

Estudios de Deusto

Vol. 49/2 Julio-Diciembre 2001

Sumario

**¿Retorno a Aquino?
El nuevo derecho natural
y las relaciones entre
moral y naturaleza**
Pablo Figueroa Regueiro

**El sistema general de
financiación autonómica
en la Constitución
española**
Javier Pérez Arraiz

**La legitimación
«jusnaturalista» del
nacionalismo en la Iglesia
vasca**
Demetrio Velasco

**La legislación urgente y
la de presupuestos para
el año 2002. Novedades
introducidas en el ámbito
de las prestaciones
económicas de la
Seguridad Social**
Fernando Manrique López

**Las garantías
independientes en
el derecho español y
su aceptación por
la jurisprudencia**
Javier San Juan Crucelaegui

**Entre seguridad jurídica y
justicia: los conceptos de
contenido variable**
Cristina Wójcik Radkowska

**Reciprocidades de la
Medicina y el Derecho**
Manuel María Zorrilla Ruiz

Universidad de
Deusto



Estudios de Deusto

Estudios de Deusto

Revista de la Universidad de Deusto

Segunda época. Vol. 49/2
Desde su fundación vol. 67
(Fasc. 106)
Julio-Diciembre 2001

Bilbao
Universidad de Deusto
2002

Director:

Ignacio María Beobide

Consejo Asesor:

María Álvarez
Jorge Caramés
Francisco Garmendia
José María Merino
Jaime Oráa
Demetrio Velasco

Administración:

Secretaría Técnica
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	24,04 € (4.000 ptas.)
Otros países	50 \$
Número suelto	13,22 € (2.200 ptas.)

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

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

I.S.S.N.: 0423 - 4847
Depósito legal: BI - 2350-96

Impreso en España/Printed in Spain

Fotocomposición: IPAR, S. Coop. - Bilbao

Impresión: Artes Gráficas Rontegui, S.A.L.

In Memoriam

La Dirección de la revista ESTUDIOS DE DEUSTO recuerda al Dr. José M.^a Lidón Corbi, miembro del Consejo Asesor de esta publicación, que fue asesinado por ETA el 7 de noviembre de 2001. Catedrático de Derecho Penal y Magistrado de la Audiencia Provincial de Vizcaya, era natural de Gerona, donde nació en febrero de 1951. Se licenció en Derecho en la Universidad de Deusto de la que fue profesor en la Facultad de Derecho desde 1972.

El Dr. José M.^a Lidón accedió en 1981, como magistrado sustituto, a la Sección Segunda de la Audiencia de Bilbao, incorporándose más tarde a la carrera judicial por el cuarto turno, como letrado de reconocido prestigio. Desde su incorporación a la judicatura permaneció como magistrado en la Sección Segunda.

ESTUDIOS DE DEUSTO agradece la desinteresada colaboración del que fue profesor universitario y magistrado, se adhiere a cuantos testimonios han resaltado la excelencia de su persona y manifiesta su compromiso de luchar desde la palabra y con la palabra contra el fanatismo y la barbarie que lo asesinaron.

Sumario

Estudios

- Pablo FIGUEROA REGUEIRO, *¿Retorno a Aquino? El nuevo derecho natural y las relaciones entre moral y naturaleza* 13
- Fernando MANRIQUE LÓPEZ, *La legislación urgente y la de presupuestos para el año 2002. Novedades introducidas en el ámbito de las prestaciones económicas de la Seguridad Social* 47
- Javier PÉREZ ARRAIZ, *El sistema general de financiación autonómica en la Constitución española* 71
- Javier SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Las garantías independientes en el derecho español y su aceptación por la jurisprudencia* 107
- Demetrio VELASCO, *La legitimación «jusnaturalista» del nacionalismo en la Iglesia vasca* 157
- Cristina WÓJCIK RADKOWSKA, *Entre seguridad jurídica y justicia: los conceptos de contenido variable* 195

Conferencias

- Manuel María ZORRILLA RUIZ, *Reciprocidades de la Medicina y el Derecho* 209

ESTUDIOS

¿RETORNO A AQUINO? EL NUEVO DERECHO NATURAL Y LAS RELACIONES ENTRE MORAL Y NATURALEZA

Pablo Figueroa Regueiro

Y sin embargo, ¿simplemente cómo puede la empresa de una ética de Derecho Natural ser otra cosa que un esfuerzo por encontrar algún tipo de base para la moral y la ética en la propia naturaleza y, por tanto, en los hechos de la naturaleza?

Henry Veatch

La misma expresión «Derecho Natural» puede llevarnos a suponer que las normas a las que hace referencia cualquier teoría de Derecho Natural están basadas en juicios sobre la naturaleza.

John Finnis

Sumario: 1. Introducción. 2. Las raíces del problema: Santo Tomás de Aquino, el Neotomismo, Hume, Moore y Nielsen. 3. El Nuevo Derecho Natural: Grisez, Finnis y Boyle. 4. Crítica del Nuevo Derecho Natural: Weinreb, Hittinger, Veatch, Mc Inerney. Su defensa por George. «Nuevas» críticas de Lisska. 4.1. Generalidades sobre la crítica. 4.2. «Derecho Natural sin Naturaleza». 4.2.1. El problema. 4.2.2. La cuestión del «Ser» y el «Deber Ser» Veatch. 4.2.3. La Historia de la Filosofía Moral Occidental. 4.3. La evidencia y los bienes básicos. 4.4. La defensa del Nuevo Derecho Natural. George. 4.5. Lisska. 5. Bibliografía.

1. Introducción

El encabezamiento de este artículo puede necesitar alguna explicación. Tiene un interrogante ya que hace referencia a autores que tratan la filosofía de Santo Tomás de un modo muy particular que no es ni solamente un intento de clarificar la filosofía moral de éste, ni tampoco un intento de utilizarla como punto de partida hacia un nuevo modo de pensar original. O, mejor dicho, es ambas cosas a la vez.

¿Por qué este enfoque de alguna manera dual? Porque lo que ha venido en ser llamado «Nueva Teoría del Derecho Natural» —asociada a los trabajos de Germain Grisez, Joseph Boyle y John Finnis, si bien,

como Finnis y Boyle generosamente reconocen, fue Grisez quien llegó primero a ella— o, según las propias palabras de Finnis¹, la «Nueva Teoría Clásica» no sólo pretende ser verdadera sino también tener arraigo en la genuina tradición tomista.² *Genuina* a diferencia de, dicen Finnis y los demás, la presentación neoescolástica de esta teoría. El «Nuevo Derecho Natural» nació³ precisamente como oposición a la presentación neoescolástica de Santo Tomás. Y es que, en efecto, una de las principales características (y problemas) del neoescolasticismo (neotomismos⁴) en el siglo xx ha sido la doble tarea de la investigación histórica de la doctrina de Santo Tomás en su contexto medieval y la reformulación de aquella doctrina en relación a los problemas contemporáneos. Por tanto, la extraña manera en que se ha desarrollado la cuestión que nos ocupa, en la que hay muchos autores que hablan más sobre si Santo Tomás (especialmente la *Summa Theologiae*, II, Q. 94, A.2, como veremos) apoya o no a una u otra aseveración que sobre la veracidad de la misma, tiene su causa última en el neoescolasticismo.

Permítanme resumir brevemente la discusión como estaba en 1996⁵: Grisez y sus seguidores afirman que la teoría del Derecho Natural originalmente expuesta por Santo Tomás fue distorsionada por teólogos morales posteriores. Grisez atribuye a los autores neoescolásticos la tesis de que la teoría tomista afirma que el conocimiento de los preceptos de la Ley Natural es deducido de alguna manera de ciertas características metafísicas del mundo. O, en palabras de Robert P. George⁶, «Grisez atacó la interpretación neoescolástica de Santo Tomás de Aquino que sostenía que las normas morales son derivadas de un co-

¹ En su introducción a la colección de ensayos bajo el título de *Natural Law*, de la cual es el editor [ver bibliografía].

² Y como veremos, para muchos fracasa en ambos terrenos.

³ Con *The First Principle of Practical Reason: a Commentary on the Summa Theologiae*, I-II, Q. 94, A.2, de Germain Grisez en 1965.

⁴ Utilizo las palabras «neoescolasticismo» y «neotomismo» indiferentemente, aun cuando su significado no es exactamente el mismo, siendo el neotomismo una parte (la más importante) del neoescolasticismo. Una explicación clara de todo ello la podemos encontrar en FERRATER MORA, J. *Diccionario de Filosofía*, nueva edición actualizada bajo la dirección de Josep-María Terricabras, Fd. Ariel, Barcelona (España), 1994.

⁵ En un principio, la última fuente que encontré databa de 1992, año de la publicación de las colecciones de ensayos editadas por ROBERT P. GEORGE bajo el título de *Natural Law: Contemporary Essays*, cuya revisión realizada por DAVID SALOMON en *First Things* 33 (mayo del 93) sigo aquí con pocos cambios. El libro de Lisska es de 1996 [ver bibliografía para referencias completas], pero, como veremos más adelante, no aporta nada nuevo a la discusión que no podamos encontrar ya en Veatch, o, al menos, eso es lo que yo pienso.

⁶ *The Oxford Companion to Philosophy*, pág. 238, artículo sobre Germain Grisez [ver bibliografía para referencia completa].

nocimiento metodológicamente anterior de la naturaleza humana.» Grisez argumentó que esta distorsión fue fatal para el Derecho Natural, porque lo dejó vulnerable a objeciones posteriores, planteadas clásicamente por Hume quien había destacado que en esta transición de la metafísica al Derecho se producía una brecha motivada por un vacío lógico entre el hecho y el valor —o entre lo descriptivo y lo normativo o, en la más famosa formulación de la teoría, entre el «**ser**» y el «**deber ser**». Si la teoría del Derecho Natural es lo que los revisionistas dicen que es, entonces Huele y sus seguidores (entre los que destaca G.E. Moore con la «**falacia naturalista**» de su libro *Principia Ethica* —1903—) estarían en lo cierto: contiene en su núcleo una simple falacia lógica⁷.

Grisez adujo, sin embargo, que los revisionistas estaban equivocados. Para él Tomás de Aquino en realidad mantenía la idea de que los primeros principios de la ley natural⁸, lejos de derivarse de las características metafísicas del mundo, son en cambio evidentes en sí mismos. Si son evidentes, entonces los planteamientos de Hume son irrelevantes y el iusnaturalismo puede eludir lo que muchos consideran la objeción moderna más seria al mismo.

Esta perspectiva, de todos modos, no ha vencido todos los obstáculos. Los tomistas más tradicionales⁹ han puesto en duda esta nueva visión que dirán no es ni realmente tomista ni en absoluto una teoría de Derecho Natural. Argumentan que Finnis ha recuperado el problema del salto ilegítimo del hecho al valor justo cuando la mayoría de los filósofos, incluyendo a muchos que no son iusnaturalistas, lo estaba abandonando. La principal crítica al Nuevo Derecho Natural se dirige hacia su solución a la cuestión del «ser» y el «deber ser». Se sugiere que su postura sobre la relación entre moralidad y naturaleza le descalifica como teoría de Derecho Natural.¹⁰ En la expresiva for-

⁷ El seguidor de Hume, Karl Nielsen, utilizó este argumento contra Aquino en *An Examination of the Thomistic Theory of Natural Moral Law*, *Natural Law Forum*, 4, pp. 44-71 (1959) [ver también en la colección de ensayos de Finnsi].

⁸ O los **primeros principios de la razón práctica**, ya que la distinción entre la razón teórica y la razón práctica es vital para la Nueva Teoría de la Ley Natural.

⁹ Es interesante tener en cuenta que esta discusión no es la tradicional en la filosofía de la ley entre el iusnaturalismo y el positivismo sino entre los propios iusnaturalistas. Porque, como afirma Mac Cormick [*Natural Law Reconsidered* —1981—, p. 99, en la colección de ensayos de Finnis *Natural Law*] «hay al menos tantas maneras de ser un abogado natural como las hay de serlo positivista y está por ver cuál es defendible, si es que alguna lo es. No hay, por consiguiente, un único problema «positivismo v. ley natural».

¹⁰ GEORGE, ROBERT P. *Natural Law and Human Nature* en *Natural Law Theory: Contemporary Essays* editado por el propio George (1992), George no está en contra del

mulación de Weinreb, es una «teoría de Derecho Natural sin naturaleza».¹¹ Este tipo de argumentación ha sido seguido por Russel Hittinger, Henry Veatch y Ralph Mc Inerny.¹² El debate resultante se ha complicado bastante, de tal manera que ambas partes «peinan» la Summa en busca de alguna pistola humeante con la que despachar a sus contrincantes.

El profesor George, quien desde hace mucho tiempo defiende la visión de Finnis, argumenta que, mientras que la posición de éste último supone que «nuestro conocimiento de los bienes humanos básicos y las normas morales no tiene por qué, y lógicamente no puede, deducirse, inferirse o (de cualquier manera que un lógico pudiera reconocer) derivarse de hechos sobre la naturaleza humana», no significa esto necesariamente que estos bienes y normas no estén fundamentados en la naturaleza humana en un sentido más general.

Finalmente, Lisska desarrollará el punto de vista de Veatch en contraposición a Finnis y George, enfatizando de nuevo la excesiva separación existente entre moral y naturaleza en las obras de estos, pero a la vez proporcionando una solución alternativa a la falacia naturalista, solución que en esencia es bastante similar a una idea ya insinuada con anterioridad por Veatch: ¿No podría ser que el propio «Es» de la naturaleza humana tenga un «Debe» en su interior?

A lo largo de este artículo, me centraré en la cuestión del «ser» y el «deber ser», su importancia en relación a la aparición de la Nueva Teoría Clásica, y cómo la solución dada por la citada teoría a dicha cuestión también sería igualmente considerada inadecuada por algunos autores. Siempre que me sea posible, trataré de citar las propias palabras de los diferentes autores, ya que esta discusión depende de diferencias muy sutiles que no me gustaría oscurecer con mi impreciso vocabulario de alguien que no es un profesional de la filosofía del derecho.

Nuevo Derecho Natural, pero da una buena descripción de las teorías que lo atacan para luego defenderlo.

¹¹ WEINREB, LLOYD. *Natural Law and Justice*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. (USA), 1987, pp. 108-115.

¹² HITTINGER, RUSSEL *A critique of the New Natural Law Theory*, University of Notre Dame Press, Notre Dame Ind. (USA), 1987; VEATCH, HENRY *Natural Law and the «Is» and «Ought» question*, Catholic Lawyer, 26 (1981); y MC INERNY, RALPH *Ethica Thomistica*, The Catholic University of America Press, Washington, DC (USA), 1982 [Mc Inerny utiliza en el capítulo de este libro en que critica el Nuevo Derecho Natural el texto de un artículo que había escrito en 1980: *The Principles of Natural Law*, incluido en la colección de ensayos de Finnis] [Encontré el texto completo de *Ethica Thomistica* en internet: www.nd.edu/~mcinern/et_0.htm].

2. Las raíces del problema: Santo Tomás de Aquino, el Neotomismo, Hume, Moore y Nielsen

Como acabamos de ver, la interpretación que uno de Santo Tomás de Aquino es, hasta cierto punto, un modo de decantar la controversia hacia uno u otro bando. Me parece muy difícil proporcionar una interpretación «neutral» de Aquino sin utilizar sus propias palabras. Por esta razón recomiendo al lector que lea por sí mismo el pertinente artículo de la *Summa Theologiae* (ver bibliografía) y se haga su propia opinión. En consecuencia, no comentaré nada más sobre Aquino ahora, porque eso sería solucionar la discusión (o al menos «concluirla») antes incluso de haberla introducido.

Es importante de todos modos tener presente que Santo Tomás era un teólogo y que cada vez que trata la filosofía en general o la filosofía del derecho en concreto, sólo lo hace en tanto que ésta sea útil a su concepción teológica. El artículo que sirve de base a la discusión que aquí tratamos forma parte por tanto de un libro de teología, la *Summa Theologiae*, y Dios es así vital para su concepto del Derecho Natural. Todo ello lo podemos ver en I-II, Q. 91, A.2: «(...) entre todas las demás, la criatura racional está sometida a la divina providencia de una manera más excelente, ya que se hace partícipe de la providencia, (...). Participa, pues, de la razón eterna; ésta le inclina naturalmente a la acción debida y al fin, y semejante participación de la ley eterna en la criatura racional se llama ley natural.»¹³

Santo Tomás tuvo que hacer frente a diversas dificultades durante las disputas teológicas de su tiempo (sobre todo debidas a su extensivo uso de doctrinas aristotélicas que habían sido reintroducidas en la Europa Occidental a través de los árabes de España, y además la suya fue una época de confrontación entre el Papado y el Imperio, tiempos aquellos en que muchas disputas filosóficas y teológicas se convertían rápidamente en políticas). Con todo, fue canonizado en 1323 y oficialmente declarado doctor de la Iglesia en 1567, teniendo sus trabajos una especial relevancia en el Concilio de Trento. Pero, a medida que la filosofía evolucionaba, se le fue prestando una mayor atención a los nue-

¹³ Esta <<definición, sin embargo, no parece ser de gran ayuda a la hora de determinar la postura de Santo Tomás en relación al problema del «ser» y el «deber ser» o, repitiendo el claro resumen del problema realizado por George [ver nota a pie de página número 5], si «las normas morales se derivan de un conocimiento de la naturaleza humana metodológicamente previo» o no. Pero una de las virtudes de Finnis y Grisez es que éstos no fundamentan su teoría en cualquier teología aceptada a priori, sino que por el contrario intentan basar la teología en su teoría.

vos pensadores, en detrimento de Santo Tomás (incluso en universidades católicas, pero no así desde luego, en su propia orden). Esto cambiada a lo largo del siglo xx sobre todo con la encíclica *Aeterni patris* del Papa León XIII (1879). En ésta se destacaba la importancia de una doctrina bien fundamentada para poder afrontar los problemas actuales y reclamaba asimismo una restauración de la filosofía cristiana de los Padres y Doctores medievales enriquecida donde fuera necesario con los avances fiables de la investigación moderna. León pedía ante todo una recuperación del saber de Santo Tomás, a quien aclamaba como «el baluarte especial y gloria de la fe católica».¹⁴

Los tomistas del siglo xx se centraron en dos tareas fundamentales, como ya he dicho: una investigación histórica de la doctrina de Santo Tomás en su contexto medieval y una reformulación de aquella doctrina en relación a los problemas contemporáneos. Es precisamente la filosofía neotomista o neoescolástica de autores tales como el bien conocido Jacques Maritain¹⁵ a la que Grisez se opondría al afirmar¹⁶ que su interpretación de Tomás les sitúa en una posición de indefensión frente al ataque del problema del «ser» y el «deber ser». Es por ello hora de hablar brevemente de este tema.

En 1903, Moore publicó su libro *Principia Ethica*. En él, acusaba al naturalismo de haber caído en la «falacia naturalista», acusación que puede ser interpretada de muy diversas maneras. La primera de ellas es el argumento de la «cuestión abierta», que no es el realmente importante para el tema que nos ocupa aquí. Brevemente podemos decir que afirma que lo «bueno» no puede ser identificado con cualquier otra

¹⁴ Aquí resumo la historia del tomismo porque de alguna manera me parece bastante sorprendente encontrar a Santo Tomás en el centro de una discusión en el siglo xx y en consecuencia pretendo mostrar como es esto posible. Se pueden encontrar buenos artículos sobre el neotomismo en el Diccionario de la *Filosofía* [op. cit.] de FERRATER MORA, en *The Oxford Companion to Philosophy* [op. cit.] y en la *Enciclopedia Britannica* (autores varios bajo la dirección de Peter B. Norton) Chicago, 1993. El texto de *Aeterni patris* se puede encontrar en internet (www.nd.edu/Departments/Maritain/text/aeterni.htm), como también la reciente encíclica de Juan Pablo II *Fides et Ratio*, que reafirma la importancia de Santo Tomás como modelo para conjugar razón y fe (www.vatican.va/oly_father-john_paul_ii/encyclicals/ht_ip_ii_enc_1_510111_998_fides_et_ratio_en.shtml).

¹⁵ Cuya teoría del «conocimiento a través de la inclinación», [en el libro *Man and the State*, HOLLIS y CARTER, Londres, 1954, citado por John Finnis en su introducción a *Natural Law* op. cit.] es criticada por sus seguidores Davitt y Broderick.

¹⁶ *The Firts Principie of practical reason...* [op. cit.]. Más exactamente, está de acuerdo con los argumentos expuestos por Nielsen contra la presentación neoescolástica de la Ley Natural de Santo Tomás, pero dirá que Nielsen y los neoescolásticos han malinterpretado todos ellos a Tomás de Aquino.

cualidad, ya que entonces nos podríamos preguntar en el futuro (sin que por ello haya falacia alguna en nuestra pregunta) si esta cualidad es buena.

La otra versión de la «falacia naturalista» es el problema planteado por Hume del «ser» y el «deber ser»: las conclusiones que contengan un «deber ser» requieren un «deber ser» en, al menos, una de sus premisas. Expresado de una manera menos formal: la filosofía moral ha de justificar cómo, si ello es posible, podemos legítimamente pasar de una descripción del estado real de las cosas a la posibilidad de expresar una preocupación urgente de que éstas deban ser variadas o respetadas como son.¹⁷ Podemos leer en el *Treatise on Human Nature*, III, 1, 1, de Hume —dos siglos anterior a Moore—:¹⁸

«En todos los sistemas morales que conozco (...), después de hacer observaciones acerca de la conducta humana, me encontré con la sorpresa de que, en lugar de la cópula normal en las proposiciones *es* y *no es*, sólo veo proposiciones con un *debe* o *no debe*. Sorpresa porque la relación “debe” es de un tipo nuevo y es inconcebible que esta relación se deduzca de otras completamente distintas.»

Moore utilizaría este argumento de Hume contra J. Stuart Mill quien, en su libro *The Utilitarianism*, había escrito:

«La única prueba que uno puede dar de que un objeto es visible es que la gente lo pueda ver realmente (...). Por ello, la única evidencia que demuestra que algo es deseable es que, en efecto, lo desee realmente» [y a modo de ejemplo muestra de esta manera que la felicidad es deseable, llegando así a la conclusión de que la felicidad es un bien y por ello un valor moral].

Moore destacaría el engañoso paralelismo visible-visto y deseable-deseado. «Visible» significa «que puede ser visto», pero «deseable» no significa en el texto de Mill «que puede ser deseado», sino «que merece la pena, que debería ser deseado».¹⁹

Karl Nielsen utiliza el problema del «ser» y el «deber ser» en oposición a lo que él consideraba era el punto de vista de Aquino con res-

¹⁷ K.W. HEPBURN, *The Oxford Companion to Philosophy* [op. cit.].

