —acelerada y masiva— en los espacios litorales precedió a las animaciones del espectáculo invasor del urbanismo salvaje. Las migraciones se debieron a usanzas dependientes de una promoción ideada por los modelos de Política Social que innovaban consignas de bienestar y de prosperidad. Las unas, porque alguno de los regímenes autoritarios de Occidente, en cuyo seno proliferó el fenómeno turístico, desarrolló una Política Social que contaba con dichos movimientos y los aprovechaba para elogiar, usando la propaganda, el *buen balance* del sistema. Migraciones que asimismo nacieron de los beneficios que la Política Social del Estado social y democrático de Derecho introdujo para liquidar situaciones de mala conciencia y saldar las deudas pendientes del Estado demoliberal. No dejó de influir el ambiente de transformación económica que, antes de agotarse las reservas extractivas de los países descolonizados, creaba condiciones propicias a esta variante de progreso social y a la eficacia lucrativa de las migraciones turísticas. Así se enriqueció el contenido esencial o núcleo invulnerable del derecho de propiedad de corte clásico —remozando el conjunto de sus facultades— y se vistieron los *inte-*

reses desnudas que acampaban fuera del ordenamiento jurídico. Se pretendía que, cumpliendo las funciones sociales de la propiedad privada, la nueva estructura de los patrimonios personales acogiese los derechos subjetivos y las situaciones jurídicas propugnadas por demandas sociales exigentes y comprometidas.

Las causas y la fisonomía del flujo migratorio hacia las zonas litorales, provocan reflexiones de fondo que, además de su crédito científico, representan la aportación más estimable para totalizar —analizándola en sentido pluridireccional— la realidad que las absorbe. El *fenómeno de su instalación* —deformado por la ansiedad con que el urbanismo salvaje prodigó sus explosiones anárquicas allí donde medaban las condiciones óptimas para integrar, con algún orden, los intereses concurrentes— obedece a las características que siguen.

Se trata de una *experiencia de progreso*, porque su conmovición muda los estados de cosas que antes eran tales gracias al uso de los mismos bienes o al aprovechamiento más sencillo de las utilidades obtenidas. Se accede a una *experiencia positiva*, pues el *progreso*, sin adjetivar, representa un avance, pero no un concepto sintético que prejuzgue lo ventajoso de sus adquisiciones. El escenario cambia merced a una sustitución que acredita cómo los factores de la transformación redundan en beneficio del enriquecimiento personal y social. La situación a que se adviene, resulta irreversible, al compartir los rasgos de la oferta con que el Estado social y democrático de Derecho corrigió los defectos del Estado de Derecho liberal burgués o convirtió en verdaderas algunas de sus *falsas promesas*. El *principio de irregresividad* prohíbe cualquier demora o retroceso en las adquisiciones obtenidas, algo que, por hipótesis, propende a la expansión de la creatividad y condena los estancamientos estériles. La novedad que se advierte, no cierra el paso a otros procesos paralelos o afines, sino que, con las ilusiones puestas en su perfección, se condice con ellos. Las mutaciones del fenómeno —que reclama cobertura frente a los atropellos del urbanismo salvaje— generan *mejoras de cantidad*, pues aumentan el número de sus beneficiarios, e implican *mejoras de calidad*, porque, a través del consentimiento general, la conciencia común admite que vale la pena no dilapidar las opciones que tiene a su alcance. Su irreversibilidad les atribuye un *poder de crecimiento irresistible*, porque su proyección hacia delante lo impone, sin otra alternativa. Ello justifica la multiplicación de las medidas de control y de apoyo frente a las extralimitaciones denunciadas. Se está ante *situaciones abiertas* e impregnadas de generosidad colectiva, porque su comunicabilidad trasluce una *audacia sensata* que, en vez de entorpecerlos, alienta los avances debidos al advenimiento de las realidades sociales.

Se explican, según ello, el decoro y la respetabilidad de los bienes jurídicos que, con motivo de la presencia y el arraigo turísticos en las zonas litorales, hacen aparición. Fenómeno que, aunque sujeto a cambios de accidente, es fiel a una constante cuyas variables no debilitan su consistencia ni desvanecen su importancia. Las acciones oficiales han de ponerlo a salvo —empleando esfuerzos privilegiados y compromisos no menos tenaces— de las patologías con que el *urbanismo deletéreo* amenaza los valores de su normalidad y el atractivo de su porvenir.