¹⁸ Tomé esta cita del libro de César Tejedor Campomanes *Introducción a la filosofía* [ver bibliografía], del que igualmente extraje la siguiente de Stuart Mill.

¹⁹ De este modo, Moore llegó a afirmar que lo bueno es indefinible: «lo bueno es bueno y fin de la cuestión». No puede ser dividido analíticamente en propiedades y cualidades. Lo bueno se conoce por intuición, como el amarillo, siendo ambas nociones «simples» (no hay modo posible de explicarle a alguien lo que es el amarillo si no lo conoce de antemano).

pecto a la ley natural²⁰, pero que, según Grisez, era tan sólo la versión de Santo Tomás ofrecida por Jacques Maritain y F.C. Copleston. Nielsen afirmaba que, incluso si se pudiera aceptar la metafísica o la cosmología de Aquino (en particular la cuestión de si la naturaleza goza de intencionalidad, que para él claramente no es así), su teoría de la ley natural seguiría siendo acusada con justicia de confundir *lo que debería ser y lo que es*:

«Es quizás natural que alguien responda a mis argumentaciones (...): “¿no estás realmente pidiendo cambios debido a lo que G.E. Moore llamaba la ‘falacia naturalista’? ¿No estás realmente mostrando que los juicios son juicios y que las descripciones son descripciones y que, en tanto que el discurso humano tenga la función que tiene, no podemos reducir los uno a las otras?» Y la respuesta a esto es “Sí”.»²¹

3. El Nuevo Derecho Natural: Grisez, Finnis y Boyle

El comentario de Germain Grisez sobre la *Summa Theologiae*, Q. 94, A.2²² señala el comienzo del Nuevo Derecho Natural. En principio este comentario no expone la propia ética de Grisez y el mismo Grisez, Finnis y Boyle escribieron sobre ello en *Practical Principles, Moral Truth and Ultimate Ends* (1987²³): «(...) en cuanto que este artículo va más allá de la exégesis y comienza articulando una teoría independiente, su tratamiento ha sido sustituido por trabajos recientes, (...)».²⁴ Sustituido o no, este artículo sería la base de la teoría, dado que en él podemos encontrar la exposición de la solución que el Nuevo Derecho Natural da al problema del «Ser» y el «Deber Ser»:

«Aquino lo sabía y su teoría de la ley natural lo da por sentado. *El bien debe ser perseguido y el mal evitado*, junto con los otros principios **evidentes** del Derecho Natural, no son derivados de ningún juicio que enuncie hechos. Son principios. No son derivados de

²⁰ NIELSEN, KARL. *An Examination on the Thomistic Theory of Natural Moral Law*, *Natural Law Forum*, 4, pp. 44-71 (1959) [también en la colección de ensayos de Finnis].

²¹ *Ibid.*, p. 69.

²² GRISEZ, GERMAIN (1965). *The First Principle of Practical Reason: A Commentary on the Summa Theologiae*, 1-2, Q. 94, A.2., *Natural Law Forum*, 10 pp. 168-201. [de nuevo en la colección de ensayos de Finnis].

²³ Como ya es habitual, se puede encontrar en la colección de ensayos de Finnis.

²⁴ *Ibid.*, p. 148.

ningún juicio en general. No proceden de principios previos. Son inderivables.»²⁵

Por ello, las críticas de Nielsen son correctas «contra la posición que está atacando»,²⁶ pero no contra el *verdadero* Aquino. Veamos un poco más en detalle el *verdadero* Aquino de Grisez, ya que, de hecho, muchas de los postulados del Nuevo Derecho Natural en esta materia están ya avanzados en la versión que de Santo Tomás podemos encontrar en el ensayo de Grisez:²⁷

Hay una razón práctica distinta de la razón teórica («la razón práctica es la mente que trabaja como principio de acción, no simplemente como receptor de la realidad objetiva; es una mente que planea lo que puede ser, no registrando meramente lo que ya es, *ibid.*, p. 175)²⁸. Hay una analogía entre los primeros principios de la razón práctica y los primeros principios de la razón teórica, al ser ambos evidentes en sí mismos e inderivados. Los dos tipos de razón tienen un primer principio, pero no uno del cual se deriven los otros luego (siendo como son también éstos evidentes²⁹), sino uno que regula el funcionamiento de la razón. Este es el principio de la no-contradicción para la razón teó-

²⁵ *Ibid.*, p. 195.

²⁶ *Ibid.*, p. 196.

²⁷ Expondré aquí (y más adelante cuando nos centremos no sólo en este primer Grisez, sino también en Finnis y Boyle) la parte de la teoría que considero importante para entender cuál es el papel de estos principios evidentes en los que se dice haber encontrado una respuesta adecuada al problema del «ser» y el «deber ser».

²⁸ Grisez expone de manera expresa la necesidad de esta distinción, que para mí está, como comentaré más adelante, en la base del debate: «ser práctico es natural a la razón humana. La razón desempeña su propio trabajo tanto cuando prescribe como cuando afirma o niega. Los preceptos básicos de la ley natural no son menos parte del equipamiento originario de la mente que los principios evidentes del conocimiento teórico. El *deber ser* rige su propio ámbito por medio de su propia autoridad, una autoridad tan legítima como la de cualquier *ser*.» (Grisez, *op. cit.*, p. 195).

²⁹ *Ibid.*, pp. 196-201. Como los críticos de la teoría se oponen a este concepto de evidente (para muchos no tan evidente y que, en cualquier caso, se asemeja en gran medida al conocimiento del bien de Moore a través de la intuición o el conocimiento por inclinación de Maritain, estribando la diferencia según Finnis en que se trata de un conocimiento de la razón, una intelección siempre a partir de datos), habría que especificar que Grisez entiende la denición de «evidente en sí mismo» (pertenencia del predicado a la inteligibilidad del sujeto) a la luz de su clarificación del concepto de «inteligibilidad» (*ibid.*, p. 174): «Una inteligibilidad es todo aquello que debería ser incluido en el significado de una palabra que es usada correctamente, si las cosas a las que se refiere en tal uso fueran enteramente conocidas de todas las maneras relevantes al aspecto entonces indicado por la palabra en cuestión.» Esto es por lo que para él los principios evidentes en sí mismos son diferentes de las tautologías extraídas de un mero análisis conceptual.

rica, que reclama «definición»³⁰, y el principio «el bien debe ser perseguido y el mal evitado», que reclama dirección hacia un fin inteligible:^{31, 32}.

«Al establecer este primer principio la razón práctica desempeña su tarea más básica, ya que simplemente determina que sea lo que sea sobre lo que ésta piensa, aquéllo deberá establecerse al menos orientado hacia algo.»³³

De esta manera llegamos al límite de la contribución del primer artículo de Grisez al Nuevo Derecho Natural. Esta concepción del primer principio de la razón práctica no dice nada acerca de lo que es moralmente correcto o incorrecto, ya que este principio se basa en la inteligibilidad del bien y no en el uso del significado más amplio que hacemos de esta palabra.³⁴ El primer principio de la razón práctica es la fuente de toda acción racional, independientemente de si es buena o mala:

«A lo largo de la historia, el hombre se ha visto tentado a suponer que toda mala acción se encuentra totalmente fuera del ámbito del control racional, que no tiene ningún principio en la razón práctica.»³⁵

Sin embargo es posible que haya acciones racionales y que no por ello dejen de ser malas. Necesitamos, por tanto, algunos valores morales para poder elegir entre opciones igualmente racionales (esto es, dirigidas a un fin inteligible). Posteriores desarrollos de la teoría³⁶ nos proporcionan un «primer principio de moralidad», que regula esta decisión y al que de hecho apunta Grisez cuando dice:

«El primer principio [de la razón práctica] (...) es el principio de toda acción humana, pero las malas acciones satisfacen los requisitos del primer principio de una manera menos perfecta que las buenas.»³⁷

³⁰ *Ibid.*, p. 175.

³¹ Prohíbe la indefinición, dirán Finnis, Grisez y Boyle en 1987.

³² Y se preferirá esta fórmula a la más tradicional «haz el bien y evita el mal», estribando la diferencia entre ambas en la omisión de la *persecución* en la segunda y su inclusión en la primera, ya que la concepción del fin, o la causalidad final, es muy importante para la concepción de Aquino de la ley natural (*ibid.*, pp. 181-86).

³³ *Ibid.*, p. 179.

³⁴ Para la concepción de Grisez de lo que es «inteligibilidad», ver nota a pie de página número 29.

³⁵ *Ibid.*, p. 189.

³⁶ Partiendo de Aquino, de quien ellos dirán que fracasó a la hora de distinguir entre las etapas premorales y morales de la ley natural.

³⁷ *Ibid.*, p. 189.

Finalmente, sorprendentemente podemos encontrar la réplica que George hará posteriormente a las críticas del Nuevo Derecho Natural recogida de manera expresa en este artículo:

«Con todo, sería un error suponer que este conocimiento práctico, al ser previo a su objeto, es independiente de la experiencia.»³⁸

La Nueva Teoría de la Ley Natural, como reivindicará George, no está desvinculada de la naturaleza.

Pero, a pesar de las innovaciones de Grisez, fue sólo con *Natural Law and Natural rights* (Clarendon Press, Oxford, 1980) de John Finnis que el Nuevo Derecho Natural pasó a ser ampliamente discutida en los círculos éticos. No comentaré en profundidad este libro, ya que hay un artículo posterior escrito por Grisez, el propio Grisez y Joseph Boyle, que está más actualizado en sus tesis. Pero es interesante el ser consciente de que la sección 4, del capítulo se titula «La inferencia ilícita de los hechos a las normas», y que allí podemos encontrar lo que para muchos podría bien ser la máxima del Nuevo Derecho Natural:

«Simplemente no es cierto que cualquier forma de teoría de Derecho Natural suponga la creencia de que las proposiciones acerca de los deberes y obligaciones del hombre se puedan inferir de proposiciones sobre su naturaleza.»³⁹

Además, Finnis interpreta a Santo Tomás de la misma forma como Grisez había hecho con anterioridad,⁴⁰ así que igualmente conectará su teoría con aquel *genuino* Santo Tomás.

Debido a las respuestas críticas que estimuló el libro de Finnis, éste y Grisez, con la ayuda de Joseph Boyle, reformularían algunas partes de su teoría, en lo que es, al menos por lo que yo se, la versión definitiva de su punto de vista. Fue en un artículo bastante largo publicado en 1987: *Practical Principles, Moral Truth and Ultimate Ends*.⁴¹

Parte de la teoría expuesta en aquel artículo, por ejemplo su exposición de la razón práctica y su primer principio, no es más que lo que ya hemos presentado como la interpretación de Santo Tomás por parte de Grisez, completada como sigue:

Los fines hacia los que los primeros principios de la razón práctica se dirigen son los bienes básicos («razones para actuar que no necesi-

³⁸ *Ibid.*, p. 199.

³⁹ *Ibid.*, p. 33.

⁴⁰ *Ibid.*, pp. 34-35.

⁴¹ *American Journal of Jurisprudence*, 32, pp. 99-151 [también puede encontrarse en la colección de ensayos de Finnis].

tan otra razón, (...) una de los cuales subyace a cualquier propósito⁴², que son aspectos de la realización plena de las personas»⁴³ y no necesariamente del que realiza la acción.⁴⁴

Estos bienes básicos, de los que Finnis distingue 7 categorías⁴⁵ son evidentes en sí mismos, pero⁴⁶ «no son intuiciones sin datos», ya que «las intuiciones cuyo contenido son los principios evidentes del conocimiento práctico, tienen por datos las inclinaciones naturales de uno.» Además,⁴⁷ «la evidencia de los principios del conocimiento práctico no excluye el que puedan ser racionalmente defendidos», en tanto que no sean inferidos. Esta defensa racional viene lógicamente después del «conocimiento no-teórico de los primeros principios prácticos», dado que el «conocimiento de estos principios prácticos como prácticos de ninguna manera depende de estos argumentos teóricos».⁴⁸

Al ser evidentes e nderivados, son⁴⁹ «inconmensurables entre sí»⁵⁰, en tanto que «no pueden ser reducidos a algo previo por lo cual podrían ser medidos». Y, al ser inconmensurables, «los bienes básicos de las diversas categorías reciben el nombre de “bueno” en unos sentidos irreduciblemente diferentes⁵¹, y de ninguno de los bienes básicos se puede decir justificadamente que sea mejor que otro».⁵²

⁴² *Ibid.*, p. 103.

⁴³ Este es, para muchos, uno de los principales atractivos de la Nueva Teoría de la Ley Natural, ya que le da especial énfasis al lado «positivo» de la ley natural (es decir, la realización de las potencialidades humanas a través de ella) y no el «negativo» (órdenes). En cualquier caso solamente esto debería evitar ya el que se califique a la teoría de «deontológica» [Weinreb, *op. cit.*], ya que lleva a la teoría más cerca de la concepción eudaimonista aristotélica que de Kant.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 114.

⁴⁵ *Ibid.*, pp. 107-108. Las categorías de bienes básicos varían en cada formulación de la teoría. No me centraré en ellas, ya que no son en principio importantes para el subsiguiente debate sobre las relaciones entre naturaleza y moral. Ejemplos de bienes básicos son el conocimiento, la salud, experiencia estética, el juego...

⁴⁶ *Ibid.*, pp.108-119.

⁴⁷ *Ibid.*, pp. 111-113.

⁴⁸ El principal uso que da Finnis a los argumentos dialécticos en relación a los bienes básicos es el probar que negarlos tiene consecuencias inaceptables (especialmente a través de la autorrefutación, con el ejemplo clásico de la negación del conocimiento como algo válido en sí mismo), pero en el artículo acerca del cual estamos hablando también son empleados con el fin de vencer los intentos de añadir o restar candidatos de la lista de bienes básicos y mostrar que dicha lista está en concordancia con los datos proporcionados por los estudios antropológicos y psicológicos.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 110.

⁵⁰ Esto en contra de cualquier teoría utilitarista o consecuencialista tal como la de Jeremy Bentham.

⁵¹ Una de las mayores virtudes de la teoría de Finnis, según reconoce Weinreb (*op. cit.* p. 111), es que «nos ayuda a entender la variedad del bien humano.»

⁵² *Ibid.*, p. 137.

Con ello, «no hay jerarquía⁵³ entre los bienes básicos», ya que «ninguno de éstos es tan absolutamente prioritario como para que prevalezca en cada elección moralmente correcta.»⁵⁴ De este modo, es necesario otro criterio, en el lugar de su inexistente jerarquía, a la hora de decidir entre dos bienes básicos que entran en conflicto. La conformidad con el primer principio de la razón práctica (que busca, como ya hemos visto, la dirección de la acción hacia un bien básico) no convierte en sí una acción en moralmente buena o mala, ya que⁵⁵ «incluso las acciones moralmente malas tienen su *fin*».

«De todos modos⁵⁶, los actos moralmente incorrectos no responden a este primer principio de un modo tan perfecto como lo hacen los actos moralmente correctos». Para aclarar esto,⁵⁷ explican cómo se producen las elecciones inmorales. A veces, una acción es dirigida por los sentimientos y no por los bienes básicos. Esta acción es irracional, pero «en sí misma no es ni moralmente buena ni mala.»⁵⁸ Pero otras veces⁵⁹, «los sentimientos pueden perjudicar a la orientación racional de una acción sin determinarla». Esto ocurre cuando dirigen opciones que sobre-enfatizan uno o varios bienes básicos e ignoran los otros, arruinando entonces la completa realización de una persona. Son por ello actos inmorales. Para Grisez, Finnis y Boyle «está claro que ser moralmente bueno significa ser *completamente* razonable». Así, «la razón *correcta* no es otra cosa que la razón *sin trabas*, que funciona durante la deliberación y recibe total atención.»⁶⁰ Así es cómo los actos morales erróneos (que ignoran y arruinan algunos bienes básicos) no responden al primer principio de la razón práctica (que insta a perseguir los bienes básicos) de una manera tan perfecta como lo hacen los actos morales correctos.

Podemos encontrar en este ensayo reflejada de manera expresa la emergencia del deber moral, acorde con la teoría expuesta anteriormente:

«Cuando el conocimiento práctico se enfrenta a la tendencia del sentimiento a restringirlo moviendo a una posibilidad cuya elección le trabaría, el ha-de-ser del conocimiento práctico se convierte en debe

⁵³ Pero «ninguna jerarquía», dirá Finnis, no significa «ningún orden».

⁵⁴ *Ibid.*, p. 139.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 121.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 121.

⁵⁷ Que fue, como hemos visto, el límite del ensayo de Grisez de 1965.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 124.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 125.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 121.

ser. El carácter directivo del conocimiento práctico se convierte en normativo, porque el ha-de-ser puede no llegar a ser y sin embargo racionalmente todavía he-de-ser.»

Por ello, el primer principio de la moralidad es:

«En tanto que esté en tu poder, no dejes que nada excepto los principios correspondientes a los bienes básicos determine tu pensamiento práctico, cuando tú encuentras, desarrollas y utilizas tus oportunidades con el fin de perseguir el desarrollo humano a través de las acciones elegidas por ti.»⁶¹

O formulado de otra manera:

«Al actuar voluntariamente para lograr los bienes humanos y al evitar lo que se opone a ellos, uno debería elegir y si no desear aquellas y sólo aquellas posibilidades cuya voluntad es compatible con una voluntad de realización integral del hombre.»⁶²

Entre este primer principio de moralidad y las normas morales específicas hay principios morales intermedios, los llamados *modos de responsabilidad*, que «especifican de diversas maneras cómo se debe ordenar una acción si ha de ajustarse al primer principio de la moralidad»⁶³. A partir de estos *modos de responsabilidad* se pueden deducir unas pautas morales específicas.

Finnis, Grisez y Boyle explican la imposibilidad de derivar un *deber ser* moral de un ser teórico, como si fuera una consecuencia y no una causa de su teoría.⁶⁴ Más interesante es el último párrafo de esta sección en el que aparece recogido expresamente, como ya aparecía en los primeros escritos de Grisez y como luego expondrá en más detalle George, cuál sería la respuesta a aquéllos que critican el Nuevo Derecho Natural por separar en demasía la moral de la naturaleza:

«Con todo, esto (...) no significa que la moralidad esté separada en sus raíces de la naturaleza humana. Porque el carácter normativo del deber ser moral no es otra cosa que la directiva del ha-de-ser del conocimiento práctico. Y cualquier teoría adecuada de las personas humanas incluirá entre sus proposiciones verdaderas: cualquiera que lleve a cabo acciones dirigidas racionalmente conoce naturalmente los primeros principios del conocimiento básico y naturalmente desea (por simple volición) los bienes hacia los que se dirige. *En este sentido, el ha-de-ser*

⁶¹ *Ibid.*, p. 121.

⁶² *Ibid.*, p. 128.

⁶³ *Ibid.*, p. 128.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 127: «THE RELATIONSHIP BETWEEN *OUGHT* AND *IS*».

de los primeros principios del conocimiento práctico es en sí mismo una parte de la naturaleza humana.»⁶⁵

Con ello, no sólo no es cierto que sea necesario conocer primero el *ser* si alguien quiere conocer algo del *deber ser*; en el Nuevo Derecho Natural esto funciona al revés: el conocimiento del *deber ser* es previo y necesario para poder conocer el *ser* (naturaleza humana); la naturaleza humana puede ser conocida tan sólo si se conocen sus posibilidades de plena realización.

4. Crítica del Nuevo Derecho Natural: Weinreb, Hittinger, Veatch, Mc Inerny. Su defensa por George. «Nuevas» críticas de Lisska

4.1. Generalidades sobre la crítica

El Nuevo Derecho Natural parece haber resucitado la nunca del todo muerta tradición iusnaturalista. En particular, la teoría clásica aristotélico-tomista parecía superada por los desarrollos de la filosofía moderna y había una cierta tendencia a considerar que se mantenía viva artificialmente tan sólo a través de los esfuerzos de la iglesia. Por ello incluso sus detractores reconocen los méritos de Finnis y Grisez. Porque no han sido detectores lo que han faltado contra este renacimiento del Derecho Natural, y no sólo iuspositivistas sino también iusnaturalistas a la antigua usanza⁶⁶, quienes consideraron que lo que ellos defendían como ley natural había sido traicionado por esta nueva teoría, que incorporaba muchos de los avances de la filosofía moderna.

He expuesto la parte de la teoría que, partiendo de una nueva interpretación del primer principio de la razón práctica de Santo Tomás, da cuenta de la emergencia del *deber ser* moral y distingue así de los estratos propiamente morales de la elección correcta uno premoral (que sólo busca la dirección de la acción hacia un bien básico y que era común a las acciones moralmente buenas y malas), estrato premoral cuyos primeros principios eran evidentes en sí mismos y no conocidos a través de cualquier conocimiento metodológicamente previo de la naturaleza, con lo que se evita caer en la «falacia naturalista».

Pero el pormenorizar los comentarios que esa parte de la teoría solamente ha traído consigo alargaría demasiado este artículo, ya de por

⁶⁵ *Ibid.*, p. 127.

⁶⁶ Que no significa necesariamente «incorrecto».

sí extenso. Por ello, me limitaré a las dos principales corrientes críticas: el problema de la separación del Derecho Natural de la Naturaleza y la evidencia de los bienes básicos hacia los que nos dirigimos a través de los primeros principios del razonamiento práctico. Me centraré en éstos dos temas, ya que considero que son problemas que se derivan directamente de la solución que la teoría da al problema del «ser» y el «deber ser». Por consiguiente, permaneceré en principio en la fase premoral de la teoría y dejaré a un lado tanto los problemas de la transición de los estratos premorales a los morales de la teoría⁶⁷ como las críticas a la ausencia de una jerarquía de los bienes básicos⁶⁸.

No trataré aquí la discusión sobre si el Nuevo Derecho Natural es o no fiel a Santo Tomás de Aquino⁶⁹. Exigiría ello un estudio de carácter filológico, partiendo precisamente desde la traducción de la Summa del latín (¿«El bien debe ser perseguido y el mal evitado» o «Se debe hacer el bien y evitar el mal»?) y no creo tampoco que sea tan importante como los puntos «sustantivos» surgidos a raíz de la discusión. Como Finnis afirma:

«Estos autores [esto es, él mismo y Grisez] no reconocen haber malinterpretado a Aquino o que la interpretación neoescolástica sea más fiel a él sino que no creen que la verdad de cualquier teoría (incluyendo la suya propia) haya de ser juzgada en base a su correspondencia con el punto de vista de cualquier filósofo o teólogo anterior.»⁷⁰

La Escolástica y su frecuente recurso a la autoridad nos ha mostrado que no es de ninguna manera una observación tan obvia como pudiera parecer a primera vista.

⁶⁷ Weinreb (*op. cit.*) se centra en gran medida en los *principios de la razonabilidad práctica*, que fue el nombre original de los *modos de responsabilidad*. Podemos encontrar a Hittinger y respuestas a sus cuestiones en este ámbito en R.P. GEORGE (1988), *Recent Criticism of Nature Law Theory*, así como en la colección de ensayos sobre la ley natural de John Finnis. El carácter premoral del primer principio de la razón práctica será criticado por Hittinger (*op. cit.*) [cuyo punto de vista con relación a esta cuestión será atacado por George en el ensayo al que me acabo de referir] y por Mc Inerny, por John Finnis y Germain Grisez —en la colección de ensayos de Finnis—].

⁶⁸ Hittinger, *op. cit.* y Mc Inerny, *op. cit.* [posibles refutaciones a los problemas surgidos se pueden encontrar en los ensayos de George, Finnis y Grisez citados en la última nota a pie de página].

⁶⁹ Esto no ha sido sostenido por Weinreb (*op. cit.*), Hittinger (*op. cit.*), McInerny (*op. cit.*), Veatch (*op. cit.*) y Lisska (*op. cit.*).

⁷⁰ En la introducción al primer volumen de la colección de ensayos de la cual él es el editor, p. xx.

4.2 «Derecho Natural sin Naturaleza»

4.2.1. El problema

Pero comencemos con las críticas al Nuevo Derecho Natural que anuncié iba a tratar en este escrito: Estas están muy relacionadas una con las otra. La primera de las mismas tiene que ver con la separación de la naturaleza de una teoría que dice ser de «Derecho Natural». ¿Cómo puede una teoría moral, dicen, afirmar que las normas morales no tienen su base en la naturaleza y aun así dicha teoría pretender ser de Derecho Natural? ¿Es cierto que no podemos inferir las normas morales a partir de la naturaleza?⁷¹ Este tipo de cuestiones han sido argumentadas, con formulaciones distintas, por autores como Lloyd L. Weinreb, Russel Hittinger, Henry Veatch y Ralph Mc Inerny⁷²:

—Weinreb dice del Nuevo Derecho Natural que es una teoría de la «Derecho Natural sin Naturaleza». Del fracaso de este tipo de teorías (fracaso del cual él se preguntará por las causas como veremos después), saca en conclusión que el mayor logro de su libro es que:

«restablece la comprensión original del Derecho Natural como una teoría acerca de la naturaleza de ser, de la condición humana en particular.»⁷³

—Veatch acusaba a Grisez y Finnis de abrir un «muro de separación» entre «la razón práctica y la razón teórica»⁷⁴, entre natura-

⁷¹ Es importante tener en cuenta que el debate no sólo es por motivo de la terminología, esto es, de determinar si una teoría tiene el derecho de ser llamada teoría de Derecho Natural (lo que para muchos parece ser una virtud de por sí para una teoría moral), sino que también (sobre todo) se discute qué tipo de relación existe entre la naturaleza y las normas morales, y entre el conocimiento de ambas.

⁷² Ver bibliografía para referencias completas de sus ensayos/libros. Para MC INERNY, baso mi exposición en su ensayo *The Principles of Natural Law*, y no en la *Ethica Thomistica* que, en todo caso, utiliza el mismo texto que el ensayo.

⁷³ *Op. cit.*, p. 7.

⁷⁴ Veatch es el único que duda si se puede hacer una distinción clara entre la razón práctica de Finnis y la razón teórica. Lisska discutirá en *op. cit.*, p. 156 cómo realizar tal distinción, pero no la distinción misma, y no encontramos argumento alguno acerca de esto en los otros muchos autores que critican la separación de la naturaleza del Nuevo Derecho Natural. Me parece esto extraño, ya que para mí esta distinción debería ser la base del debate, ya que una vez que aceptamos tales diferencias la teoría de Finnis y Grisez ha avanzado mucho para derrotar a sus adversarios. Quizás, aunque no se puede negar que el *conocimiento* práctico (moral) tiene muchos aspectos diferentes del conocimiento teórico en

leza y moral, entre «ser» y «deber ser»⁷⁵, entre ética y metafísica.

—Russel Hittinger⁷⁶ afirma que

«El problema [de la teoría de Grisez-Finnis] está en su fracaso a la hora de interrelacionar de manera sistemática la razón práctica con una filosofía de la naturaleza (...) la reivindicación por parte de Grisez-Finnis del Derecho Natural (...) obviamente exige un compromiso con el derecho como, de alguna manera, “natural”, y la naturaleza como, de alguna manera, normativa (...)»

Además:

«(...) lo que mina su credibilidad es que uno podría pretender tener una teoría coherente de racionalidad práctica, incluso negando saber (en un sentido más fuerte del término *saber*) qué puede ser humano, si los seres humanos tienen fines y cómo el marco general de la naturaleza orienta o desorienta las acciones humanas. La credibilidad estaría más dañada por alguien que insistiera en que esto último es innecesario (...).»⁷⁷

—Mc Inerny acusa a Finnis y Grisez de mantener una «visión de la razón práctica que considera el conocimiento del mundo irrelevante a la misma».⁷⁸

4.2.2. El Problema del «Ser» y el «Deber Ser». Veatch

Reseñando que esta «separación» de la naturaleza parte del intento por parte de la teoría de evitar caer en la cuestión del «ser» y del «deber ser», estos autores criticarán el énfasis que el Nuevo Derecho Natural da a esta cuestión:

—Mc Inerny la considera «pasado de moda» y un síntoma de «sobremeticulosidad» y dice, a modo de ejemplo, que no ve nada ilícito en el paso de una oración tal como

lo que se refiere a lo que *conocemos* a través de ellos, no es debido a que la *razón* sea diferente en cada caso (no sea la misma pero funcione de manera diferente o cualquier rodeo que diese un tomista aquí). Naturalmente esto no es un punto de vista muy tomista ni aristotélico y no me siento muy seguro al hablar en contra de dichos pensadores.

⁷⁵ *Op. cit.*, p. 311.

⁷⁶ *Op. cit.*, p. 8

⁷⁷ *Ibid.*, pp. 192-193. En la pág. 193 afirma también que recurrir a una filosofía de la naturaleza es igualmente necesario para poder determinar la noción de bien de la cual fluyen «jerarquías relevantes y el ordinario de los bienes o virtudes.»

⁷⁸ *Op. cit.*, p. 11.

Los cereales son buenos para ti

A:

Deberías comer cereales.⁷⁹

—Lejos de este debate, R.W. Hepburn,⁸⁰ asegura que «una valoración satisfactoria debe partir de la idea de que ser y deber ser se solapan». Una visión similar es la de Mc Inerny en *The Principles of Natural Law*⁸¹, en donde podemos leer:

«La dicotomía implicada, que una vez que se pensó era clara y definida, ha llegado a considerarse que ocupaba el lugar de un número de contrastes que no se pueden reducir a una unidad absoluta».

—En Veatch podemos ver también esta idea de Hepburn y Mc Inerny en una fase más avanzada de su desarrollo⁸²: la naturaleza humana no es estática como un triángulo. Por su naturaleza, un ser humano es responsable de ser o no lo que podría ser (aunque hay otros factores que pueden tener alguna influencia en esto), por tanto:

«Por qué entonces no está claro que un “deber ser” ha sido directamente introducido en nuestro esquema del hombre y de la naturaleza humana? Tampoco podrán en esta ocasión decir los filósofos analíticos —o Finnis o Grisez— que la introducción ha de ser realizada a través de un tipo de proceso ilícito desde el “ser” al “deber ser”. Por el contrario, precisamente el “ser” de la naturaleza humana se ha mostrado tiene un “deber ser” formado dentro de sí.»⁸³

Porque Veatch reconoces⁸⁴ que «desde luego» no puede haber «deducción de la ética a partir de la metafísica, como tampoco de “proposiciones sobre los deberes y obligaciones del hombre” simplemente a partir de “proposiciones acerca de su naturaleza”». Pero también destaca que hay mucho que discutir sobre qué significado ha de dársele a los términos «deducción» e «inferencia», ya que hay muchas otras maneras (que pueden ser incluidas en un uso más amplio de aquellos términos) por las que se puede considerar que la ética se basa en la metafísica.⁸⁵ Curiosamente, como ya hemos visto y veremos en profundidad, esto es

⁷⁹ *Op. cit.*, pp. 8, 12.

⁸⁰ *The Oxford Companion to Philosophy* [*op. cit.*].

⁸¹ *Op. cit.*, p. 11.

⁸² *Op. cit.*, pp. 301-305.

⁸³ *Ibid.*, p. 303.

⁸⁴ *Ibid.*, pp. 298-299.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 299.

exactamente lo que George y Finnis afirmarían a la hora de defender la Nueva Teoría de la Ley Natural frente a aquéllos que la acusan de su «separación» de moral y naturaleza.

Pero, ¿no era precisamente Veatch uno de los que hacían tales acusaciones? Sí, pero, si bien de manera general el argumento es el mismo, su razonamiento es mucho más sutil. La crítica de Veatch es la más profunda⁸⁶ (y la única a veces divertida, debo decir) de las que he leído sobre esta parte de la teoría, quizás porque es la única que se centra de modo especial en la cuestión del «ser/deber ser». Tratar su empleo de lo que él llama el «test de Eutifrón» (esto es, del dilema con el que se enfrenta Sócrates en el Eutifrón, respecto a si se dice que una cosa es buena porque es predilección de los dioses, o acaso es predilección de los dioses porque es buena) para la clarificación del primer principio de la razón práctica de Grisez y Aquino, y con ello de la noción del bien, llegando a la conclusión de que si los bienes han de ser objetivos deberán de ser entendidos como entes y así descubiertos y aclarados por la metafísica (que es una ciencia teórica y que entonces debería de ser empleada para clarificar el primer principio del conocimiento práctico, negando así la afirmación del Nuevo Derecho Natural de que, metodológicamente, se llega primero al conocimiento práctico y luego al teórico) y debatir la respuesta de Finnis a dichos puntos de vista⁸⁷, en la que éste afirma que está de acuerdo con casi todo de lo que había dicho Veatch, y que cierto conocimiento teórico es realmente una condición del razonamiento práctico, pero que el logro de los bienes básicos se produce a través de la razón práctica y nunca por deducción a partir del conocimiento teórico, aumentaría excesivamente la longitud de este artículo.⁸⁸

⁸⁶ Bueno, la crítica de Lisska es al menos tan profunda como la de Veatch, pero, como explicaré más adelante, no encuentro nada «nuevo» en Lisska que no haya sido ya apuntado por Veatch.

⁸⁷ *Natural Law and the «Is— «Ought» question: an invitation to professor Veatch*, in la colección de ensayos de Finnis.

⁸⁸ Tampoco me referiré al debate entre Veatch (op. cit.), Lisska (op. cit.) y Finnis (ver la última nota a pie de página para referencia) sobre si en el sistema de Aristóteles y Aquino el conocimiento metafísico de la esencia humana viene lógicamente antes o después del conocimiento práctico de las normas morales. Esto exigiría muchas páginas, un conocimiento de Aristóteles y Aquino del que yo carezco, y al fin y al cabo, como ya he dicho, no encuentro tan interesante la cuestión de que si una teoría es fiel o no a otros autores (aun cuando fueran tan sublimes como de hecho son Aristóteles y Santo Tomás). Desde luego, ésta es una separación artificial por mi parte, ya que en Veatch y aún más en Lisska Aristóteles y Santo Tomás juegan un papel muy importante en su argumentación (como también lo desempeñaban, como ya vimos con anterioridad, en la formulación del Nuevo Derecho Natural, sin embargo es interesante notar que Finnis y Grisez se refieren más a Aquino, y Veatch y Lisska más a Aristóteles).

Lo que de todos modos me gustaría señalar aquí es que Veatch⁸⁹ afirma que Finnis y Grisez emplean la palabra «deducción» siempre con el sentido de la «más antigua» lógica de los *Principia Mathematica* (que tiene sus raíces en la lógica silogística aristotélica tradicional), y es, en efecto, el sentido en que Hume y Moore la utilizaban para mostrarnos que no podemos inferir un «deber ser» a partir de un «ser». Pero hay otras muchos tipos de lógica donde podría no ser este el caso pero esto, en cualquier caso, es algo que incumbe a la filósofa de la lógica y no a la filosofía del Derecho.

4.2.3. La Historia de la Filosofía Moral Occidental

De ningún modo la característica menos interesante que Veatch, Weinreb y Hittinger tienen en común en sus críticas es el que todos ellos se refieran a la Historia de la Filosofía Moral Occidental y a la posición en que ellos piensan el Nuevo Derecho Natural se puede incluir en ella:

- Hittinger entiende que la teoría es uno de los diversos intentos de «recuperar la ética premoderna» (junto a, dice Hittinger, a otras teorías tales como las de MacIntyre, Donagan, Anscombe y Hauerwas), debido al «estancamiento utilitarista-deontológico».
- Veatch⁸⁹ considera que la Historia nos enseña que es incompatible que una teoría sea de Derecho Natural y no fundamente sus normas morales en la naturaleza:

«El dilema es simplemente el siguiente: inventa un modo de ir de los hechos a las normas, o simplemente deja completamente de intentar ser un filósofo de Derecho Natural.»⁹²

- Weinreb⁹³ considera que la libertad y responsabilidad individuales en un universo causalmente determinado son el problema más importante de la filosofía, cuyas implicaciones para él alcanzan tanto a la filosofía legal como a la filosofía política en la forma de sus dos irresolubles antinomias: merecimiento/derecho y libertad/igualdad. La responsabilidad presupone libertad, si no se nos podría hacer responsables de enfermedades tales como la meningitis; pero también la causalidad, porque, a menos que las

⁸⁹ *Ibid.*, p. 299.

⁹⁰ *Op. cit.*, p. 1.

⁹¹ *Op. cit.*, pp. 296-298.

⁹² *Ibid.*, p. 295.

⁹³ *Op. cit.*, pp. 1-12, 97-126.

circunstancias de nuestros actos y las cualidades personales que nos hacen actuar como actuamos estén determinadas, el acto parece ser el producto de acontecimientos arbitrarios, en lo que se refiere a nosotros, y no algo de lo que seamos responsables.⁹⁴ El fracaso del Derecho Natural «ontológico» clásico (en el que incluye a Santo Tomás⁹⁵) a la hora de resolver el problema ocasionó la aparición de teorías «deontológicas», que incorrectamente tratan de prescindir de esta cuestión base de la naturaleza humana.⁹⁶ Pero el problema sigue ahí, con lo que tales teorías (incluyendo no sólo a la de Finnis, sino también las de David Richards y Ronald Dworkin, en un grupo que Weinreb agudamente define como «Derecho Natural sin naturaleza») en realidad también fracasan. Como Hittinger apunta: «no hay manera de recuperar la teoría del Derecho Natural por medio de atajos.»⁹⁷

4.3. *La evidencia y los bienes básicos*

¿Por qué fracasa para Weinreb la teoría de Finnis?, porque

«todo depende de la capacidad de las listas de bienes básicos y los requerimientos metodológicos [los modos de responsabilidad] para lograr conjuntamente principios morales evidentes, reales, utilizables y específicos.»⁹⁸

Y continúa:

«Si Finnis cree que sus conclusiones son evidentes, está usando el término en un sentido especial de su propia cosecha. Incluso aquellos que están de acuerdo con él (...) pueden suponer que ha confundido evidencia con convicción personal.»⁹⁹

⁹⁴ *Ibid.*, p. 6.

⁹⁵ En una interpretación muy diferente de la de Grisez.

⁹⁶ Por tanto, Weinreb está en definitiva criticando de moralidad y naturaleza, siendo la causa última de tal escisión el fracaso de anteriores teorías ontológicas de la ley natural a la hora de explicar esa naturaleza, y dar respuesta a la dicotomía causalidad-responsabilidad.

⁹⁷ *Op. cit.*, p. 198.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 111.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 113. Aquí vemos que la crítica a la separación de la naturaleza y la del carácter evidente de los primeros principios están muy relacionadas, porque, como ya dije anteriormente, ambas atacan la solución de la Nueva Teoría Clásica a la «falacia naturalista».

La evidencia será también criticada por Mc Inerny:

«Nos puede parecer extraño si alguien dice: “¿Quien quiere estar sano?” Pero, ¿diríamos que se ha cometido algún tipo de falacia?»¹⁰⁰

Y por MacCormick¹⁰¹, quien, después de plantear el problema de la existencia de valores objetivos al estilo de Hume¹⁰², hablando acerca de la «extrañeza» de una ontología que los postule¹⁰³, dice que:

«(...) el veredicto del escocés de “no-probado” habría de ser retomado con relación a la declaración de la evidencia (...)».

Pero la mayor crítica a la noción de los «bienes humanos básicos» vendrá de Russel Hittinger. Este comienza dudando de la evidencia de otros bienes que no sean el conocimiento¹⁰⁴, diciendo entonces que la percepción evidente debe también entender algunos bienes como básicos y otros no.¹⁰⁵ Al hablar sobre lo que él considera el «aspecto intuitivo de la ética de Grisez»¹⁰⁶, Hittinger afirmará igualmente que las frecuentes referencias de Finnis y Grisez a argumentos antropológicos y dialécticos demuestran que ellos mismos dudan de la evidencia.¹⁰⁷

«Dada la naturaleza evidente y supuestamente universal de estos bienes, no se explica porqué deberíamos consultar estudios antropológicos para que nos los recuerden.»

Pero la crítica de Hittinger a los bienes básicos no se limitará solamente a su evidencia. También dirá que, para Grisez, «los bienes se definen como acciones que son atractivas al agente»¹⁰⁸ y que dicho autor sostiene, además, una axiología en la que los bienes básicos son curiosamente formas de estilo platónico¹⁰⁹ y que hay algo más de valor en la persona humana, además de los bienes básicos. De este modo, criticará que Grisez «traslade su enfoque de las personas a los bienes»:¹¹⁰

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 12.

¹⁰¹ *Op. cit.*, p. 107.

¹⁰² En mi opinión, la mejor crítica a la existencia de valores absolutos es la de Nietzsche.

¹⁰³ Finnis responderá a este «argumento de extrañeza» en la introducción a su colección de ensayos sobre la ley natural (*op cit.*).

¹⁰⁴ *Op. cit.*, pp. 45-46. Acepta el muy repetido argumento de Finnis de la autorrefutación de negar el conocimiento como un bien.

¹⁰⁵ *Ibid.*, pp. 46-47.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 34.

¹⁰⁷ *Ibid.*, pp. 44, 62-63.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 55.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 187.

¹¹⁰ *Ibid.*, pp. 29-30.

«(...) la persona humana es algo más que la suma de las partes de los bienes que se persiguen.»¹¹¹

4.4. *La defensa del Nuevo Derecho Natural. George*

Robert P. George y los mismos Finnis y Grisez defenderán el Nuevo Derecho Natural frente a estos ataques¹¹². Su argumentación común es que los críticos no han entendido bien la teoría y que por ello sus argumentos no se aplican a ella. Así, dirán que no es cierto que la teoría no tenga base alguna en la naturaleza, ya que consideran compatible el hecho de que el conocimiento de las normas morales no sea deducido a partir de un conocimiento teórico previo de la naturaleza, con el hecho de que las normas morales siguen estando arraigadas en la naturaleza.¹¹³

Esto es precisamente lo que George sostiene en su muy general respuesta a McInerny, Veatch, Hittinger y Weinreb:¹¹⁴ La Nueva Teoría del Nuevo Derecho Natural nunca ha negado que las normas morales tengan un fundamento en la naturaleza humana. Pero, ¿es la proposición de Finnis y Grisez de que los bienes básicos no se deducen de la naturaleza humana compatible con la aseveración de que estos bienes aún así se fundamentan en esa naturaleza? Sí, porque debemos distinguir entre el nivel ontológico y el epistemológico, qué es y cómo lo conocemos. Que los bienes básicos tengan su raíz en la naturaleza es compatible con el hecho de que nuestro conocimiento de ellos no se deduzca de la naturaleza:

«Aquí tenemos el porqué: sólo aquello que se entienda valioso puede proporcionarnos una razón para actuar. Sólo aquello que realice al ser humano puede ser entendido como algo valioso. Los bienes intrínsecos son [“aprehendidos evidentemente como” añadiría yo aquí] razones básicas para actuar, precisamente porque son aspectos (intrínse-

¹¹¹ *Ibid.*, p. 185.

¹¹² FINNIS, JOHN (1981) *Natural Law and the «Is» — «Ought» question: an invitation to professor Veatch.*; FINNIS, JOHN and GRISEZ, GERMANI (1981). *The Basic Principles of Nature Law: a reply to Ralph McInerny.*; y GEORGE, ROBERT P. (1988) *Recent criticism of Natural Law Theory*; todos en la colección de ensayos de Finnis. En la colección de ensayos de GEORGE: GEORGE, ROBERT P. (1992) *Natural Law and Human Nature*.

¹¹³ No intentaré recoger aquí el conjunto de las citas en las que afirman todo ello, ya que son muchas. No debemos olvidar que este argumento fue, como ya dije antes, utilizado ya en las primeras formulaciones de la teoría; razón por la cual que no responden con nuevos argumentos, sino que sostienen que no han sido correctamente leídos.

¹¹⁴ GEORGE, ROBERT P. *Natural Law and Human Nature...*, pp. 33-36.

cos) del bienestar y la realización humanas. Perfeccionan a los seres humanos, es decir, seres con una naturaleza humana. Como perfecciones humanas, los bienes básicos pertenecen a la naturaleza humana.¹¹⁵

Dado que está en la base de su teoría, los defensores del Nuevo Derecho Natural reafirman la validez del problema del «ser» y el «deber ser». Finnis y Grisez responderán a Ralph McInerny¹¹⁶ que el estar «pasado de moda» o un «síntoma de sobremeticulosidad» no son argumentos reales contra dicho problema y que en la deducción de «los cereales son buenos para ti» a «deberías comer cereales» realmente falta algo, que es que «bien» debería de ser entendido «de manera práctica, a la luz del primer principio práctico: el bien debe ser hecho y perseguido». Para pasar de verdades metafísicas y/o de hecho a conclusiones normativas, necesitamos otra premisa, uno de los primeros principios de la razón práctica.

Finnis responderá a Veatch¹¹⁷ ¿las afirmaciones del segundo de que «el auténtico “ser” de la naturaleza humana ha mostrado tener un “deber ser” formado dentro de sí y que “es imposible determinar qué es un ser humano sin hacer referencia a lo que debería de ser” no sugieren que “epistemológicamente, un conocimiento de lo que es bueno para los seres humanos y que, por tanto les incumbe? es una condición precedente a todo conocimiento pleno de la naturaleza humana?”»

George contestará a Weinreb¹¹⁹ que no es cierto que digan que preceptos morales *concretos* sean evidentes. Sólo los primeros principios son para Finnis y Grisez evidentes en sí mismos. Los preceptos morales concretos han de ser argumentados a partir de ellos.