La voracidad económica de la agresión urbanística, que estimulan las convergencias migratorias en los espacios litorales, registra episodios caracterizados por el acatamiento resignado de situaciones sin enmienda y por el uso de fórmulas transaccionales que las curan de sus aberraciones. Estos hechos —que, para sonrojo general, han dado buena cuenta del imperio de un ordenamiento jurídico arrinconado por un alud de acontecimientos imparables— se localizan en *espacios polémicos* que, a causa de la morfología del suelo litoral, comprenden las *zonas densas* o compactas, las *superficies de discontinuidad* y los *espacios húmedos*.

El aliciente de las dos primeras ha excitado la actuación de los *derechos básicos* que conducen a la instalación en las franjas costeras. La *libre circulación de personas* encarna el derecho preferentemente ejercitado, tras las adquisiciones del Estado social y democrático de Derecho, y supone una movilidad inseparable del tránsito de bienes y cuantos objetos análogos enriquecen la esencia del derecho central. La *libertad de elección de residencia* culmina los efectos especiales del arraigo y se sirve de los desplazamientos que la libre circulación autoriza. Intervienen, en fin, el *disfrute ordenado del ocio* y otras formas de esparcimiento que mejoran la calidad de vida.

Hace, además, acto de presencia una dimensión colectiva, cuyos intereses atañen al aprovechamiento de esos fines y a las particularidades de la organización requerida para disciplinar la situación. La clave reside en el diagnóstico de las exigencias de presente y en el pronóstico de las necesidades innominadas que se atisban. De ahí, la recepción de procesos productivos ya en marcha y que, no por su habitualidad y frecuencia, dejan de añadir interrogantes —de dimensión y de estructura— que exigen soluciones de reconversión industrial y readaptación profesional. Hay ciclos de actividades generadas por la economía de los asentamientos litorales o transferidas de sus lugares de origen a otros en que las dificultades de acomodación se acrecientan. Si, hasta entonces, satisfacían los aspectos renovadores de lo tradicional y conocido, hoy miran a los propios de la *curiosidad innovadora*. Conforme a

los dogmas consumistas de la vida económica, la lista de las necesidades preexistentes se enriquece con otras —de factura reciente— que imponen la oferta de bienes y servicios ajustados a la realidad sobrevenida. La economía libre de mercado acoge originales *aventuras productivas* —fruto de la migración concentrada en los espacios litorales— cuyas intuiciones de progreso son, para bien o para mal, tan numerosas como impredecibles.

Lo que, así las cosas, goza de una innegable seducción para actualizar iniciativas precedentes o abordar inéditos proyectos, no se concibe sin la asistencia de unos *hábitos racionalizadores*. No se trata del paso a la modernidad radical, que encandila con lo espectacular de sus retos, ni de transformar las superficies costeras en espacios geográficos irreconocibles, pese a la frecuencia con que las agresiones urbanísticas forjaron sus éxitos en ellas. Prevalece —con voluntariosa honestidad y ardor publicitario— el propósito de conservar la identidad medioambiental y ecológica de los espacios afectados. En la base de estas actitudes, anida una enconada resistencia —que hace valer la causa de un pasado digno de defensa— a aceptar, sin más, el olvido y la pérdida de los *paraísos perdidos*. Aun así, cuesta sobremanera conciliar la rudeza de los afanes lucrativos —anejos a los ataques urbanísticos contra la naturalidad de los espacios litorales— con la *utopía cuasipastoril* de que, al seguir siendo todo igual, las mudanzas acaecidas no disipan su encanto, sino que, gracias a su actualización, lo conservan indemne.

La metodología defensiva de los espacios litorales comprende *soluciones de control* —*protector de sus excelencias*— y *de depuración*, para evitar la perversión física y jurídica de las zonas costeras que, una vez iniciada, excita la agresividad del adversario y reduce la posibilidad de detenerla. No se cuenta con exceso de facilidades a la hora de combatir estos trances de destrucción o deterioro. El tratamiento tutelar pretende que, al precio de su *compromiso categórico*, el acceso a las zonas litorales se libere de impedimentos físicos que —si comúnmente no entrañan irregularidad alguna, como efecto, que son, del ejercicio normal de otros derechos o de la adopción de medidas legítimas— aquí adquieren una consideración especial. Hay que abrir los espacios destinados a igualar una protección que, sin la asistencia de los esfuerzos de transformación, no tiene visos de llegar muy lejos.