Además, George dará argumentos a favor de la «plausibilidad» de la evidencia de los bienes básicos (hacia los cuales se dirigen los primeros principios de la razón práctica). Muestra que no todo fin es un fin en sí mismo. Por ejemplo, no es racional querer dinero solo por el dinero, sin ningún otro fin. Pero no podemos llamarle irracional a alguien que lleve a cabo un acción en busca de dinero como un medio para comprar medicinas con el fin de mejorar su salud. Podemos no es-

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 34.

¹¹⁶ *Op. cit.*, pp. 23-24.

¹¹⁷ *Op. cit.*, p. 270.

¹¹⁸ A medida que los argumentos ahondan en la cuestión, cada una de las partes de la controversia se acerca más a la otra, ya que, al fin y al cabo, todos están intentando reducir la distancia entre «ser» y «deber ser». La respuesta a Finnis puede perfectamente ser «sí» o «no» y aquí es donde, según mi opinión, aún hay sitio para el debate entre los teóricos de la Nueva Teoría Clásica y sus contrarios.

¹¹⁹ GEORGE, ROBERT P. *Recent criticism...*, pp. 1.386-1.394; y George, Robert P. *Natural Law and Human Nature*, pp. 36-37.

tar de acuerdo con el acto, pero no le podemos acusar de irracionalidad. Así, la salud es un fin en sí misma, mientras que el dinero y las medicinas no lo son, y son solo medios para otro medio, que puede ser igualmente solo un medio para otro medio pero la cadena finalmente habrá de llegar a un fin en sí mismo, que proporcionará la inteligibilidad de los medios anteriores.

George también responderá a los ataques de Hittinger a los bienes básicos.¹²⁰ Explicará de nuevo el papel de los argumentos dialécticos y antropológicos con relación a los bienes básicos¹²¹ y que es el siguiente: estos razonamientos no tratan de inferir la existencia de estos bienes y su uso en la refutación de aquellos puntos de vista que niegan la existencia de los bienes básicos es a posteriori de ser aprehendidos como evidentes en sí mismos.

Una crítica interesante al concepto de evidencia es la que dice que es difícil distinguirlo de la noción de la intuición. Hittinger la señala y Lisska también lo hará, como veremos más adelante. Después de todo, podría ser que la teoría de Finnis, que comienza aceptando la falacia naturalista de Moore, llegue al final a la misma solución a la que ya había llegado antes Moore, a la misma epistemología del bien. George contestará a Hittinger¹²² que el elemento característico de la evidencia es que es un conocimiento de la razón, una formulación siempre a partir de los datos. De hecho si defiende el uso de argumentos dialécticos [especulativos] para eliminar las dudas sobre la verdad de un bien básico es precisamente porque podemos dudar de tal verdad. Pero, prosigue George:

«(...) uno se puede preguntar, ¿puede haber dudas acerca de las verdades evidentes? Sí, precisamente porque *tales verdades no son meras intuiciones o ideas innatas. Son aprehendidas por la reflexión inteligente sobre los datos presentados por la experiencia* (por ejemplo, las propias experiencias de amistades, directas e indirectas). Y ese acto de aprehender supone un acto de entendimiento. Muchos factores capaces de hacer descarrilar el entendimiento haciendo proposiciones no evidentes, sean estas prácticas o especulativas, son igualmente capaces de impedir juicios bien fundados con respecto a proposiciones evidentes. Por ello, haríamos bien en seguir a Aquino y distinguir proposiciones que son evidentes para todo el mundo de aquellas proposiciones que son evidentes pero sólo para el sabio.»¹²³

¹²⁰ GEORGE, ROBERT P. *Recent criticism...*, pp. 1.409-1.419.

¹²¹ Ver p. 10 de este artículo.

¹²² *Ibid.*, pp. 1410-1.411.

¹²³ *Ibid.*, p. 1.411.

Todavía en su respuesta a Hittinger¹²⁴, George decía que no era cierto que Grisez mantuviera que los bienes se definieran como «acciones que son atractivas para el agente», ya que no era cierto que una derivación del valor a partir del conocimiento especulativo de la naturaleza fuera necesaria para rescatar la teoría del subjetivismo. Como tampoco sería necesario confiar en algunas «misteriosas» formas de tipo platónico, porque para Grisez y Finnis los bienes no «existían en esfera trascendente alguna», sino que eran aspectos constitutivos de las personas y de su bienestar.

Asimismo, George¹²⁵ niega el apunte de Hittinger de que hay algo de valor diferente a los bienes básicos:

«Desde el punto de vista de la acción con respecto a una persona, la persona no es un valor independiente de los valores que son aspectos constitutivos de la persona (...) No puede haber actos por el bien de la persona considerándola aparte de los diversos aspectos de su bienestar y realización.»

Finalmente, en su revisión del libro de Weinreb, George contesta también cómo Finnis y Grisez resolverían la antinomia causalidad-responsabilidad¹²⁶:

«Como hemos visto, una característica central de la teoría moral de Finnis y Grisez es su importancia de las razones últimas para la acción. El primer principio de la razón práctica y sus determinaciones guían la acción en referencia a estas razones. Así, hacen posible la libre elección sin implicar «arbitrariedad» en cualquier sentido que pudiera hacer disminuir la responsabilidad moral por las acciones de uno.»¹²⁷

4.5. *Lisska*

Al menos hasta donde llega mi conocimiento, las observaciones de Anthony J. Lisska han sido las últimas en aparecer sobre el Nuevo Derecho Natural. El título de sus libros es muy expresivo del contexto en que hemos de entender sus ideas: *Aquinas's Theory of Natural Law. An Analytic Reconstruction*.¹²⁸ En su libro, Lisska trata de «dar una visión de Aquino que sea entendible para los filósofos versados en lo que ge-

¹²⁴ *Ibid.*, pp. 1.414-1.415.

¹²⁵ *Ibid.*, pp. 1.417-1.418.

¹²⁶ *Ibid.*, pp. 1.402-1.407.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 1.407.

¹²⁸ Ver bibliografía para referencia completa.

neralmente es conocido como la tradición analítica en la filosofía de habla inglesa.»¹²⁹ Porque Lisska es consciente de las dificultades que estos filósofos podrían tener con Aquino, sobre todo con la falacia naturalista:

«Los puntos planteados de un manera tan estridente por el autor de *Principia Ethica* y por su antecesor filosófico, David Hume (¿refutaba la falacia naturalista a Aristóteles y Santo Tomás tan fácilmente?) no se desvanecerían. Esta confrontación de la metaética analítica —a través de su cuestionamiento de los fundamentos del naturalismo ético— con el intuitivo comentario de Aquino sobre lo que pasa por ser una vida moralmente virtuosa, sugirió un amplio conjunto de preocupaciones sobre la coherencia filosófica de la ética aristotélica y de Santo Tomás. ¿Cómo debería de reconstruirse la teoría moral de Aquino, si ello fuera posible, con el fin de superar el antinaturalismo dominante de la metaética analítica? Estos problemas (...) sirven de telón de fondo intelectual para este libro.»¹³⁰

¿No era precisamente el punto de partida de Finnis y Grisez? Sí que lo es, como el propio Lisska nos recordará cuando agudamente explica porqué Finnis ha formulado su teoría de la manera que lo ha hecho, afirmando que la cuestión del «es» y el «debe» es una de las causas de tal teoría¹³¹. Sin embargo, no podemos leer nada en el último párrafo con lo que Veatch no estaría de acuerdo, y realmente Lisska está mucho más cerca de Veatch, a quien dedica su libro, que de Finnis. Hay un capítulo completo en el libro de Lisska acerca de Finnis¹³² y lo que podemos encontrar aquí son las mismas críticas contra él que Veatch había realizado con anterioridad. En primer lugar, en la segunda página dedicada a Finnis, encontramos una cita extraída de Veatch, que nos lleva de nuevo a la acusación general de «un Derecho Natural sin naturaleza»:

«Porque realmente no es necesario, [Finnis] parece decir, que las leyes llamadas naturales en el derecho y en la ética sean leyes de la naturaleza o, de alguna manera, susceptibles de ser descubiertas en la naturaleza.»¹³³

Naturalmente, George y Finnis contestarían a esto, como hemos visto, que ellos nunca han dicho nada parecido a que no es necesario

¹²⁹ *Ibid.*, p. vii.

¹³⁰ *Ibid.*, pp. vii-viii.

¹³¹ *Ibid.*, pp. 161-63.

¹³² *Ibid.*, pp. 138-165.

¹³³ *Ibid.*, p. 140. [tomado de Veatch, Henry B. *Natural law and the «Is » — «Ought» Question...*]

que las leyes naturales debieran ser leyes de la naturaleza, como tampoco que *no* se necesite conocimiento alguno de la naturaleza humana para comprender los primeros principios de la razón práctica, y aquí George y Finnis harían su distinción entre el orden epistemológico y el orden ontológico, de acuerdo con el cual ontológicamente los bienes básicos están fundamentados en la naturaleza, pero epistemológicamente no los podemos deducir de un conocimiento teórico previo de la naturaleza humana. Entendemos como evidentes en sí mismos los bienes básicos que entendemos precisamente porque la naturaleza humana es como es y, si fuera diferente, serían otros los bienes básicos que nosotros aprehenderíamos como evidentes. Finnis nunca afirma ni presupone, aunque Lisska haya entendido lo contrario, que «el proceso mental de determinar los bienes los haga “objetivos”». ¹³⁴

¿Es entonces Lisska uno de los muchos que han malentendido la Nueva Teoría de la Ley Natural? ¿Uno de aquellos que George parece haber rebatido completamente? No. Porque Lisska ha leído las respuestas de George a Mc Inerny, Weinreb y Hittinger, ¹³⁵ y criticará su solución:

«George asume que uno puede tener este conocimiento evidente en sí mismo que nunca se opondrá a aquellos “bienes” que proporcionarán *eudaimonia* y *beatitudo* a los agentes morales. Uno puede seguir preguntando “¿como es esto posible?” George parece atenerse a un posición intuicionista. Uno intuye los bienes “básicos” y precisamente ocurre que este grupo de bienes se corresponden con el bienestar humano. Pero, ¿qué establece esta relación causal?» ¹³⁶

Esto nos debería recordar a algo. Puede parecernos que Lisska no se ha tomado el tiempo que debiera para leer a George, porque no es, como hemos visto, el primero en dudar de la noción de evidencia, como tampoco lo es en considerarla similar a la intuición de Moore ¹³⁷; y George como también hemos visto, lleva a cabo una defensa bastante acertada (al menos en mi opinión) de la *plausibilidad* de tal evidencia y de su diferencia con respecto a la intuición.

Pero a través de Lisska son los razonamientos de Veatch los que podemos leer, quien escapaba de la crítica de George a Weinreb, Hittinger y Mc Inerny. Veatch intentó demostrar que el conocimiento metafí-

¹³⁴ *Ibid.*, p. 145.

¹³⁵ De hecho, hace un buen resumen de tales respuestas en *ibid.*, p. 159.

¹³⁶ *Ibid.*, pp. 160-161.

¹³⁷ De hecho, Lisska dice que la evidencia por sí misma de Finnis le recuerda no a la intuición de Moore sino a la de Ross, quien partía de la crítica de Moore a las éticas naturalistas.

sico de la naturaleza humana es necesario para el conocimiento de las normas morales, perspectiva que hasta cierto punto se opone a la Nueva Teoría Clásica (que en cualquier caso nunca negó que fuera necesario algún tipo de conocimiento y sólo sostenía, lo repetiré una vez más, que un conocimiento no se *infiere* del otro). Veatch intentó llegar a tal conclusión afirmando primeramente que ésa era la manera aristotélica de hacerlo¹³⁸ y en segundo lugar, razonando que, no siendo la naturaleza humana estática, como la de un triángulo, por su naturaleza un ser humano es responsable de ser o no lo que podría ser, así que

«¿Por qué no está claro entonces que un “deber ser” ha sido directamente introducido en nuestra forma de dar cuenta de los hombres y la naturaleza humana? Tampoco en esta ocasión podrán los filósofos analíticos decir por más tiempo —o Finnis o Grisez— que se ha llevado a cabo la introducción por medio de algún tipo de proceso ilícito del “ser” al “deber ser”. Al contrario, *precisamente el “ser” de la naturaleza humana ha mostrado tener un “deber ser” formado dentro de sí.*»¹³⁹

Encontramos exactamente el mismo razonamiento, con el mismo uso extensivo de Aristóteles que hace normalmente Veatch, pero expresado con otras palabras, en el libro de Lisska:

«La postura presentada en el capítulo 4 [esto es, la interpretación que Lisska da de Santo Tomás] sugiere que un análisis de la esencia en términos de propiedades disposicionales rescata la teleología en el natu-

¹³⁸ Y Lisska le seguiría:

«En Aristóteles y Santo Tomás, los bienes humanos, como fines, están vinculados a la estructura de la persona humana. La relación de causa final a la causa formal se da aquí. No es posible, bajo el prisma de Aristóteles y Tomás de Aquino, determinar la causa final sin antes conocer la causa formal. (...) La causa formal determina la función (*argon*) de la esencia. El *telos* como fin es la realización o actualización de esta función en la persona humana. Sin un análisis de la causa formal, no podemos conocer la causa final. Este es el principio fundamental de la metafísica aristotélica.» (*Ibid.*, p. 143).

Pero, como ya he dicho muchas veces antes, no me centraré en si Finnis y Grisez se mantienen fieles a Santo Tomás y menos aquí, donde nos encontramos de lleno con la espinosa cuestión de la relación entre Aristóteles y Santo Tomás.

¹³⁹ *Op. cit.*, p. 303. Repito aquí el razonamiento de Veatch, que ya he explicado arriba, porque al empezar este artículo, eso era lo que yo (menos preciso, naturalmente) pensaba que sería mi respuesta a la falacia naturalista. Como Ortega y Gasset: «la vida nos dan pero no nos es dada hecha», en nuestra naturaleza está precisamente la responsabilidad de lo que hacemos con nuestra vida, como lo es respirar y dormir. Y aun ahora sigo sin estar seguro de quién lleva la razón, Finnis o Veatch o, mejor dicho, si, como dice Finnis, la teoría de Veatch es compatible con la epistemología de los bienes básicos de Finnis y Grisez.

ralismo ético aristotélico. Una disposición, por definición, es una potencialidad o una capacidad. La mayoría de los filósofos modernos, por otro lado, consideran a la esencia como una clase de propiedad inerte, estática. Al igual que las propiedades estáticas, carecen de cualquier posibilidad de crecer o de actualización. La esencia, en la lectura moderna, no “tiende hacia” un fin que indique su conclusión y realización. Es por tanto una condición necesaria para discutir una visión disposicional de la esencia.»¹⁴⁰

Teniendo en cuenta que el propósito fundamental del libro de Lisska era, como ya hemos visto, defender a Santo Tomás de Moore y Hume, no es extraño que, no en el capítulo sobre Finnis, sino en el posterior con el título de «Natural Law revisited» (retorno al Derecho Natural), encontremos una sección completa «Around the Naturalistic Fallacy» (sobre la falacia naturalista)¹⁴¹, donde Lisska expone en profundidad cómo su postura resuelve el problema:

«No hay una bifurcación radical entre hecho y valor, ya que valor —por ejemplo el “bien”— no es otra cosa que el desarrollo del proceso reestructurado por la naturaleza del conjunto de disposiciones: de ello se deduce que un valor no se deriva de un hecho a través del proceso de “añadir” el valor al hecho.»¹⁴²

Siendo ésta la vieja postura de Veatch, que el «Ser» tiene un «Deber Ser» en su interior. Finnis probablemente nos recordaría su respuesta a Veatch:¹⁴³ ¿no sugiere el argumento de Veatch de que «precisamente el “ser” de la naturaleza humana ha mostrado tener un “deber ser” formado dentro de sí» que, «*epistemológicamente*, un conocimiento de lo que es bueno para los seres humanos y que, por tanto, les incumbe, es una condición precedente a todo conocimiento pleno de la naturaleza humana?» ¿No sugiere la perspectiva de Lisska de que «como mejor se clarifica la esencia humana es en términos de un conjunto de propiedades *disposicionales*», considerando que «una disposición es por definición una potencialidad o una capacidad» que, *epistemológicamente*, el conocimiento de tales potencialidades, disposiciones

¹⁴⁰ *Op. cit.*, pp. 143-144. Esta visión «moderna» y «estática» y «cartesiana» de la esencia (en el sentido de pretender artificialmente ser «clara y distinta»), junto al problema del «ser» y el «deber ser» son para Lisska las dos raíces fundamentales de la teoría de Finnis [ibid., pp. 161-163]. Lisska da a lo que considera que es la visión de Aristóteles y Tomás de la esencia «como un conjunto de propiedades disposicionales» el nombre de «metafísica de la finalidad» [ibid., p. 148].

¹⁴¹ *Ibid.*, pp. 195-201.

¹⁴² *Ibid.*, p. 199.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 270.

y «deber ser» es una condición del conocimiento de la esencia humana? Como ya dije en relación a Veatch, no veo ninguna respuesta clara a esta cuestión, como tampoco ningún ganador (o perdedor) claro en el debate entre Finnis-Grisez-George y Veatch-Lisska.

Lisska parece ser consciente del valor de las teorías opuestas:

«Finnis cuestiona nuestra capacidad de determinar qué es la esencia humana sin con anterioridad considerar los bienes que han de ser obtenidos. Los aristotélicos más tradicionales, por otro lado, argumentan que sin saber qué es la esencia, ¿cómo podemos estar seguros de que los fines son realmente bienes humanos?»¹⁴⁴

De todos los autores que Lisska cita para defender su opinión sobre qué papel desempeña la esencia en la teoría del Derecho Natural¹⁴⁵, encuentro particularmente interesante el párrafo de Vincent M. Cooke¹⁴⁶, con el que concluiré mi exposición de la discusión Finnis-Veatch, ya que puede ser leído (aunque es bastante probable que ésta no fuera la intención del autor) como un intento de sintetizar las lecciones extraídas de estos autores. No estoy diciendo que sea correcto, porque quizás la verdad no está en el punto medio sino en una de las posturas extremas, pero de cualquier modo lo incluiré aquí, al menos para dejar claro que yo no creo que dé a Lisska el apoyo que él parece creer:

«Los juicios a los que llegamos sobre qué es real afectan profundamente a los juicios que hacemos sobre lo que experimentamos y cómo deberíamos vivir. *Lo contrario es ciertamente también el caso*, como decían Platón y Kant: las convicciones acerca del tipo de vida que merece la pena vivir frecuentemente han motivado elaborados sistemas metafísicos. **La metafísica y la filosofía moral son inseparables** [observación final con la que estarían de acuerdo Finnis y Veatch, siendo la diferencia entre ambos lo que viene epistemológicamente antes].

5. Bibliografía y Fuentes de Internet

AQUINO, Tomás de. «Summa Theologiae», I-II, Q. 90-97, en:

— *Saint Thomas Aquinas on Law, Morality and politics* (Baumgarth W. and R. Regan), Hackett, Cambridge (Inglaterra) 1988, pp. 11-83.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 145.

¹⁴⁵ *Ibid.*, pp. 148-150.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 149 [de Cooke, *Vincent M. Moral Obligation and Metaphysics*, Thought, 66/260 (Mar. 1991), 73.]

- *Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino* (traducción e introducciones al Tratado de la Ley en General por el padre Carlos Soria, de una comisión de padres Dominicos presidida por Exmo. y Rvdmo. Sr. Dr. Fray Francisco Barbado Viejo, Obispo de Salamanca), Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid (España), 1956.
- www.newadvent.org/Summa/209400.htm. Traducido por los Padres de la Provincia Inglesa Dominicana Copyright © 1947, Benzinger Brothers Inc. Hypertext Version Copyright © 1995, 1996 New Advent Inc.
- FERRATER MORA, J. *Diccionario de Filosofía*, nueva versión actualizada bajo la dirección de Josep-Maria Terricabras, Ed. Ariel, Barcelona (España), 1994.
- FINNIS, JOHN. *Natural Law and Natural rights*, Clarendon Press, Oxford (Inglaterra), 1980.
- FINNIS, JOHN (ed). *Natural Law: Volume I*, Dartmouth Publishing Company Ltd., Aldershot (Inglaterra), 1991.
- GAREA TRABA, Alicia Eva. *Tomás de Aquino*, Edicions Xerais de Galicia, Vigo (España), 1990.
- GEORGE, ROBERT P. (ed). *Natural Law Theory: Contemporary essays*, Oxford University Press, Oxford (Inglaterra), 1992.
- HITTINGER, Russel. *A critique of the New Natural Law Theory*. Univerty of Notre Dame Press, Notre Dame, Ind. (USA), 1987.
- HONDERICH, Ted (ed). *The Oxford Companion to Philosophy*, Oxford University Press, Oxford (Inglaterra), 1995.
- LISSKA, J. Anthony. *Aquinas's Theory of Natural Law. An analytic Reconstruction*. Clarendon Press, Oxford (Inglaterra), 1996.
- MC INERNY, RALPH. *Ethica Thomistica*, The Catholic University for America Press, Wahington DC (USA), 1982, (www.nd.edu/~mcinern/et0.htm).
- TEJEDOR CAMPOMANES, CÉSAR. *Introducción a la filosofía*, Ediciones SM, Madrid (España), 1993.
- WEINREB, Lloyd. *Natural Law and Justice*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. (USA), 1987.

Pablo Figueroa Regueiro
Julio 200268

LA LEGISLACION URGENTE Y LA DE PRESUPUESTOS PARA EL AÑO 2002. NOVEDADES INTRODUCIDAS EN EL AMBITO DE LAS PRESTACIONES ECONOMICAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Fernando Manrique López

Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Deusto

Una de las tareas más complejas e incómodas que se plantea cada año a quien opera con las normas del Derecho de la Seguridad Social, viene a ser la localización de las novedades, que se introducen a través de la Ley de Medidas Urgentes en el campo social y de las Leyes de Presupuestos (Verdaderas Leyes Ómnibus), para lo cual viene a resultar indispensable estar al trabajo detallado y minucioso que se lleva a cabo habitualmente desde el seno de la Administración de la Seguridad Social, merced al cual pueden resaltarse, tal y como dicha Administración expone, las verdaderas novedades legislativas, sin temor a incurrir en un error.

El presente trabajo tiene como misión recoger tales novedades, tomando como base el mencionado meritorio trabajo de la propia Administración, procurando así que tenga la difusión que una materia tan trascendente posee en la realidad jurídica actual.

I. Síntesis de las novedades normativas introducidas con fecha 1 de enero de 2002

Con efectos de 1 de enero de 2002, se han promulgado diferentes disposiciones que, de forma directa o indirecta, afectan al régimen jurídico o a la gestión de las prestaciones económicas de la Seguridad Social, y a la responsabilidad del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Las modificaciones, normativas son, en síntesis, las siguientes:

1. *Ley 23/2001, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2002*

A través de la misma, se regula la revalorización de las pensiones de la Seguridad Social, cuya aplicación y desarrollo se contiene en el Real Decreto 1.464/2001, de 27 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones de la Seguridad Social.

2. *Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (LAC)*

En dicho texto legislativo, se contienen diferentes disposiciones que afecta, directa o indirectamente, a las prestaciones económicas de la Seguridad Social. Entre las mismas, son de destacar las siguientes:

a) PRECEPTOS QUE AFECTAN A LA PRESTACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL

Son cuatro las modificaciones que afectan al régimen jurídico de la prestación económica de la Seguridad Social por incapacidad temporal:

- La extinción de la prestación, en los casos en que el beneficiario de la misma no acuda, sin causa justificada, a los reconocimientos médicos ordenados por la Dirección Provincial del INSS, a través de sus Servicios Médicos (nueva redacción del artículo 131 bis LGSS, en la redacción incorporada por el artículo 34. Cuatro. LAC).
La nueva redacción del artículo 131.bis.1 LGSS suprime el anterior párrafo segundo de dicho apartado, relativo a la expedición, por parte de los servicios médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social, de altas en los procesos de IT, a los exclusivos efectos de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social.
- Nueva regulación de la prestación de IT, cuando la misma continúa tras la extinción de la relación laboral, así como la correspondiente a los procesos de IT que se causen, estando el interesado en la situación de desempleo (nueva redacción del artículo 222 LGSS, en la redacción que incorpora el artículo 34.Diez.LAC).
- El establecimiento, como sanción, de la extinción de la prestación de incapacidad temporal, en los casos en que el beneficiario de la misma cometa la infracción, tipificada como grave —artículo 25 LISOS— de no acudir, sin causa justificada, a los reconocimientos médicos ordenados por la Dirección Provincial del Instituto

Nacional de la Seguridad Social, a través de sus Servicios Médicos (nueva redacción del artículo 47.1.b) de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, texto refundido aprobado por Real Decreto-Legislativo 5/2000, de 4 de agosto —LISOS—, a través del artículo 34.Uno.LAC).

- Por último, el mantenimiento de la obligación de cotizar (con su efecto en las prestaciones futuras) en los casos de alta con propuesta de incapacidad permanente, cuando posteriormente la prestación no es reconocida. (Incorporación de un nuevo párrafo, en el artículo 131.bis.3.LGSS, a través del artículo 34.Cinco.LAC).

b) JUBILACIÓN PARCIAL

El artículo 34.Seis.LAC da nueva redacción al artículo 166 LGSS, en orden a adecuar la regulación jurídica de esta prestación de la Seguridad Social, a las modificaciones introducidas, en el artículo 12.6 del Estatuto de los Trabajadores —ET— por la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo y mejora de su calidad.

La regulación contenida en la LAC se completa con el artículo 2 del Real Decreto-Ley 16/2001, de 27 de diciembre, por el que se establece un sistema gradual y flexible de jubilación, mediante el que se difiere a disposición reglamentaria la regulación jurídica de la jubilación parcial, en el ámbito de la Seguridad Social.

c) PRESTACIONES DE MUERTE Y SUPERVIVENCIA

Dos son las modificaciones que, en el ámbito de las prestaciones de muerte y supervivencia, se recogen en la LAC:

- La modificación del apartado 3 del artículo 174 LGSS (a través del artículo 34.Siete.LAC), en el que, manteniendo como causa de extinción el nuevo matrimonio del pensionista, sin embargo prevé su mantenimiento en los supuestos que se establezcan reglamentariamente.
- La ampliación hasta los 22 años (24 años, en caso de inexistencia de ambos padres) de los límites de edad para percibir la pensión de orfandad, en los casos en que el huérfano no trabaje o, cuando haciéndolo, los ingresos derivados de la actividad no superen, en cuantía anual, el 75% del importe anual del salario mínimo interprofesional. (Nueva redacción del artículo 175.2 LGSS por el artículo 34.Ocho.LAC).

Las previsiones legales se completan con el Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre, por el que se modifica parcialmente el régimen jurídico de las prestaciones de muerte y supervivencia (RDMS), cuyo contenido se analiza en el punto 3.

d) RESPONSABILIDAD EN ORDEN A LAS PRESTACIONES

El artículo 34.Tres. da nueva redacción al artículo 126 LGSS (mediante la incorporación de tres nuevos párrafos en el apartado 3.º y la adición de un nuevo apartado 4.ª), cuyos puntos más importantes son los siguientes:

- De una parte, establece la competencia de la Entidad Gestora para declarar, en vía administrativa, la responsabilidad en orden a las prestaciones, cualquiera que sea la prestación de que se trate, así como la Entidad que, en su caso, deba anticipar el importe de la prestación o constituir el correspondiente capital coste.
- Se limita el anticipo de las prestaciones (en los casos y en las situaciones en que corresponda el mismo) a una cuantía máxima de 2,5 veces la cuantía que, en cada momento, esté fijada para el salario mínimo interprofesional.
- En ningún caso, procede la acción contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social (en su función de garantía) por la Mutua o por la Entidad que tenga el correspondiente derecho, mientras no se haya declarado, en vía administrativa o judicial, la insolvencia, provisional o definitiva, del empresario responsable principal.

e) ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

El artículo 36 LAC procede a la incorporación de una nueva Disposición Adicional en la LGSS —la 17.ª bis—, mediante la que se posibilita que la Entidad responsable de las prestaciones económicas pueda suspender, ad cautelam, el abono de las mismas, en caso de incumplimiento, por parte de los beneficiarios o causantes de las mismas, de presentar, en los plazos establecidos, las declaraciones preceptivas o documentos, antecedentes, justificantes o datos que no obren en la Entidad, y siempre que sean requeridos para ello, siempre que unos y otros puedan afectar a la conservación del derecho.

La suspensión se mantendrá hasta que se justifique que se siguen manteniendo los requisitos legales, imprescindibles para el mantenimiento del derecho.

La suspensión prevista en la Adicional 17.ª bis, se entiende sin perjuicio de la posibilidad que tiene la Gestora, en base al artículo 47.4,

LISOS, de suspender cautelarmente el abono de una prestación, cuando se haya iniciado un expediente sancionador y la infracción cometida afecte al mantenimiento de los requisitos necesarios para la conservación del derecho.

f) NORMAS PROCEDIMENTALES

La LAC contiene dos preceptos básico, que afectan a las normas procedimentales en el ámbito de la gestión de las prestaciones de Seguridad Social, como son:

—El artículo 34.Once. incorpora en la LGSS una nueva Disposición Adicional —la 25.^a— a través de la cual se establecen normas de procedimiento en la Seguridad Social.

La nueva regulación no introduce especiales novedades sobre las reglas que se venía aplicando, salvo la de que en la propia Ley General de la Seguridad Social se prevé expresamente cuál es la norma de procedimiento (que ya se deducía de los artículos 1 y 2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y de Procedimiento Administrativo Común —LRJPC—).

Los puntos más significativos de la nueva Adicional son los siguientes:

- La afirmación de que la tramitación de las prestaciones y demás actos en materia de Seguridad Social, que no tengan carácter recaudatorio o sancionador, se ajustan a lo establecido en la LRJPC.
- La impugnación de tales actos, así como la revisión de oficio de los mismos, se regulará por lo establecido en la Ley de Procedimiento Laboral.
- En los procedimientos iniciados a instancia del interesado, una vez transcurrido el plazo máximo para la resolución y su notificación, se entenderá desestimada la solicitud por silencio negativo.
- No obstante, en los procedimientos relativos a la inscripción de empresas, y a la afiliación, altas, bajas y variaciones de datos, iniciados a solicitud de los interesados, así como los de convenio especial, la falta de resolución en plazo de la correspondiente solicitud, tendrá como efecto la estimación de la misma, por silencio administrativo.

—La nueva redacción dada al artículo 71 LPL, respecto a la impugnación de los actos de la Seguridad Social (a través del ar-

título 42 LAC) la cual, frente a la regulación anterior, presenta las siguientes novedades:

- Se establece expresamente la necesidad de que, en todo caso y como presupuesto para la impugnación judicial de los actos de la Seguridad Social, se presente reclamación previa.
- No obstante, en determinados supuestos se prevé la eventualidad de que, contra resoluciones expresas o presuntas de las Mutuas, pueda formalizarse reclamación previa ante la Entidad Gestora, en los supuestos en que exista competencia sobre la materia.
- En los procedimientos iniciados a instancia de parte, la reclamación previa ha de presentarse, ante el Organismo que dictó la resolución, en el plazo de 30 días desde la notificación de la misma, si es expresa o desde la fecha en que, según el procedimiento de que se trate, deba entenderse denegada por silencio administrativo.
- Si en el reconocimiento inicial o en la modificación del derecho, la Entidad ha de actuar de oficio, si no se produce el acto o la resolución, el interesado puede solicitar que se dicte, teniendo la petición el valor de reclamación previa.
- Como novedad frente a la indeterminación anterior, el artículo 71.4.LPL establece que, en todos los casos, la reclamación previa deberá ser contestada en el plazo de 45 días. En caso contrario, se entenderá desestimada la reclamación por silencio administrativo.

g) OTRAS NOVEDADES

Por último, el artículo 37 LAC procede a suprimir la obligación empresarial de llevar el Libro de Matrícula. Por ello, también con efecto de 1 de enero de 2002, queda suprimido el artículo 101 LGSS, así como la tipificación como infracción social, el hecho de no llevar dicho Libro (por lo que se deroga el artículo 22.3.LISOS).

3. *Real Decreto 1.465/2001, de 27 de diciembre, de modificación parcial del régimen jurídico de las prestaciones de muerte y supervivencia. (RDMS)*

El RDMS incorpora determinadas medidas relacionadas con las prestaciones de muerte y supervivencia, de modo siguiente:

a) PENSIÓN DE VIUDEDAD

Las novedades que incorpora el RDMS en relación con la pensión de viudedad son las siguientes:

— Cuantía de la pensión de viudedad. (Artículo 1 RDMS):

- Con carácter general, y desde el 1 de enero de 2002, la cuantía de la pensión de viudedad pasa a ser el 46% de la correspondiente base reguladora.
Respecto de las pensiones causadas, la nueva cuantía de la pensión se aplicará de oficio.
- Cuando los ingresos del pensionista no superen una determinada cuantía, la pensión constituye, al menos, el 50% de los ingresos y aquél tiene cargas familiares, la cuantía de la pensión es el equivalente al 70% de la base reguladora.
La nueva cuantía de la pensión se aplicará, previa solicitud del interesado. La nueva cuantía de la pensión tiene efectos desde el 1 de enero de 2002, siempre que se solicite antes del 1 de abril de 2002; en otro caso, la nueva cuantía tiene una reactividad máxima de tres meses.

— Extinción de la pensión de viudedad. (Artículo 2 RDMS):

- Se sigue manteniendo, como regla general, que el nuevo matrimonio del pensionista de viudedad extingue la pensión de viudedad, salvo en los supuestos que se indican en el punto siguiente.
- El matrimonio del pensionista no extingue la pensión de viudedad, cuando concurren, de forma conjunta, los siguientes requisitos:
 - Que el pensionista que va a contraer matrimonio tenga al menos, 61 años, o tenga reconocida también una pensión de incapacidad permanente (en los grados de incapacidad absoluta o gran invalidez) o se acredite un grado de minusvalía igual o superior al 65%.
 - Que la pensión de viudedad constituya el 75% del total de los ingresos del pensionista.
 - Que los ingresos del nuevo matrimonio no superen dos veces el salario mínimo. En caso contrario, y cumplidos los dos requisitos anteriores, la cuantía de la pensión de viudedad se minorará para que no se exceda del límite indicado.
- En todo caso, desaparece la indemnización de 24 mensualidades por nuevo matrimonio del pensionista.

- De igual modo, desaparece del ordenamiento jurídico de la Seguridad Social, y como causa de extinción de la pensión de viudedad (que desde hace tiempo el INSS ya no aplicaba) la observancia de una conducta deshonesta, así como la de profesar estado religioso.

b) PENSIÓN DE ORFANDAD (artículo 3 RDMS)

—En aplicación de la LAC, el RDMS amplía los límites para percibir las pensiones de orfandad, más allá de los 18 años.

—Los nuevos límites de edad, para seguir percibiendo la pensión de orfandad, no solo se aplican a las pensiones de orfandad, sino también a las pensiones que se extinguieron antes de 1.º de enero de 2002, siempre que los beneficiarios cumplan los requisitos de edad y de falta de ingresos.

—Se modifican las causas de extinción de la pensión de orfandad, suprimiendo la de profesar estado religioso y la de conducta deshonesta.

c) PRESTACIONES EN FAVOR DE FAMILIARES (artículos 4 y 5 RDMS)

—Los nuevos límites para seguir percibiendo la pensión de orfandad (22 años) se aplican de igual modo a las pensiones a favor de los nietos y hermanos del causante, siempre que el beneficiario no trabaje o, cuando haciéndolo, los ingresos anuales del trabajo no superen el 75% del importe anual del SMI.

Al igual que sucede con las pensiones de orfandad, los nuevos límites de edad también se aplican a las pensiones extinguidas del 1 de enero de 2002, siempre que los beneficiarios cumplan los requisitos de edad y menores ingresos.

—Se modifican las causas de extinción de las prestaciones a favor de familiares, a fin de ajustarlas a las establecidas para la pensión de orfandad.

—Se fija como límite para el acceso al subsidio temporal en favor de familiares, la edad de 22 años, a fin de acomodarlo a la edad de extinción de la pensión a favor de nietos o hermanos. (Artículo 5).

4. *Real Decreto-Ley 16/2001, de 27 de diciembre, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible. (RDLJ)*

Son múltiples las modificaciones que el RDLJ contiene en el ámbito de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, como a continuación se indican:

a) JUBILACIÓN ANTICIPADA POR DERECHO TRANSITORIO

En esta situación, el artículo 4 RDLJ establece la novedad de modificar los coeficientes reductores (por cada año que le falte al interesado para cumplir los 65 años) en los casos en que el acceso a la pensión (o la extinción del contrato de trabajo anterior) no sea debida a causa imputable al trabajador, en los términos previstos en la Disposición Transitoria Segunda del Real Decreto 1.647/1997, de 31 de octubre.

b) NUEVOS MECANISMOS DE JUBILACIÓN ANTICIPADA

El artículo 3 RDLJ establece un nuevo sistema de jubilación anticipada, aunque el trabajador no tenga acreditada la condición de mutua- lista, siempre que reúna los requisitos previstos en dicho artículo.

Reconocido el derecho a la pensión, la misma es objeto de minoración aplicando unos coeficientes reductores, por cada año que al trabajador le falte, en el momento del hecho causante, para cumplir 65 años, coeficientes que varían en función del período de cotización acreditado.

c) COMPATIBILIDAD DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

El artículo 1 RDLJ procede a modificar el artículo 165 LGSS, incorporado un segundo párrafo a su apartado primero, que supone una excepción al principio general de incompatibilidad entre el percibo de la pensión de jubilación y la realización de actividades que den lugar a su inclusión en cualquiera de los Regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social.

A tenor de la nueva disposición legal, las personas que hayan accedido a la pensión de jubilación podrán compatibilizar su percibo con la realización de un trabajo a tiempo parcial. En estos casos, se minorará el percibo de la pensión de jubilación en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo, en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable.

d) SUBSIDIO POR DESEMPLEO PARA TRABAJADORES MAYORES DE 52 AÑOS

El RDLJ (artículo 5) modifica el artículo 216.3 LGSS, en relación con la extensión máxima de subsidio asistencial por desempleo, a favor de trabajadores con 52 o más años, que reúnan todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a la pensión de jubilación.

En la regulación anterior al 1 de enero de 2002, dicho subsidio se extinguía en el momento en el que el trabajador alcanzase la edad que

le permitiese acceder a la pensión contributiva de jubilación, en cualquiera de sus modalidades, de tal forma que, por ejemplo, si el trabajador tenía la condición de mutualista, el subsidio se extinguía en la fecha de cumplimiento, por parte del trabajador, de los 60 años.

La nueva regulación contenida en el citado artículo 216.3 LGSS prevé que el subsidio se extienda, como máximo, hasta que el trabajador alcance la edad ordinaria que se exija, en su caso, para causar derecho a la pensión de jubilación.

e) CUANTÍA DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

Hasta el 1 de enero de 2002, la cuantía de la pensión de jubilación tenía, como límite máximo, el 100% de la respectiva base reguladora, sin perjuicio de que, una vez calculado dicho importe, la pensión tuviese que ser reducida por la aplicación del tope máximo de percepción de pensión pública, vigente en cada momento.

El artículo 10 RDLJ establece una modificación en la materia señalada, a través de la inclusión de un nuevo apartado 2 en el artículo 163 LGSS, el cual permite la aplicación de un porcentaje superior al 100% a la base reguladora, en los supuestos en que el acceso a la jubilación se produzca con posterioridad al cumplimiento de los 65 años.

En tal sentido, el nuevo artículo 163.2 LGSS prevé que, en los supuestos en que se acceda a la pensión de jubilación a una edad superior a los 65 años, el porcentaje aplicable a la respectiva base reguladora será el resultado de sumar al 100%, un 2% adicional, por cada año completo que, en la fecha del hecho causante de la pensión, se haya cotizado desde el cumplimiento de los 65 años, siempre que en dicho momento el interesado tuviese acreditados 35 años de cotización.

f) MODIFICACIONES EN EL ÁMBITO DE INCAPACIDAD PERMANENTE

La Ley 24/1997, de 15 de julio, modificó la regulación de la incapacidad permanente, en el sentido de que no se pudiese acceder a la pensión, cualquiera que fuese la contingencia de la que derive, si el interesado, en el momento del hecho causante, había cumplido los 65 años de edad, siempre que aquél reuniese, en la indicada fecha, todos los requisitos para acceder a la pensión de jubilación.

Respecto a esta cuestión, las modificaciones introducidas por el RDLJ (artículos 8 y 9) son las siguientes:

- La limitación en el acceso a la pensión de incapacidad permanente, una vez que el interesado haya cumplido 65 años, sola-

mente operará respecto a la pensiones derivadas de contingencias comunes. Por ello, si la causa de la incapacidad deriva de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, se podrá acceder a la respectiva pensión, siempre que se acredite el grado correspondiente y se reúnan los demás requisitos establecidos.

- Cuando la causa de incapacidad permanente derive de una contingencia común, seguirá limitado el acceso a la pensión de incapacidad permanente, cumplidos por el trabajador los 65 años de edad, si el interesado reúne los requisitos de acceso a la pensión de jubilación. En este supuesto, y conforme a la Circular 3/98, se deberá notificar al interesado el derecho que le asiste de poder solicitar la pensión de jubilación.
- Si, por el contrario, acredita un determinado grado de incapacidad permanente, y el interesado no reúne requisitos para la pensión de jubilación, el mismo accederá a la pensión de incapacidad permanente, si bien la cuantía de la misma será el equivalente a aplicar sobre la respectiva base reguladora el porcentaje que corresponda al período mínimo de cotización en orden a la determinación de la pensión de jubilación, es decir, el 50%.

g) LIMITACIÓN EN LA DETERMINACIÓN DE LA BASE REGULADORA DE LAS PRESTACIONES, EN LOS SUPUESTOS DE EXONERACIÓN DE COTIZACIONES SOCIALES

Los artículos 11 (a través de la introducción de un nuevo artículo 112.bis LGSS) y 13 de RDLJ prevén una exoneración de cotizaciones, aplicable tanto a las aportaciones empresariales, como a las de los trabajadores, en el supuesto de trabajadores por cuenta ajena, así como de las cotizaciones en el Régimen de Autónomos, por todas las prestaciones derivadas de contingencias comunes, salvo la correspondiente a incapacidad temporal.

Esta exoneración de cotizaciones está limitada a los supuestos en que el trabajador tenga 65 años o más años de edad y acredite un período de cotización de 35 o más años.

Para evitar subidas artificiales de las bases de cotización, en los supuestos de exoneración de cotizaciones citados, con su efecto en el cálculo de las prestaciones, el artículo 12 RDLJ (mediante la inclusión de un nuevo apartado 6 en el artículo 162 LGSS) limita las bases de cotización, a partir del período de exoneración, que hayan de tenerse en cuenta a efectos del cálculo de la base reguladora de las prestaciones derivadas de contingencias comunes y a las que alcance la exoneración (es decir, todas las prestaciones, salvo la incapacidad temporal).

En el supuesto, y para la determinación de la base reguladora de las prestaciones, se limitan las bases de cotización del período de exoneración, en el sentido de que no pueden superar la cantidad resultante de incrementar el promedio de las bases de cotización del año natural inmediato anterior en el porcentaje de variación media conocida del IPC en el último año indicado.

Por lo que respecta a los trabajadores por cuenta propia, que tengan 65 años y 35 de cotización, el artículo 13.2 RDLJ prevé una exoneración de cotizaciones por todas las contingencias comunes, salvo la IT, previendo unas limitaciones similares en la consideración de las bases de cotización, por los períodos exentos de cotizar, a efectos de la determinación de la base reguladora de las prestaciones.

II. Criterios provisionales de aplicación de las novedades a que se refiere el apartado I

Respecto de las modificaciones normativas que se han comentado previamente, algunas entran en vigor el 1 de enero de 2002 de forma directa, mientras que otras precisan de la aprobación de las disposiciones reglamentarias para su entrada en vigor.

Por ello, en los apartados siguientes, se efectúan unos criterios provisionales de aplicación de aquellos preceptos contenidos en las disposiciones comentadas, cuya entrada en vigor, en toda su plenitud, se ha producido en fecha 1 de enero de 2002.

1. Extinción de la incapacidad temporal por incomparecencia injustificada a efectuar los reconocimientos médicos

En los supuestos en que, notificada a un beneficiario de la prestación de IT la obligación de someterse a un reconocimiento médico, si el mismo no comparece o no justifica la incomparecencia, se procederá a la suspensión cautelar en el percibo de la prestación, advirtiendo al interesado para que, en el plazo improrrogable de 10 días siguientes a la notificación, acredite la justificación de la incomparecencia.

Transcurrido dicho plazo sin acreditar causa de justificación a la incomparecencia o, cuando las alegaciones del interesado no fueran suficientes para justificar aquella, se procederá a la extinción de la prestación, con efectos del día siguiente a aquél en que debió efectuarse el oportuno reconocimiento médico.

2. Expedición de altas médicas en los procesos de IT

Dado el nuevo contenido del artículo 131.bis.1 LGSS, no procede la expedición de altas médicas en los procesos de IT, a los exclusivos efectos de las prestaciones económicas de la Seguridad Social, quedando sin efecto, en consecuencia, el contenido del Real Decreto 1.117/1998, de 5 de junio, así como la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 18 de septiembre de 1998, en lo que se refiere a dicha cuestión.