Las *zonas territoriales de complementariedad* evitan que la identidad e integridad de los espacios litorales sucumban a la amenaza de las injerencias arquitectónicas o de las infracciones de las normas esenciales de urbanización. Hay que imaginar, hasta el hartazgo, soluciones y arbitrios que cuiden de la cosmovisión del atractivo litoral, de la percepción de los

paisajes, que transmiten placenteras impresiones, y de la templanza de su contemplación. Procede una campaña —inexorable y de vastas dimensiones— contra el ímpetu de los extravíos que envilecen valores estéticos de primera línea y se aprestan a perpetuar su atrocidad. Se vuelve, con evocadora nostalgia, a la *concepción de la belleza* que —frente al voluntarismo de las versiones dictadas por *administradores de ocasión*— la define como la cualidad de las personas y las cosas que, vistas y/o sentidas, *producen reacciones de satisfacción y deleite*.

6. Defensa de las comunidades asentadas en las zonas costeras

Ciertas *comunidades* —enclavadas en los espacios litorales— han alcanzado un nivel de madurez que tampoco escapa a las afrentas del urbanismo salvaje. Sus poblaciones comparten, como toda colectividad que ha superado la sencillez de sus orígenes, la conciencia histórica de sobrevivencia y la conversión de sus necesidades individuales en necesidades colectivas. Convencidos de la consistencia y continuidad de su destino, reflexionan sobre sus consecuencias, ponderan la necesidad de proteger sus intereses y concilian la intervención de las personas con el manejo de los recursos a su alcance.

La comunidad constituye un grupo de individuos que, en el seno de la sociedad pluralista, adivina los estímulos de este modo de vida y asume los riesgos que su prospección insinúa. Las comunidades son titulares de un *derecho colectivo a subsistir*, a beneficiarse del esfuerzo de sus pobladores —protagonistas de un *mal de crecimiento*— y al favor del Derecho objetivo que sana sus insuficiencias. Sus intereses legítimos chocan con los excesos urbanísticos que —intencional o negligentemente— les colocan en trance de extinción. Algunas gozan de la cobertura institucional de los órganos de democracia delegada que se ocupan de aquellos intereses. Otras evolucionan espontáneamente, soportan renovaciones sucesivas y no logran forjar una defensa suficiente para reprimir las agresiones. Su protección no es cabal sin los auxilios —típicos o innominados— que, para asegurar el peso específico de las libertades agobiadas, competen a los poderes públicos. Su apoyo completa las acciones de democracia directa que, sin merma de su valor testimonial, decaen si no se complementan con esa suerte de acompañamientos.

El principio que exalta el robustecimiento de las comunidades —asentadas en la corona litoral, y conminadas o heridas de muerte por las amenazas del urbanismo salvaje— pertenece a una *máxima* de *gran cabotaje* que concibe el *crecimiento accesible* como un hito erigido en

el curso de una sucesión, gradual y edificante, de buenos resultados. Siempre y cuando, además de atender a las dimensiones y equilibrios de los procesos que emergen en la esfera mundializadora, no se resienta la continuidad de otros proyectos, ni se sacrifiquen los bienes presentes y pasados de las comunidades.

7. Salvaguarda de otras variantes de la riqueza litoral

Los peligros que nacen del urbanismo agresivo, afectan a otros aspectos necesitados de tutela. La *riqueza biológica*, sumergida en el mar litoral, obliga —ante lo delicado y vario de sus artes de conservación— a redoblar los modos de protección bastantes para eliminar los peligros que le acechan. Hay que constituir *obligaciones de fines*, cuya ejecución impida el deterioro temido o iniciado, porque se quedan cortas las *obligaciones de medios* que —aunque se frustre la satisfacción de los intereses cuestionados— liberan, en detrimento del acreedor o acreedores, al deudor que acredite —lo que no es excesivamente fatigoso— haber usado de la diligencia que cabe exigirle. Recurrir a obligaciones de esta traza es desdeñar la importancia del derecho amparado y usar del *cinismo jurídico* más espeso para dejar fuera de juego la protección de unos bienes que, so pena de irremediable deterioro, hay que tutelar en forma específica.