Por ello, cuando, como consecuencia de los reconocimientos y exámenes médicos practicados a los beneficiarios de las prestaciones de IT, por los servicios médicos adscritos a la Dirección Provincial correspondiente, se considere que el interesado ya no se encuentra en la situación de incapacidad, procederá, en todo caso, formular ante el respectivo Servicio de Salud propuesta de alta médica, en los términos previstos en el Real Decreto 575/1997, de 18 de abril, y en la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de 19 de junio de 1997.

3. Sanción con pérdida de la prestación con incomparecencia al reconocimiento médico

Con independencia de lo previsto en el punto 2 anterior, la Dirección Provincial está facultada para sancionar con la pérdida de la prestación de IT, previa la tramitación del correspondiente expediente, la infracción consistente (artículo 25 LISOS) en no acudir, sin causa justificada, a reconocimiento médico.

Dada la facultad atribuida por el artículo 131.bis, la posibilidad sancionatoria señalada no deberá aplicarse directamente desde la Dirección Provincial salvo que se haya levantado acta por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, con la correspondiente tramitación del oportuno expediente sancionador, salvo que la prestación haya sido ya extinguida en aplicación del artículo 131.bis.1 LGSS.

4. Prestación de IT que subsiste extinguido el contrato de trabajo

El nuevo artículo 222.1 LGSS modifica, como se ha señalado, la regulación jurídica de la prestación de IT, en los supuestos en que, encontrándose el interesado en dicha situación, se le extingue su contrato de trabajo.

Para una clarificación del contenido y alcance del nuevo artículo 222.1 LGSS habrá de tenerse en cuenta lo siguiente:

a) ALCANCE SUBJETIVO DE LA MODIFICACIÓN

La nueva regulación únicamente alcanza a los trabajadores por cuenta ajena, sin que la misma pueda extenderse a los trabajadores por cuenta propia.

Cuando se trate de los trabajadores señalados en último lugar, y los mismos estén percibiendo la prestación de IT, en el momento en que se cese en la actividad, los interesados seguirán percibiendo la prestación económica de la Seguridad Social hasta el momento en que se produzca una causa de extinción de la misma.

La nueva regulación alcanza a los supuestos de extinción del contrato de trabajo, cualquiera que sea la causa que origine la misma, que se produzcan a partir de 1 de enero de 2002, aunque, el proceso de IT se haya iniciado con anterioridad.

Por ello, cuando estando el trabajador en IT, se encuentra en alguna de las situaciones a que se refieren los párrafos 2 y 3 del artículo 208.1 LGSS se mantendría la regulación que se venía aplicando antes de 1.º de enero de 2002. Igual regulación se aplicará en el caso de los trabajadores fijos-discontinuos, a que se refiere el apartado 1.4 de dicho artículo.

En consecuencia, la nueva regulación alcanzará a todos los trabajadores por cuenta ajena (cualquiera que sea el Régimen en que estén encuadrados, salvo los incluidos en el Régimen de Empleados de Hogar) con independencia de que en el ámbito de la acción protectora se incluya o no el derecho a la prestación por desempleo y al margen de que reúnan o no los requisitos para el acceso a dicha prestación.

La nueva regulación se aplicará únicamente a los procesos de IT, en los que la extinción del contrato de trabajo se produzca a partir de 1 de enero de 2002, aunque, el proceso de IT se haya iniciado con anterioridad.

b) CUANTÍA DE LA PRESTACIÓN

Una vez que el INSS tenga conocimiento de la extinción del contrato de trabajo, y con efectos desde el día siguiente a la fecha de aquella, se procederá a modificar la cuantía de la prestación de IT, de modo siguiente:

Siempre que el interesado, en el ámbito de la acción protectora, tenga derecho a desempleo, con independencia de que reúna o no los requisitos para acceder a la respectiva prestación contributiva, la base reguladora pasará a ser el promedio de las bases de cotización por contingencias profesionales, excluidos los conceptos por horas extraordinarias, correspondiente a los 180 días anteriores a la extinción del contrato.

En el supuesto de que el trabajador no tenga derecho a desempleo, en el ámbito de la acción protectora, la base reguladora será equivalente al promedio de las bases de cotización por contingencias profesionales, excluidos los conceptos por horas extraordinarias, correspondientes al período de 180 días anteriores al hecho causante de la prestación.

En el caso de que el trabajador alegase un derecho de desempleo anterior (que estaba suspendido) la Dirección Provincial efectuará comunicación al Instituto Nacional de Empleo, con la finalidad de que por dicho Organismo se certifique la base reguladora de la prestación por desempleo.

El porcentaje pasará a ser el 70% durante los 180 días siguientes al de la extinción del contrato de trabajo. Agotados los 180 días señalados, el porcentaje será del 60%.

Lo anterior se entiende sin perjuicio de que el interesado alegue la reanudación de un derecho anterior suspendido. En estos casos, la Dirección Provincial procederá a efectuar comunicación al INEM, en orden a que por dicho Organismo se certifique el porcentaje aplicable sobre la base reguladora correspondiente al derecho que se reabre.

En todo caso, deben tenerse en cuenta los topes de la prestación de desempleo contenidos en el artículo 211.3 LGSS y en el artículo 4.4 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, sobre prestación de desempleo.

Los indicados topes son:

- 170% del salario mínimo interprofesional (SMI), cuando el trabajador no tenga ningún hijo a cargo.
- 195%, cuando tenga un hijo.
- 220%, cuando tenga dos o más hijos.

A tales efectos, se entiende que se tienen hijos a cargo cuando estos sean menores de 26 años o mayores incapacitados, carezcan de renta de cualquier naturaleza superiores al SMI y convivan con el beneficiario.

5. Prestación de IT causada desde la situación de desempleo

El apartado tercero del artículo 222 LGSS modifica la regulación de la prestación de IT, en los casos en que se cause la misma desde la situación de desempleo, si bien la regulación difiere sustancialmente según que el proceso de IT sea una recaída de otro anterior iniciado antes de la extinción del contrato de trabajo o, por contrario, constituya un nuevo proceso.

Las reglas que se indican a continuación se aplicarán a los procesos de IT, causados desde la situación de desempleo, en los que el agota-

miento del período de percepción de desempleo se produzca a partir de 1.º de enero de 2002, aunque el correspondiente proceso de IT se haya iniciado con anterioridad.

a) RECAÍDA DE UN PROCESO ANTERIOR

En este caso, la regulación contenida en la LAC no modifica sustancialmente la anterior, salvo en lo que se refiere a la cuantía de la prestación, una vez que agote el período de desempleo, ya que a partir de dicha fecha la prestación de IT se sigue percibiendo en la cuantía de desempleo y no mediante la aplicación de las reglas propias de la IT, como sucedía con anterioridad.

La nueva regulación se aplicará a los procesos de IT, en los que el agotamiento en el período de percepción de desempleo se produzca a partir de 1 de enero de 2002, con independencia de la fecha en que se iniciaron aquellos.

b) NUEVO PROCESO IT

En el supuesto, si bien durante el período en que el desempleado percibe la IT directamente del INEM la regulación anterior no sufre modificación, sin embargo se produce una alteración sustancial, desde el momento en que el trabajador pasa a recibir la prestación directamente de la Dirección Provincial del INSS, por haberse agotado el período de prestación de desempleo.

A partir de la fecha indicada, deberá modificarse la cuantía de la prestación de IT, que pasará a ser del 75% del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de pagas extraordinarias, es decir, que el importe diario de la prestación de IT, en los supuestos referidos, será, en el 2002 y conforme a las previsiones contenidas en el Real Decreto 1.466/2001, de 27 de diciembre, 11,06 euros/día.

La nueva regulación se aplicará a los procesos de IT, en los que el agotamiento en el período de percepción de desempleo se produzca a partir de 1 de enero de 2002, con independencia de la fecha en que se iniciaron aquellos.

6. *Jubilación parcial*

En el ámbito de la jubilación parcial las modificaciones introducidas no alteran, en principio, los criterios que se vienen aplicando. Por ello, entre tanto se promulguen las normas reglamentarias a que alude

el artículo 166.4 LGSS (en la redacción dada por el artículo 2 RDLJ) se seguirán aplicando los criterios en vigor.

7. Compatibilidad entre el percibo de la jubilación y la realización de un trabajo a tiempo parcial

Como se ha indicado en el apartado 1.4 c), el artículo 1 RDLJ prevé la posibilidad de que una persona que venga percibiendo la pensión de jubilación pueda compatibilizar el percibo de la misma con la realización de un trabajo a tiempo parcial, si bien con la reducción proporcional de importe de la pensión.

No obstante, hay que advertir que la regulación de la compatibilidad señalada queda condicionada a los términos que reglamentariamente se establezcan, por lo que hasta que no entren en vigor las disposiciones reglamentarias oportunas se deberá seguir aplicando en su integridad lo establecido en el artículo 161 LGSS, así como en el artículo 16 de la Orden del entonces Ministerio de Trabajo de 18 de enero de 1967, sobre pensión de jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social.

8. Prestaciones de muerte y supervivencia

El RDMS contiene de forma detallada la nueva regulación aplicable a dichas prestaciones, sin que sea preciso el dictado de instrucciones provisionales, en tanto se procede a la adecuación y modificación de la Circular 3/1998.

No obstante, se hace las siguientes advertencias:

a) LÍMITE DE LAS PENSIONES DE VIUEDAD Y ORFANDAD DERIVADAS DE UN MISMO CAUSANTE

El artículo 1.4 RDMS prevé que la suma de las pensiones de viudedad y orfandad, derivadas de un mismo causante no podrán superar el límite de 100% de la base reguladora (artículo 179.4 LGSS).

Dicho límite operará respecto de las pensiones que se causen a partir del 1 de enero de 2002, de manera que, durante dicho ejercicio y por lo que se refiere a las pensiones citadas, la suma de las pensiones de orfandad que concurren con una pensión de viudedad no podrán superar nunca el 54% de la base reguladora, o del 30% (en el supuesto de que

concurran con una pensión de viudedad calculada con el 70% de la base reguladora).

Sin embargo, por lo que se refiere a las pensiones causadas, con anterioridad al 1 de enero de 2002, la modificación de la pensión de viudedad no alterará, en modo alguno, la cuantía de las pensiones de orfandad, derivadas del mismo causante.

b) APLICACIÓN DE LA NO EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN DE VIUEDAD POR NUEVO MATRIMONIO DEL PENSIONISTA

El artículo 2 RDMS establece los requisitos para que la pensión de viudedad no se extinga, aunque el preceptor de la misma contraiga nuevo matrimonio.

Esta nueva regulación se aplicará exclusivamente a las pensiones que se estén percibiendo el 1 de enero de 2002, o que, aún no percibiéndose en dicha fecha, estuviesen suspendidas, pero sin que pueda ser aplicada a los pensionistas cuya pensión de viudedad fue extinguida, por cualquiera de las causas previstas en el ordenamiento vigente, antes de la entrada en vigor de la LAC, es decir, el 1 de enero de 2002.

9. *Adopción de medidas cautelares*

La nueva Disposición adicional 17.bis LGSS posibilita a la Entidad Gestora para que pueda adoptar medidas cautelares cuando los beneficiarios no presenten, en el plazo establecido, los documentos, declaraciones o datos, a que vengan obligados, y que puedan afectar al mantenimiento del correspondiente derecho.

En tal sentido, cuando fijada en norma expresa, no sólo la obligación de presentar el documento, la declaración o dato correspondiente, sino también el plazo para ello (por ejemplo, las declaraciones de ingresos a efectos de complementos a mínimos), transcurrido dicho plazo, sin que el interesado haya cumplido la citada obligación, la Dirección Provincial procederá a efectuar notificación al interesado para que presente dicha declaración, documento o dato en el plazo improrrogable de 10 días, advirtiéndole que, en caso contrario, se procederá a la suspensión cautelar de la prestación.

De adoptar la medida, la suspensión tendrá efectos desde el día siguiente al que finalizó el primer plazo de presentación de la declaración, documento o dato. Una vez que por el interesado se presente la declaración, documento o dato se repondrá el percibo de la prestación

(si se mantienen los requisitos para ello) desde la fecha en que tuvo efectos la suspensión.

Cuando exista en la norma la obligación de presentar el documento, declaración o dato, sin que esté fijado el plazo para ello, en la notificación que realice la Dirección Provincial, se le advertirá directamente al interesado sobre la suspensión cautelar de la prestación, desde el día siguiente al que finalice el indicado plazo, en el supuesto de que no presente los documentos, declaraciones o datos respectivos.

Una vez que por el interesado se presente la declaración, documento o dato, se repondrá el percibo de la prestación (si se mantienen los requisitos para ello) desde la fecha en que tuvo efectos la suspensión.

10. *Normas procedimentales*

Las Normas procedimentales contenidas en la LAC (nueva Disposición Adicional 25 LGSS y nueva redacción del artículo 71 LPL) en nada altera los criterios que se venían aplicando respecto a las materias contenidas en dichos preceptos salvo en las dos cuestiones que a continuación se señalan:

- a) El plazo para contestar la reclamación previa es de 45 días a partir de la formulación de la misma.
- b) Excepcionalmente, pueden haber supuestos en los que, ante la Dirección Provincial, se puedan presentar reclamaciones previas contra las resoluciones expresas o presuntas dictadas por las Mutuas a tenor de lo establecido en el párrafo 2.º, apartado 2, del artículo 71 LPL.

El único supuesto incluido en las previsiones del artículo citado en último lugar, es el de la negativa de la Mutua, de forma expresa o presunta, a reconocer una prestación de IT derivada de contingencias profesionales o el supuesto en que, reconocida por la Mutua una prestación de IT derivada de contingencias comunes, el interesado alegue que la causa originaria de la situación de IT es una contingencia profesional.

En estos casos, si se formulase reclamación previa ante la Dirección Provincial del INSS, contra una resolución expresa o tácita de la Mutua, se procederá a solicitar informe a la Entidad colaboradora, así como el expediente que dio lugar a la resolución recurrida, decidiendo la Dirección Provincial la contingencia de la que deriva la prestación y

comunicando su resolución, tanto al interesado como a la Mutua, a fin de que por ésta puedan ejercerse las acciones que se estimen convenientes.

11. *Cuantía de la pensión en los supuestos de jubilación anticipada por aplicación de derecho transitorio*

El RDLJ, en su artículo 4, ha modificado los porcentajes reductores de la cuantía de la pensión, en los supuestos de acceso a la misma, en virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria 3.^a LGSS.

En este ámbito se seguirán aplicando los criterios dictados hasta el momento, si bien teniendo en cuenta que frente a la regulación anterior (en las que existían únicamente 2 coeficientes reductores, según cuál fuese la forma de acceso a la pensión) en la regulación vigente a partir de 1 de enero de 2002, los coeficientes se diferencian según la forma de acceso a la pensión de jubilación y el período cotizado.

Si el trabajador accede a la pensión de jubilación y el acceso a la misma se debe a causa imputable al mismo, el coeficiente sería siempre el 8%.

Si el trabajador accede a la jubilación y la relación laboral previa se ha extinguido por las causas previstas en la Disposición Transitoria 2.^a.2.a) del Real Decreto 1647/1997, de 30 de octubre, o en los supuestos del apartado 3 de dicha Disposición Transitoria, el coeficiente será, según cual sea el período cotizado, el siguiente:

- Con 30 o menos años: el 8%.
- Con 31 a 34 años cotizados, ambos inclusive: 7,5%.
- Con 35 a 37 años cotizados, ambos inclusive: 7%.
- Con 38 ó 39 años cotizados, ambos inclusive: 6,5%.
- Con 40 o más años cotizados: 6%.

12. *Nuevo mecanismo de jubilación anticipada con minoración de la cuantía de la pensión*

Como se ha indicado, el artículo 3 RDLJ (a través de la modificación del artículo 161 LGSS) establece la posibilidad de jubilación anticipada a partir de los 61 años, con independencia de que el interesado tuviese o no la condición de mutualista antes de 1 de enero de 1967, siempre que se cumplan los requisitos que se han señalado en el apartado I anterior.

Por ello, la posibilidad de que se pueda acceder a la jubilación anticipada, requiere la acreditación de los siguientes requisitos:

- Tener una edad mínima de 61 años.
- Tener acreditados 30 años de cotización, sin computar la parte proporcional de pagas extras.
- Estar inscrito como demandante de empleo y haberlo estado durante un período de, al menos 6 meses antes de la solicitud de la pensión.
- Que el cese en el trabajo, como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo, no se haya producido por causa imputable a la libre voluntad del trabajo.

Para la acreditación de este último requisito se aplicará, en tanto no se aprueben las oportunas disposiciones reglamentarias, las previsiones contenidas en los apartados 2 y 3 de la Disposición Transitoria 2.^a, del Real Decreto 1.647/1997, así como, en lo que resulte de aplicación la Circular de este Instituto 3/98.

La cuantía de la pensión se minorará aplicando el porcentaje que se señala, en función de los años que falten al trabajador para cumplir los 65 años, así como el período de cotización que tenga acreditado, del modo siguiente:

- Con 30 o menos años: 8%.
- Con 31 a 34 años cotizados, ambos inclusive: 7,5%.
- Con 35 a 37 años cotizados, ambos inclusive: 7%.
- Con 38 o 39 años cotizados, ambos inclusive: 6,5%.
- Con 40 o más años cotizados: 6%.

13. *Cuantía de la pensión cuando se accede a la misma con más de 65 años*

El artículo 10 RDLJ incorpora un nuevo apartado 2 en el artículo 163 LGSS, posibilitando que, en determinados supuestos, el porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación pueda superar el 100%.

Los supuestos en los que cabe tal posibilidad son los de acceso a la pensión acreditando 35 años de cotización, y a una edad de 66 o más años.

Para la aplicación de lo establecido en el nuevo artículo 163 LGSS, se aplicará lo siguiente:

- a) Sobre la base reguladora de la pensión se aplicará la escala de coeficientes a que se refiere el apartado 1.º del artículo 163 LGSS.

- b) Si el interesado acredita 35 años de cotización en la fecha del cumplimiento de los 65 años, se añadirá un 2% por cada año cotizado en que se acceda a la jubilación más allá de los 65 años. Por ejemplo, si el trabajador acredita, en el cumplimiento de los 65 años de edad, 35 de cotización y accede a la pensión a los 66 años, el porcentaje aplicable a la base reguladora sería el 102%; si en el mismo supuesto se accede a la pensión a los 67 años de edad, el porcentaje sería el 104%.
- c) Si en el cumplimiento de los 6 años no se acreditan 35 años de cotización, el porcentaje adicional se aplicará a partir de la fecha en que se cumpla dicho período. Por ejemplo, el supuesto de un trabajador que en la fecha del cumplimiento de los 65 años de edad, acredita 34 años de cotización. A los 66 años, acreditará 35 años de cotización, el 2% adicional se aplicará por cada año cotizado que transcurra desde que se acrediten los 35 años de cotización; es decir, en este ejemplo, se tendría derecho al 102% si se accede a la jubilación a los 67 años.
- En ningún caso la cuantía de la pensión obtenida (incluso con un porcentaje de base reguladora superior al 100%) podrá ser superior al importe que, en cada momento, esté vigente, como tope de percepción de pensión pública.

14. *Subsidio asistencial de desempleo para mayores de 52 años*

El artículo 5 RDLJ modifica el artículo 216.3 LGSS, en el sentido de extender la vigencia del subsidio asistencial de desempleo para trabajadores con 52 o más años, que reúnan todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a la pensión de jubilación, hasta la fecha en que, en cada caso, se tenga derecho a la pensión ordinaria de jubilación.

Por ello, deberá variarse el sentido de la certificación que se viene realizando, con destino al INEM, en los supuestos señalados, eliminando la referencia a la posibilidad del trabajador de jubilarse a los 60 años, por aplicación de derecho transitorio.

Por el contrario, la certificación del INSS acreditará la fecha en que el trabajador cumple los 65 años de edad, o aquella en la que el interesado puede jubilarse, antes del cumplimiento de dicha edad, por pertenecer a colectivos a los que les son de aplicación los coeficientes reductores de la edad de jubilación, o de aquellos a los que la normativa específica establece, como edad ordinaria de jubilación, una inferior a los 65 años.

15. *Incapacidad permanente*

A partir del 1 de enero de 2002 debe entenderse modificado, por aplicación del nuevo contenido de los artículos 138.1 y 139.5, ambos de la LGSS, el artículo 6 del R.D. 164/1997, de 31 de octubre, de desarrollo de la Ley 24/1997, de 15 de julio, así como la Circular de este Instituto 3/1998, todo ello en el siguiente sentido:

- a) Se admitirá el acceso a la prestación de incapacidad permanente, en el grado que corresponda, aunque el solicitante tenga 65 años en la fecha del hecho causante, si la contingencia de la que deriva la incapacidad permanente, es un accidente de trabajo o una enfermedad profesional.
- b) Por lo que se refiere a las pensiones de incapacidad permanente, derivadas de contingencias comunes, cuando el interesado tenga, en la fecha del hecho causante, 65 o más años de edad y no reúna los requisitos exigidos para acceder a la pensión de jubilación, se actuará del siguiente modo:
 - Se procederá a la calificación de la situación de incapacidad en el grado que corresponda.
 - Se determinará la base reguladora de la pensión, aplicando las normas vigentes.
 - Por último, sobre la base reguladora no se aplicará el porcentaje que corresponda, con carácter general, al grado de incapacidad reconocido, sino el del 50%.

Este último porcentaje se aplicará en todos los grados de incapacidad permanente reconocidos incluso en el correspondiente a la gran invalidez.

16. *Determinación de la base reguladora de las prestaciones económicas, en los supuestos y por los períodos en que el interesado esté exonerado de cotizar*

Los artículos 11 y 13 RDLJ prevén que, en determinados supuestos, exista la exoneración de cotizaciones sociales por contingencias comunes, salvo la IT cuando el trabajador tenga 65 o más años de edad y acredite un período de cotización mínimo de 35 años, en el momento del cumplimiento de la edad indicada, o en otro posterior.

A su vez el artículo 162.6 LGSS (incorporado por el artículo 12 RDLJ) así como el apartado 2 del artículo 13 del citado RDLJ prevé

determinadas limitaciones en el cálculo de la base reguladora de las prestaciones a que alcance la exoneración.

Para la aplicación de tales limitaciones, se actuará del siguiente modo:

- a) Las limitaciones en las bases de cotización a tener en cuenta en la respectiva base reguladora alcanzan a todas las prestaciones económicas por contingencias comunes, salvo la de IT.
- b) Las limitaciones indicadas únicamente serán por los períodos a partir de los cuales opera la exoneración de cotizaciones.
- c) En los supuestos indicados por los supuestos señalados, a efectos de la determinación de la base reguladora se aplicará lo siguiente:

— *Trabajadores por cuenta ajena:*

- A partir de la fecha de la exoneración, se tomarán en principio las bases por las que haya venido cotizando el interesado, siempre que su importe no exceda del límite que se indica en el párrafo siguiente.
- A efectos del límite indicado, la base de una mensualidad (correspondiente al período exento) no podrá ser superior al resultado de incrementar el promedio de las bases de cotización del año natural inmediatamente anterior, en el porcentaje de variación del IPC correspondiente a este último año.

Por ejemplo, si la exoneración de cuotas se iniciase a partir del 1 de julio de 2002, la base de cotización de ese mes no podría ser superior al resultado de incrementar el promedio de las bases de cotización del ejercicio 2001, en el porcentaje de variación del IPC en este último año (período enero-diciembre).

— *Trabajadores por cuenta propia:*

A efectos de la determinación de la base reguladora de las prestaciones a las que alcance la exoneración de cuotas, se aplicarán las reglas establecidas para los trabajadores por cuenta ajena.

Fernando Manrique López
Julio 2002

EL SISTEMA GENERAL DE FINANCIACION AUTONOMICA EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA

Dr. Javier Pérez Arraiz

Sumario: 1. El fenómeno de la descentralización financiera. 2. La descentralización financiera en España. 3. La Autonomía en la Constitución Española. 4. La Financiación de las comunidades autónomas en la Constitución Española: 4.1. Introducción. 4.2. La financiación de las comunidades autónomas: 4.2.1. La autonomía financiera. 4.2.2. Los recursos de las comunidades autónomas: A) Las previsiones del artículo 157.1. B) Los principios de territorialidad y de libertad de movimiento. C) La previsión de una ley orgánica en la financiación autonómica.

Antes de exponer el tratamiento que el texto constitucional ha dado a la financiación de las Comunidades Autónomas, conviene previamente hacer referencia tanto a lo que supone el fenómeno de la descentralización financiera, como al significado que tiene éste en España. También será necesario poner atención al principio de autonomía, principio que constituye uno de los pilares básicos del orden constitucional español. Para ello, a continuación, desarrollaremos estos puntos con el fin de acercarnos al panorama de la autonomía financiera española, en lo que a la Constitución se refiere.

1. El fenómeno de la descentralización financiera

En la actualidad el federalismo fiscal está siendo muy estudiado. Los motivos por los cuales se presta tanta atención a este tema, tanto desde el punto de vista político como económico y jurídico, se podrían resumir en los siguientes: a) Por una parte, tendríamos la existencia, durante un largo período de tiempo, de una fuerte centralización del sector público, que ha hecho pensar que las ventajas de la descentralización pueden ser superiores a las desventajas. El fenómeno no obstante, es más complejo. Se ha destacado¹ cómo muchas naciones con

¹ MOLDES, E. y CARAMES, L.: «La financiación de las autonomías y las haciendas municipales: algunos aspectos esenciales», *Revista de Economía y Hacienda Local*, núm. 27, 1979, p. 487.

sistemas federales están cuestionando sus organizaciones fiscales y buscan una mayor uniformidad tributaria. Por otra parte, en países europeos de tradición centralista, el proceso evolutivo parece inclinarse más hacia la descentralización del gasto que hacia la descentralización tributaria. En esta situación, que podría parecer paradójica, en España surge una fuerte corriente en lo que respecta a la autonomía tributaria. b) Otro motivo que hay que tener en cuenta es que, las dificultades financieras que en algunas ocasiones han tenido los gobiernos locales para gestionar sus intereses, han producido un posicionamiento favorable a la descentralización fiscal. c) Y por último, y ya desde un punto de vista de la psicología del contribuyente, cabe decir que el ciudadano medio prefiere que las decisiones públicas que le afectan, sean tomadas desde el mismo entorno en el que él vive, sea este entorno local o regional, y no que estas decisiones sean tomadas por una autoridad lejana a dicho entorno, y en muchas ocasiones poco sensible a ciertos problemas locales o regionales².

La descentralización fiscal se nos presenta como un instrumento con el que se puede conseguir una mejor correspondencia entre las preferencias de los ciudadanos y la oferta de los servicios públicos. Y ello ocurre tanto en el caso de un bien de consumo colectivo, como en el de bienes de consumo privado perfectamente divisibles. Igualmente, desde un punto de vista económico, la descentralización ofrece un marco óptimo para la prestación de servicios colectivos y públicos ya que posibilita detectar mejor que un sistema centralizado las necesidades sociales, permitiendo abaratar y racionalizar la oferta de bienes públicos³.

Así, la descentralización de los servicios públicos se va a concretar en una mayor eficiencia, especialmente en la asignación de recursos. Por lo que siempre que haya que tratar un entorno complejo,

² En este sentido véase ALBIÑANA, C.: «La armonización de las potestades tributarias regionales en España», *Documentación Administrativa*, núm. 189, 1981, pp. 161 y 162. ALBI, E.: «El federalismo fiscal», *Hacienda Pública Española*, núm. 51, 1978, pp. 43 y 44. Afirma este autor, respecto del federalismo fiscal, que «su núcleo más central está constituido por la idea de que la extensión del poder y las responsabilidades fiscales a los gobiernos locales es más beneficiosa que perjudicial para el bienestar de la sociedad». Véase SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A.: *La corresponsabilidad fiscal de las Comunidades Autónomas*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 37 y ss.

³ BULUTOGLU: «Descentralización fiscal: Una panorámica de las contribuciones positivas y normativas» en la obra conjunta, *Financiación de las Autonomías*. H. Blume, Madrid, 1979, p. 69. SEGURA, J.: Prólogo a la obra de A. GIMÉNEZ, J.J. López Hernando y Leopoldo Pons: *La descentralización fiscal frente a la crisis económica. (Aspectos económicos de las elecciones municipales y de las autonomías regionales)*. H. Blume, Madrid, 1978, p. 8.

será esencial algún grado de descentralización, ya que no tiene sentido que en una sociedad no homogénea, se centralicen todas las decisiones⁴.

Antes de seguir adelante, conviene aclarar que el término «federalismo fiscal», se utiliza como sinónimo de sistema fiscal descentralizado, bien tenga lugar éste, en un Estado federal, regional o bien, en un Estado unitario descentralizado⁵.

2. La descentralización financiera en España

En cuanto a la descentralización en España, habría que señalar que antes de la aprobación de la Constitución de 1978, España se caracterizaba por ser un Estado centralista-intervencionista. Existía una centralización del gasto público por parte del Estado, y a pesar de que existían otros niveles de gobierno distintos de los del Estado, como eran la provincia y el municipio, su financiación estaba fuertemente centralizada. Por todo ello, la Hacienda local ha estado sometida a la tutela del Estado⁶.

A partir de las reformas iniciadas en España en 1977, y posteriormente consolidadas por la Constitución de 1978, nos encontramos con un Estado organizado en base al principio de autonomía. Aparece un nuevo nivel de gobierno, como es el de las Comunidades Autónomas, las cuales tendrán capacidad normativa plena en las competencias asumidas por sus propios estatutos. Por otra parte, la autonomía para gestionar intereses propios se extiende también a la provincia y al municipio. A diferencia de la descentralización de ciertos países federales, el proceso de descentralización seguido en España, es un proceso de arriba a abajo, es decir, se parte de una situación totalmente centralizada, lo cual, tiene como ventajas la posibilidad de diseñar desde un principio todo el proceso de descentralización, así como realizarlo en un período relativamente breve⁷. En España, las ideas descentraliza-

⁴ BLANCO-MAGADÁN, J.A.: «Descentralización del sector público (la distribución de competencias de gasto entre la Administración central y las regiones autónomas)», *Hacienda Pública Española*, núm. 67, 1980, p. 146. BIRD, R.M. y HARTLE, D.G.: «La estructura gubernamental», en la obra conjunta *Financiación de las Autonomías*, H. Blume, Madrid, 1979, pp. 54 y 60.

⁵ ALBI, E.: «El federalismo fiscal», cit., p. 44.

⁶ SEVILLA, J.V. y FERNÁNDEZ MARUGÁN, F.M.: «La financiación de las autonomías en España: situación y perspectiva», *Revista de Estudios Regionales*, Universidad de Málaga, núm. 6, 1980, pp. 111 y 112.

⁷ SEVILLA, J.V. y FERNÁNDEZ MARUGÁN, F.M.: «La financiación de las autonomías...», cit., pp. 112 y ss.

doras han tenido mucha aceptación, no ya sólo por el hecho de que males como el retraso económico, se achacaron al sistema centralista del régimen anterior, sino también porque desde el punto de vista político, la descentralización se vio íntimamente ligada a la forma política democrática⁸. Esta identificación se debió quizás, a la simultaneidad con que se produjo la recuperación de las libertades democráticas y el reconocimiento de las peculiaridades regionales a nivel institucional⁹. Un ejemplo de lo que estamos comentando lo tenemos en las palabras de MARTÍN TOVAL¹⁰ pronunciadas en el Congreso de los Diputados el 4 de julio de 1978, y con las cuales afirmaba que «la conversión de España en un Estado de las Autonomías, es lo único que puede significar de verdad la ruptura real con el franquismo, la ruptura real con el centralismo agobiante y castrador de riquezas culturales y sociales; la ruptura con el centralismo empobrecedor de regiones, que aquí es donde están las diferencias y los desequilibrios regionales». Incluso la Comisión de Expertos sobre la Financiación de las Comunidades Autónomas¹¹ definió el proceso autonómico como un mecanismo de consolidación democrática. Y es que no pocas veces la idea de democracia, se ha unido a la idea de diversidad¹².

Por otra parte la regionalización o autonomía, supuso para muchos, un posible instrumento para solucionar el llamado problema vasco y problema catalán. Se buscaba una situación en la que pudieran coexistir la unidad española, con la posibilidad de autogobierno en las regiones que históricamente habían sido más reivindicativas en este plano. Pero la solución aislada a estos problemas podía haber perturbado el funcionamiento del Estado¹³, por ello, y aunque para algunos autores¹⁴ resulte

⁸ MOLDES, E. y CARAMES, L.: «La financiación de las autonomías y las haciendas municipales: algunos aspectos esenciales», pp. 487 y 488.

⁹ MARTÍN QUERALT: «La institucionalización de la Hacienda en los futuros estatutos de autonomía», *Hacienda Pública Española*, núm. 59, 1979, p. 114.

¹⁰ *Constitución española. Trabajos Parlamentarios*, (en adelante C.E.T.P.) vol. II, Publicación de las Cortes Generales, Madrid, 1980, p. 1910.

¹¹ *Informe de la Comisión de Expertos sobre la Financiación de las Comunidades Autónomas*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, p. 12.

¹² Afirma CONNALLY, John B. («El punto de vista de un miembro del gobierno sobre el federalismo fiscal», *Financiación de las autonomías*, H. Blume, Madrid, 1979, p. 220) que «uno de los grandes secretos de esta sociedad democrática en que vivimos, es que existe lugar para la ingenuidad, para la experimentación, para la diversidad, diversidad de gentes, de geografía, de soluciones a los problemas; a nivel de ciudades, de condados, y de Estados».

¹³ GARCÍA-MARGALLO, J.M.: «Los ingresos de las comunidades autónomas», en *Hacienda Pública Española*, núm. 65, 1980, p. 93.

¹⁴ MOLDES, E. y CARAMES, L.: «La financiación de las autonomías y las haciendas municipales...», cit., p. 488.

sospechoso el énfasis que han dado a la descentralización las regiones de mayor peso económico, cabe afirmar que el tema regional o autonómico se planteó con carácter general¹⁵.

Van a ser la igualdad y la generalidad las dos coordenadas sobre las que se concibe el planteamiento autonómico¹⁶. De esta forma se ha destacado que la autonomía se concibe, como una posibilidad abierta a todas las regiones, como un derecho que no deriva solamente de elementos diferenciales, históricos o culturales, sino también de la necesidad de articular de forma racional un conjunto de pueblos diversos para conseguir un Estado más funcional, y, en especial, para posibilitar una mayor participación ciudadana en los poderes públicos¹⁷.

En definitiva, la autonomía se concibe como un derecho que deriva de la necesidad de articular de forma racional un conjunto de pueblos diversos para conseguir un Estado más funcional. Ahora bien, para algunos autores en el proceso autonómico, se va a dar un vicio de origen como es, el querer hacer convivir el principio de generalización de la autonomía, con el de concepción singularizada de las autonomías históricas¹⁸.

La descentralización va a suponer la institucionalización de dos niveles jurisdiccionales, dotados de competencias exclusivas, capacidad normativa sobre competencias asumidas, y órganos representativos. Estos dos niveles son las Comunidades Autónomas y la Administración Central¹⁹, siendo las Comunidades Autónomas un auténtico ente de gobierno y no un mero «ente administrativo o circunscripción territorial de una política central»²⁰.

¹⁵ Afirma TORNOS, J. («La intervención de las Comunidades Autónomas en la economía», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 21, 1979, p. 222), en torno a este tema, que el regionalismo o autonomismo se ha planteado «como un tema que afecta a todo el Estado, que ya no admite soluciones particulares, debido ello precisamente a los desequilibrios económicos regionales, a la irracionalidad de un Estado centralizado, a la necesidad de replantearse de forma global la actuación de un poder central en crisis.

El intervencionismo económico estatal ha puesto de manifiesto las insuficiencias de un tipo de Estado cuya reforma exige una distribución de poderes por razones distintas, lo que no significa excluyentes, a las de dar satisfacción a los lógicos sentimientos históricos de determinadas nacionalidades».

¹⁶ SEVILLA, J.V. y FERNÁNDEZ MARUGÁN, F.M.: «La financiación de las autonomías...», cit., p. 113.

¹⁷ AGUIRRE DE LA HOZ, J.: *Ley orgánica de financiación de las comunidades autónomas*. Presidencia del Gobierno, Madrid, 1980, p. 10.

¹⁸ GARCÍA-MARGALLO, J.M.: «Los ingresos de las comunidades autónomas», cit., pp. 93 y 94.

¹⁹ BLANCO-MADAGÁN, J.A.: «Descentralización del sector público...», cit., p. 138.

²⁰ TORNOS, J.: «El proceso de distribución de las competencias económicas y la necesaria unidad de la política económica», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 29, Madrid, 1981, p. 320.

Se ha señalado que el planteamiento autonómico debe dirigirse a «garantizar la equidad en el disfrute de los resultados del proceso productivo, pero no hacia la semejanza de las estructuras productivas»²¹. La existencia de niveles distintos de decisión, autónomos entre sí, trae consigo problemas como son: la distribución de competencias, la de recursos para financiarlas y la necesidad de establecer mecanismos de compensación que garanticen tanto la equidad, como la suficiencia financiera²². Pero por su parte, el proceso autonómico tendrá como ventajas, el posibilitar una mayor claridad y transparencia del sector público, así como una mayor eficacia en la prestación de servicios públicos, ajustándolos a las preferencias de los ciudadanos²³.

3. La autonomía en la Constitución Española

El artículo 2 de la Constitución Española²⁴ establece lo siguiente:

«La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas».

Con la autonomía aparece una nueva estructura del Estado, con la que se añade al Ordenamiento Jurídico español, una nueva dimensión

²¹ SEGURA, J.: Prólogo a la obra de A. Giménez, J.J. López Hernando y Leopoldo Pons: *La descentralización...*, cit., p. 8.

²² BLANCO-MADAGÁN, J.A.: *Descentralización del sector publico...*, cit., pp. 137 y 138.

²³ *Informe de la Comisión de Expertos sobre la Financiación de las Comunidades Autónomas*, cit., p. 12.

²⁴ El artículo 2 de la Constitución fue quizás uno de los más polémicos a la hora de su aprobación. La introducción en su texto del término «nacionalidades» iba a levantar ciertos recelos entre los parlamentarios. Así, SILVA MUÑOZ (C.E.T.P., cit., vol. II, p. 1.897) afirmaba en el Congreso, en sesión del 4 de julio de 1978, lo siguiente:

«Quiero creer que en el ánimo de la inmensa mayoría de los señores Diputados no existe propósito alguno de aceptar el secesionismo y, por consiguiente, el fraccionamiento de la unidad nacional, pero no podemos ignorar que hay quienes eso pretenden de un modo inequívoco. Quizá a ello obedezca la barroca redacción del artículo 2 del anteproyecto de Constitución. Para él, de una parte, se reconoce que la Constitución se fundamenta en la unidad de España y que España es la Patria común e indivisible de todos los españoles, pero, de otra, se reconoce el derecho a la autonomía de las regiones y nacionalidades que integran la indivisible unidad de la nación española. De este texto resulta prácticamente imposible la conjugación y convivencia de dos ideas: de un lado, la de que existen unas nacionalidades, y, de otro, que éstas integran la indivisible unidad de otra nación, que es España. Ambos términos, “nación” y “nacionalidades”, se implican y se complican: no pueden existir al mismo tiempo y en el mismo territorio la unidad de la nación española y

espacial²⁵. La distinción a que hace referencia el artículo 2 entre nacionalidades y regiones es muy ambigua. Se ha calificado este artículo como «oscuro y poco afortunado»²⁶, lo cierto es que la distinción señalada es inoperante a efectos constitucionales, ya que en el Título VIII de la Constitución española²⁷, en el cual se concreta esta autonomía, se habla exclusivamente de Comunidades Autónomas como un ente que tiene autonomía, sin que se establezcan diferencias por el hecho de que éstas sean regiones o nacionalidades²⁸.

Una vez reconocida la autonomía a los nuevos entes, hay que hacer que ésta sea efectiva, para ello habrá que dotarla de unos medios económicos y financieros. En este sentido, la descentralización de funcio-

otras nacionalidades porque esto apunta inexorablemente a que esas naciones tengan sus respectivos "status".

Esta incoherencia no es teórica, es real. No es el fruto de una transacción, es la manifestación más clara del mantenimiento simultáneo y contradictorio de dos posiciones irreducibles.»

A estas palabras respondería PECES-BARBA (C.E.T.P., cit., vol. II, pp. 1.901 y 1.902) lo siguiente: «queremos señalar que el artículo 2 tiene tres aspectos igualmente fundamentales, que no es un artículo que se refiere solamente a esa expresión, aspectos los tres que están contruidos en un equilibrio racional y complejo que desaparecería si se suprime alguno de ellos.

Primer aspecto: España-Nación, cuya unidad se afirma vigorosamente; segundo aspecto: España compuesta por comunidades que se califican como nacionalidades y regiones y respecto de las cuales se predica y se garantiza el derecho a la autonomía; tercer aspecto: la necesaria solidaridad entre todas estas nacionalidades y regiones».

Igualmente SOLÉ TURA (C.E.T.P., cit., vol. II, p. 1.907) afirmaba: «A nosotros nos parece que el artículo 2 define muy claramente lo que quiere indicar. Ciertamente ha sido de gestación laboriosa y complicada, pero aquí tenemos tres conceptos claves. Por un lado, se define a España como Nación indisolublemente unida; se dice que esta Nación indisolublemente unida es la Patria común e indivisible, pero también se dice que esta Nación y esta Patria indisolubles e indivisibles se componen de nacionalidades y regiones; que estas nacionalidades y regiones tienen un derecho a la autonomía, que este derecho a la autonomía está garantizado por la Constitución y que la base, la conjunción entre esas dos realidades, es la solidaridad entre los pueblos como principio unificador; eso es lo que dice el artículo 2. En consecuencia, no sólo define a España, sino que establece el techo político del cual no se puede pasar; y ese techo político del que no se puede pasar es que es una nación indisolublemente unida, que es una Patria común e indivisible».

Finalmente y tras una laboriosa gestación el artículo 2 era aprobado por 278 votos a favor, 20 votos en contra y 13 abstenciones (C.E.T.P., cit., vol. II, p. 1.924).

²⁵ AGUIRRE DE LA HOZ, J.: *Ley orgánica de financiación de las comunidades autónomas*, cit., p. 7

²⁶ TORNOS, J.: «La intervención de las comunidades autónomas...», cit., p. 234.

²⁷ Sobre este título véase el comentario realizado por J. MARTÍN QUERALT: «La institucionalización de la Hacienda...», cit., p. 132.

²⁸ LASARTE, J.: «La financiación de las comunidades autónomas», *Documentación Administrativa*, núm. 181, 1979, pp. 413 y 414.

nes traerá consigo la descentralización del presupuesto público²⁹. Es de destacar como la discusión en torno al Título VIII de la Constitución española giró principalmente sobre las listas de competencias y, desde el punto de vista financiero, sobre el ámbito tributario que se debía reservar a las Comunidades Autónomas³⁰. Prácticamente todos los autores coinciden que sin autonomía financiera, no puede haber autonomía política, ya que si las Comunidades Autónomas no tuvieran autonomía financiera, sería como vaciarlas de contenido³¹.

Algunos autores achacan el fracaso de los gobiernos autónomos de los años treinta, a que el gobierno central no dio autonomía financiera³². Y aunque la distribución de competencias entre el Estado y las regiones presente ciertas similitudes entre la Constitución de 1931 y la actual de 1978, la Constitución vigente recoge unos principios generales no incluidos en la de 1931, estableciéndose unos recursos para las Comunidades Autónomas con mucha claridad, persiguiendo con ello que la autonomía financiera no quede en una mera declaración doctrinal³³. Si bien es cierto que se vio con «cautela y temor» un sistema propio de las Comunidades Autónomas³⁴.

Lo que se hace necesario, es determinar en qué se va a concretar esa autonomía financiera. Esta autonomía financiera a que se refiere la Constitución y la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades

²⁹ BODELÓN, M. y HERNÁNDEZ, F.: «Consideraciones en torno a la financiación del Estado de las autonomías», *Documentación Administrativa*, núm. 203, 1985, p. 82.

³⁰ SOSA, F. y BOCANEGRA, R.: «La organización financiera en las Comunidades Autónomas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 28, 1981, p. 7.

³¹ LINARES, J.: «Comentarios a la ley orgánica de financiación de comunidades autónomas», *Hacienda Pública Española*, núm. 65, 1980, p. 120. Igualmente AGUIRRE DE LA HOZ («Ley orgánica de financiación de las comunidades autónomas», cit., p. 11), refiriéndose a la autonomía financiera afirma que sin este tipo de autonomía «no es posible hablar de la existencia de una política regional autónoma, ya que no existe la posibilidad de hacer efectivas las competencias asumidas, ni atender al coste de las mismas, con lo que la autonomía se convierte en una pura falacia».

³² Véase GIMÉNEZ-REYNA RODRÍGUEZ, E.: «Comentarios sobre el Concierto Económico con el País Vasco», en *Revista de Hacienda Autonómica y Local*, núm. 38, p. 95.