Resulta ineludible preservar la *plataforma continental* frente a las agresiones indicadas. Este talud o superficie descendente aloja valiosos yacimientos que requieren un tratamiento adecuado a la escasez y notabilidad de su riqueza. Todo episodio de urbanización en los espacios litorales queda condicionado, en su caso, por la existencia de una plataforma continental que abunda en recursos privativos de su situación y oportunidades productivas. Es natural implantar un régimen de limitaciones para suprimir el más menudo de los riesgos que afectan a una parcela tan valiosa de la riqueza nacional. Además de ocuparse de la conservación actual de estos bienes, las competencias oficiales han de acudir a dos clases de acciones. Las unas aplican *medios de inmunidad óptima* que aseguran el futuro de la plataforma continental. Las otras —de utilización periódica e ineludible— comprueban la *suficiencia de las medidas* puestas en práctica y vigilan la evolución que requiere modernizar esos recintos. No sólo la imposición de sanciones, sino también un clausulado que detalle las hipótesis de responsabilidad por los daños que causan las agresiones urbanísticas, pueden equilibrar el ejercicio de los derechos concurrentes y evitar las disfunciones que, de lo contrario, van a darse.

8. Funciones sociales de la propiedad privada en los espacios litorales

La *propiedad privada* constituye un derecho individual que se disfruta en régimen de colimitación, pues sus titulares se prevalen de las restricciones impuestas a la actuación de otros derechos y, en la medida de cada circunstancia, acatan las moderaciones que exige su supervivencia.

La propiedad privada —al igual que la posesión de las cosas y derechos— realiza las *funciones sociales* que el Estado social y democrático de Derecho puso en vanguardia de las renovaciones ideadas para —ajustando cuentas— saldar deudas pendientes del Estado demoliberal y asignar a los particulares el papel que les correspondía en punto a los *servicios esenciales de la comunidad*. El olvido intencional de sus funciones sociales desautoriza el éxito del derecho de propiedad privada y evidencia su derrota frente a otros derechos, cuya agresividad está en razón inversa de la juricidad que les falta. Se abusa positivamente del derecho de propiedad cuando sus facultades operan en demérito de sus fines, y negativamente si, llegado el tiempo de actuar sus funciones sociales, se omiten voluntariamente las cargas que las constituyen.

Semejante función social gana importancia en los espacios litorales, donde las variantes del derecho de propiedad se han manejado con irresponsabilidad y ligereza. Los propietarios del suelo —integrantes de las comunidades cuya supervivencia se protege— han cedido a las seducciones especulativas que, a cambio de un enriquecimiento inesperado y fácil, destruyen las formas de vida que, como sanas y óptimas, se habían aceptado y adquirido. El fracaso de la función social puede deberse a la avidez —tan inmadura como sorprendida— de los propietarios, prestos a obtener un lucro que atrapa su codicia, o a la cautividad de las formas de atracción que, salvo excepciones, enervan la capacidad de resistir en nombre de valores dignos de conservación. La aceleración de este proceso forma parte de la *actitud frenética* con que los hábitos del urbanismo salvaje prostituyen la vida de los espacios litorales.

El fenómeno de salida y puesta en el mercado de los bienes de esas instalaciones urbanísticas, se acompaña de prácticas publicitarias que —usando de una literatura equívoca y tenaz— anuncian el propósito de respetar las funciones sociales de la propiedad privada, siendo así que se proponen todo lo contrario. Cuando, en contadas ocasiones, las ofertas adquieren un tono mesurado que las hace fiables, se compromete el futuro de las responsabilidades que pueden surgir, si se defraudan las que entonces resultan ser *promesas rotas*.

Las funciones sociales se infringen si las acciones urbanísticas perturban, en los espacios litorales, las normas de apertura y disciplina de la competencia. Cierto que el contenido esencial o núcleo invulnerable del derecho de propiedad privada incluye —a fin de compensar los riesgos de su titularidad y ejercicio— la facultad de graduar determinados usos. Aquí se censura la antisocialidad consistente en restringir o hacer herméticas las parcelas del mercado urbanístico, sin justificación objetiva y razonable de una diferencia de trato que afecta a las demandas de los bienes que los fenómenos urbanísticos ofrecen. El principio de *libertad de contratación* no soporta la irrazonabilidad de condiciones generales que, sin perjuicio de aquella discriminación, atentan contra la autonomía de la voluntad en los negocios jurídicos.

9. Conclusión

Las reflexiones hechas pretenden subrayar cómo la *flexibilidad de un Derecho de principios* sirve al *rigor de un Derecho de preceptos* que, ante la *irrupción del urbanismo salvaje en los espacios litorales*, acusa infracciones sensibles y abundantes, y, lo que es más de lamentar, no siempre ha contado con la contribución —perseverante, incondicional y solidaria— de los agentes sociales obligados a defender los bienes jurídicos agredidos.

Estudios de Deusto



Universidad de
Deusto

• • • • • • • •