³³ DEL POZO, J.: «Análisis comparativo del régimen financiero y tributario de las Constituciones de 1931 y 1978», *Hacienda Pública Española*, núm. 59, 1979, pp. 211, 214 y 215.

³⁴ Véase RODRÍGUEZ BEREJO A.: «Una reflexión sobre el sistema general de la financiación de las Comunidades Autónomas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 15, 1985, pp. 66 y 67. Señala este autor que dicho temor venía dado, entre otras razones, por la idea de que un poder tributario fuerte en manos de las Comunidades Autónomas podía incluso afectar a la propia unidad nacional. Igualmente existía una conciencia de la limitada capacidad de gestión de las Comunidades Autónomas que, dado que en su mayoría partían de cero, no contaban con una organización administrativa con la que gestionar eficazmente una Hacienda propia.

Autónomas (LOFCA) tiene, según la Comisión de Expertos sobre la Financiación de las Comunidades Autónomas³⁵ una doble dimensión:

- a) En primer lugar, la posibilidad de determinar tanto el volumen como la estructura del gasto público correspondiente y, en consecuencia, el nivel y la composición de los servicios públicos prestados, y
- b) En segundo lugar, la autonomía financiera implica disponer de capacidad para fijar el volumen de los ingresos e influir en su patrón distributivo entre los ciudadanos.

Para algunos autores la verdadera autonomía supone no sólo capacidad para decidir sobre el gasto, sino también posibilidad de establecer y tener fuentes de ingresos. Se ha afirmado que la autonomía financiera implica la autonomía para obtener ingresos, la autonomía para fijar gastos y la autonomía para aprobar los presupuestos y la disponibilidad de fondos suficientes. De esta forma, la autonomía financiera va más allá de la capacidad para decidir la estructura del gasto público. La verdadera autonomía financiera lleva consigo la capacidad de determinar el nivel de prestación de los servicios públicos, lo que implica una capacidad impositiva, aunque ésta sea derivada o de segundo grado³⁶.

Así se ha destacado que³⁷, si bien existe unanimidad en cuanto a que la autonomía financiera debe conllevar libertad en lo referente al gasto, existe cierta disparidad a la hora de precisar si la autonomía financiera debe incluir la posibilidad de que el ente autónomo determine sus propias fuentes de ingresos. Esta disparidad se concretaría en distintas posiciones doctrinales que serían las siguientes: a) existe un primer grupo para el que la autonomía financiera supone la atribución de potestades de imposición, cuya limitación vendría determinada por la Constitución y las leyes estatales dictadas para coordinar y armonizar las legislaciones tributarias de los distintos entes autónomos. b) Otro grupo englobaría a aquellos que opinan que la autonomía financiera se presenta como un problema de disponibilidad de medios, más que como de determinación o no de los ingresos. Y aunque la atribución de autonomía financiera en principio no prejuzgue nada en torno a la existencia o no de potestad para establecer tributos propios, conviene que

³⁵ Informe de la Comisión de Expertos sobre la Financiación de las Comunidades Autónomas, cit., p. 24.

³⁶ MOLDES, E. y CARAMES, L.: «La financiación de las autonomías y las haciendas municipales...», cit., p. 491. AGUIRRE DE LA HOZ: *Ley orgánica de financiación de las comunidades autónomas*, cit., pp. 11 y 12.

³⁷ MARTÍN QUERALT, J.: «La institucionalización de la Hacienda...», cit., pp. 121 y 122.

el legislador estatal prevea la posibilidad de que exista un sistema tributario regional autónomo compuesto por tributos regionales. c) Por último, existe un tercer grupo compuesto por quienes opinan que la autonomía financiera se concreta en el gasto público, sin que el ente autónomo deba tener capacidad para determinar su ingreso.

Frente a estos posicionamientos, ha existido un importante sector doctrinal que ha destacado que lo importante de la autonomía financiera es la autonomía en cuanto al gasto, ya que hoy la autonomía en cuanto al ingreso ha perdido importancia³⁸. Si bien el problema que puede plantear una autonomía financiera basada en el gasto es que cuando una Administración tiene la misión de decidir sobre el gasto de los recursos públicos que no debe recaudar, puede caer en la tentación de elevar el gasto público, y a hacer frente a demandas sociales que luego no puede financiar desplazando el gasto a la Administración del Estado que es la que tiene las fuentes de financiación³⁹.

Teniendo en cuenta lo anterior habría que destacar que, si bien no es oportuno la concesión sin condiciones de poderes normativos a los

³⁸ Véase MUÑOZ MACHADO, S.: *Derecho público de las comunidades autónomas*, tomo II. Civitas, Madrid, 1987, p. 399. Se ha destacado cómo las negociaciones sobre la financiación autonómica han supuesto una ampliación de las facultades de gasto de las Comunidades Autónomas (TEJERIZO LÓPEZ, J.M.: «Estado actual de la financiación autonómica», *Información Fiscal*, núm. 21, 1997, p. 9).

³⁹ Véase RODRÍGUEZ BEREIJO, A.: «Una reflexión sobre el sistema general de la financiación de las Comunidades Autónomas», cit, pp. 70 y ss. Señala este autor que incluso para los gobernantes de las autonomías resulta más fácil ocultar una mala gestión de servicios y el aumento del gasto público que ello origina, cuando la financiación se realiza con recursos que los contribuyentes de una Comunidad Autónoma en concreto no pagan directamente a dicha Comunidad.

A partir del 1 de enero de 1997, las Comunidades Autónomas tienen la posibilidad de modificar la presión fiscal de sus contribuyentes a través de una serie de impuestos. Los recursos que se pretendan obtener con los mismos van a poner de manifiesto las distintas políticas fiscales autonómicas. Con todo ello se produce un cambio en la financiación autonómica ya que las Comunidades van a tener unos poderes que no habían tenido hasta entonces, lo que les hará tomar un mayor grado de conciencia en cuanto a las responsabilidades que han de asumir en la obtención de ingresos públicos (Véase DE LA CRUZ RODRÍGUEZ, B.: «Consideraciones sobre la nueva financiación autonómica», *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núm. 247, 1998, p. 141). Se ha destacado cómo la responsabilidad de las Comunidades Autónomas sobre sus propias fuentes de ingreso derivará en un equilibrio en cuanto a sus ingresos y gastos y, como consecuencia de ello a una reducción del déficit, una reducción que viene impuesta a todas las Administraciones por las condiciones de convergencia. Por ello, ya dentro del ordenamiento comunitario, la corresponsabilidad puede configurarse como un instrumento para alcanzar algunos fines, en especial los relacionados con la convergencia y la unión monetaria, que se persiguen por la Unión Europea (GARCÍA NOVOA, C.: «Financiación Autonómica y Derecho Comunitario», *Crónica Tributaria*, núm. 85, 1998, pp. 126 y ss.).

entes autónomos para que establezcan un sistema tributario propio, tampoco se puede reducir el papel de dichos entes a ser un nuevo receptor de ingresos provenientes del poder central⁴⁰. Por ello la autonomía financiera se debe manifestar «en la posibilidad de libre elección del gasto, pero para ello debe existir un sistema de ingresos que garantice de forma suficiente la libre elección de los objetivos»⁴¹. A la hora de tratar la autonomía financiera hay que tener en cuenta que no sería muy lógico el intentar buscar un «modelo ideal» de financiación ya que esto iría contra el propio concepto de autonomía, debido a que pueden existir distintos condicionamientos políticos o sociales, que influyan a la hora de determinar un esquema de financiación⁴².

La autonomía financiera en España se concreta en los siguientes puntos: a) atribución de competencias a los entes autónomos, según lo establecido en la Constitución y en los estatutos de autonomía; b) traspaso de servicios públicos que estando en manos del Estado corresponden ahora a las Comunidades Autónomas; c) habilitación de medios financieros con el fin de que los servicios, competencia de los entes autónomos, queden cubiertos⁴³.

En la atribución de fuentes tributarias, se ha señalado que se deberían seguir los siguientes criterios⁴⁴:

1. Que el ente al cual se le atribuye una figura tributaria, tenga o pueda tener una administración adecuada que administre el tributo con eficacia.
2. Equidad a la hora de distribuir la carga impositiva⁴⁵.

⁴⁰ MARTÍN QUERALT, J.: «La institucionalización de la Hacienda...», cit., pp. 123 y 124

⁴¹ AJA, E. y Otros: *El sistema jurídico de las comunidades autónomas*. Tecnos, Madrid, 1985, p. 342.

⁴² Véase MOLDES, E. y CARAMES, L.: «La financiación de las autonomías y haciendas municipales...», cit., p. 492. Véase igualmente MARTÍNEZ LAFUENTE, A.: *La cesión de tributos del Estado a las Comunidades Autónomas*. Civitas, Madrid, 1983, pp. 30 y 31.

⁴³ SEVILLA, J.V. y FERNÁNDEZ MARUGÁN, F.M.: «La financiación de las autonomías...», cit., p. 114.

⁴⁴ FERNÁNDEZ ORDOÑEZ, F.: «La Hacienda general y las Haciendas territoriales: sus fuentes tributarias», *Hacienda Pública Española*, núm. 54, 1978, pp. 219 y 220.

⁴⁵ Sobre este punto comenta FERNÁNDEZ ORDOÑEZ, F.: («La Hacienda general y las Haciendas territoriales...», cit., p. 219) lo siguiente:

«Equidad fiscal no equivale a presión fiscal uniforme en el todo territorio nacional. Desde el punto de vista de la equidad, es admisible una presión fiscal diferente en la prestación de los servicios públicos. El respeto al principio de autonomía financiera implica la aceptación de diferentes grados de presión fiscal a nivel territorial. Si, por ejemplo, una determinada región quiere disponer de ciertos servicios de gran calidad, superiores al promedio nacional, tendrá que pagarlos con sus recursos propios.

3. Flexibilidad y suficiencia: flexibilidad para poder adaptar a las Haciendas regionales a situaciones concretas, y suficiencia en el sentido de que los medios financieros con que cuente el ente autónomo, han de ser suficientes para hacer frente a las competencias asumidas.
4. Que las funciones estabilizadora y redistributiva las mantenga la Administración central, así como las figuras tributarias para desarrollar dichas funciones⁴⁶.
5. Que las cargas tributarias que establezcan los entes autónomos sean soportados dentro del propio ente y no sean trasladados a otro territorio.
6. Que las figuras tributarias de los entes autónomos no originen distorsiones en cuanto a la localización, bien sea de personas, industrias, etc.

4. La Financiación de las Comunidades Autónomas en la Constitución Española

4.1. Introducción

Se ha resaltado la necesidad de que exista la idea de que el régimen de financiación de las Comunidades Autónomas hay que tomarlo como una cuestión de Estado, que debe quedar al margen de la contienda política que pueda plantearse en un momento concreto⁴⁷.

El sistema de financiación que prevé el Título VIII de la Constitución para las Comunidades Autónomas es el reflejo de la imprecisión y

La equidad fiscal entre los residentes en los distintos entes territoriales autónomos requiere forzosamente que se produzcan transferencias de fondos en favor de aquellos con menor capacidad económica. Ello garantiza a todos los niveles territoriales la posibilidad de ofrecer un nivel medio de servicios a cambio de un nivel medio de presión fiscal.»

En este sentido el Tribunal Constitucional ha considerado que la diferente presión fiscal en las Comunidades Autónomas puede venir dada por el diferente nivel de servicios que se quieran dar los ciudadanos (contribuyentes), de las distintas Comunidades, por lo que dicha presión dependería de la voluntad autonómica que se ejerce a través de la potestad tributaria (Sentencias 49/1982, de 14 de julio y 83/1984, de 24 de julio).

⁴⁶ En este sentido se ha apuntado que «las tareas redistributivas del sector público no deben descentralizarse, porque ello abriría las puertas a una acentuación de la desigualdad entre nacionalidades y regiones» (SEGURA, J.: Prólogo a la obra de A. Giménez, J.J. López Hernando y Leopoldo Pons: *La descentralización...*, cit., p. 8). Sobre las limitaciones de las Comunidades Autónomas véase la obra de TORNOS: «La intervención de las Comunidades Autónomas en la economía», cit., en especial las páginas 234 a 237.

⁴⁷ MARTÍN QUERALT, J.: «El diseño constitucional de la Hacienda de las Comunidades», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 100, 1998, p. 72.

ambigüedad que caracteriza a un modelo de descentralización política y territorial del Estado que no está bien definido, y que tiene características tanto de un Estado regional como de un Estado federal⁴⁸.

Las posibilidades de financiación de las autonomías, serían diversas y podrían clasificarse en⁴⁹: a) existencia de un sistema fiscal único, caracterizado por la existencia de un conjunto de figuras impositivas sin posibilidad de que existan otras, y dicho sistema no tendría porqué implicar la centralización de todas las operaciones fiscales; b) frente a esta alternativa estaría el sistema fiscal múltiple, en el cual cada Comunidad Autónoma tendría capacidad para crear su propio ordenamiento fiscal.

Por lo que respecta al sistema fiscal múltiple, cabe a su vez distinguir dentro de él dos alternativas:

- 1.º Que el gobierno central tenga su propio sistema con el que, supeponiéndose a los sistemas regionales, obtendría ingresos necesarios para desarrollar sus funciones.

⁴⁸ RODRÍGUEZ BEREJO, A.: «Una reflexión sobre el sistema general de la financiación de las Comunidades Autónomas», pp. 65 y 66. Señala este autor que el sistema financiero de las Comunidades Autónomas no responde únicamente ni a los principios de un sistema fiscal único, en el que el Estado se reserva la competencia exclusiva de establecer y recaudarlos de manera uniforme en todo el territorio del Estado, estableciendo mecanismos para distribuir lo recaudado entre el Estado y el resto de los territorios autónomos. Por otra parte, el sistema indicado tampoco responde a los principios de un sistema fiscal múltiple, propio de un sistema federal, en el que lo que se reparte son las figuras tributarias entre el Estado y los territorios autónomos, manteniéndose por cada uno de ellos un sistema de impuestos propio. Se podría afirmar que el sistema de financiación que se desprende de la Constitución participa de ciertos aspectos del sistema fiscal único en el Estado se reserva normalmente las figuras tributarias más significativas en cuanto a recaudación, y por lo tanto la gran parte de los recursos que posteriormente distribuirá, y también participa de algunos de los rasgos propios del sistema federal ya que se posibilita a las Comunidades Autónomas el establecimiento de sus propios tributos y recargos sobre los impuestos estatales, pudiéndose configurar un sistema tributario propio, dentro de los límites marcados por la Constitución y el resto de las leyes.

Se ha destacado que el hecho de que el sistema de financiación autonómica corresponda a la estructura de un sistema mixto, no va a suponer que todos los elementos del sistema tengan el mismo peso. Y es que la Constitución no establece ninguna jerarquía entre los posibles recursos a los que pueden acceder las Comunidades Autónomas, en este sentido la Constitución lo que recoge es un modelo abierto que se concretará en cada momento por las leyes que desarrollen los preceptos constitucionales (LAGO MONTERO, J.M.: *El Poder Tributario de las Comunidades Autónomas*, Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 31 y ss.).

⁴⁹ GIMÉNEZ, A.: Introducción a la obra conjunta *Financiación de las autonomías*. H. Blume, Madrid, 1979, pp. 15 y ss. Sobre las tendencias que existen en la Hacienda Autonómica, véase AGUIRRE DE LA HOZ, J.: *La Ley orgánica de financiación de las comunidades autónomas*, cit., pp. 12 y 13.

- 2.º Puede ocurrir que el gobierno central no tenga dicho sistema, entonces las Comunidades Autónomas cederían parte de sus ingresos para financiar un gobierno central, y la forma de hacerlo sería por los mecanismos recogidos en el sistema fiscal único.

Desde otro punto de vista, la habilitación de medios financieros a los entes autónomos, podría clasificarse según se les conceda o no capacidad impositiva. Así, una posibilidad sería atribuir capacidad impositiva a las Comunidades Autónomas, con lo cual éstas tendrían mucha capacidad de decisión. Como desventaja de este sistema estaría la posibilidad de que quedaran servicios sin cubrir, dado que no queda garantizado el que lo recaudado cubra las competencias asumidas. Otra posibilidad es que la financiación se produzca a través de transferencias con lo cual se reduciría la autonomía, pero el sistema ganaría en simplicidad. El sistema español de financiación de los entes autónomos sería una mezcla de ambas posibilidades⁵⁰.

La Constitución ha dado cabida a un sistema mixto de financiación de las Comunidades Autónomas basado en el principio de coordinación con la Hacienda estatal (art. 156), y en el principio de solidaridad (art. 158). Con ello se ha pretendido evitar posibles privilegios a favor de determinadas Comunidades Autónomas, y garantizar una estabilidad a través de una política económica general cuya dirección es de competencia estatal⁵¹.

4.2. *La financiación de las comunidades autónomas*

La Constitución española ha agotado el tema de la financiación de las Comunidades Autónomas en los artículos que van del 156 al 158,

⁵⁰ SEVILLA, J.V. y FERNÁNDEZ MARUGÁN, F.M.: «La financiación de las autonomías...», cit., pp. 115 y 116. Para ver la financiación de entes autónomos en el derecho comparado véase la obra de AGUIRRE DE LA HOZ, J.: *La Ley orgánica de financiación de las comunidades autónomas*, cit., pp. 17 a 51.

⁵¹ RODRÍGUEZ BEREJIO, A.: «Una reflexión sobre el sistema general de la financiación de las Comunidades Autónomas», cit, p. 68. Este sistema mixto de financiación tendría una doble vía de recursos: a) por una parte, estarían las transferencias del Estado (participación en los ingresos del Estado, en el Fondo de Compensación Interterritorial, subvenciones complementarias con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, impuestos cedidos por el Estado, recargos sobre impuestos no cedidos); b) por otra parte, estarían los recursos procedentes del sistema financiero y tributario propio, que serían gestionados y recaudados directamente por las Comunidades Autónomas (tributos propios, ingresos patrimoniales y de Derecho privado, deuda pública, multas y sanciones, etc.). El sistema mixto de financiación de las Comunidades Autónomas se ha basado sobre todo en los recursos procedentes de las transferencias provenientes del Estado, dándose la imagen de una Hacienda autonómica excesivamente dependiente de la Hacienda estatal (en la misma obra, p. 68).

artículos que según MUÑOZ MACHADO⁵² son «no demasiado extensos ni expresivos». Estos artículos fijan una articulación básica, que posteriormente ha sido desarrollada en los estatutos propios de cada Comunidad Autónoma, y en la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA)⁵³. Sobre este aspecto, se ha destacado la falta de un marco normativo suficiente establecido por el legislador constituyente, que sirviese al posterior desarrollo del poder financiero de las Comunidades Autónomas. Por ello, dado el amplio margen de financiación autonómica que permite la Constitución, para poder conocer el poder financiero de las Comunidades Autónomas es preciso examinar la legislación que desarrolla los preceptos constitucionales, y a la cual se remitió el legislador constituyente para la concreción del modelo de financiación autonómica⁵⁴.

Antes de entrar en el estudio de los citados artículos hay que señalar que la autonomía que predica el artículo 2 de la Constitución, es aplicable no sólo a las Comunidades Autónomas, sino también a los Municipios y Provincias⁵⁵, lo cual podrá suponer en algunos casos un límite a la autonomía de las Comunidades Autónomas en el sentido que señala el artículo 142 de la Constitución: «Las Haciendas locales deberán disponer de los medios suficientes para el desempeño de las funciones que la ley atribuye a las Corporaciones respectivas y se nutrirán fundamentalmente de tributos propios y de participación en los del Estado y de las Comunidades Autónomas». Así mismo, habrá de respetarse una esfera local a la hora de establecer y exigir tributos de acuerdo con la Constitución y las leyes (art. 133.2 de la Constitución).

Dicho esto, haremos referencia a los preceptos constitucionales en los que se concreta la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas.

4.2.1. LA AUTONOMÍA FINANCIERA

Es en el artículo 156.1⁵⁶ de la Constitución donde se instaure el principio de autonomía financiera. La autonomía financiera, indispen-

⁵² MUÑOZ MACHADO, S.: *Derecho público de las comunidades autónomas*, tomo II, cit., p. 409.

⁵³ Véase AJA, E. y Otros: *El sistema jurídico de las comunidades autónomas*, cit., p. 349.

⁵⁴ LAGO MONTERO, J.M.: *El Poder Tributario de las Comunidades Autónomas*, cit., p. 28. TEJERIZO LÓPEZ, J.M.: «Estado actual de la financiación autonómica», cit., p. 7.

⁵⁵ Artículo 137 de la Constitución

⁵⁶ En este precepto se señala lo siguiente: «Las Comunidades Autónomas gozarán de autonomía financiera para el desarrollo y ejecución de sus competencias con arreglo a los principios de coordinación con la Hacienda Estatal y de solidaridad entre todos los españoles».

sable para que haya autonomía política, va a suponer una atribución de competencias normativas y de gestión que estarán encaminadas a articular un sistema de ingresos y gastos de carácter público. Es así como el propio Tribunal Constitucional ha señalado que «la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas reconocida en los artículos 156.1 CE (...) exige la plena disposición de medios financieros para poder ejercer sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, las competencias propias» (STC 68/1996, FJ 10^o)⁵⁷.

Aunque los límites que se recogen a la autonomía financiera en este artículo son únicamente dos, coordinación con la Hacienda estatal y solidaridad entre todos los españoles, el principio de autonomía financiera debe ser modulado en función de otros principios como son⁵⁸:

- a) El principio de justicia tributaria (art. 31.1 de la Constitución). La justicia tributaria se inspira en los principios de igualdad y progresividad, principios que serían complementarios, pero no de una manera exclusiva⁵⁹.
- b) El principio de legalidad (art. 31.3 de la Constitución). Por este principio al ciudadano no se le podrá imponer prestaciones tributarias, si no es por ley⁶⁰.
- c) El principio de igualdad. Principio al cual ya hemos hecho referencia, y según el cual no debe haber trato diferente entre los ciudadanos.

⁵⁷ En efecto el TC relaciona las competencias financieras con las competencias puramente administrativas asumidas por las Comunidades Autónomas, afirmando que «la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas se vincula al desarrollo y ejecución de las competencias que, de acuerdo con la Constitución, le atribuyan los respectivos Estatutos y las Leyes» (STC 13/1992, FJ 7^o).

⁵⁸ CAZORLA, L.M.: «El esquema constitucional de la Hacienda de las Administraciones públicas españolas», *Hacienda Pública Española*, núm. 59, 1979, pp. 26 y ss. LAGO MONTERO, J.M.: *El Poder Tributario de las Comunidades Autónomas*, cit., pp. 40 y ss.

⁵⁹ Señala a este respecto CAZORLA, L.M. («El esquema constitucional de la Hacienda de las Administraciones públicas españolas», *Hacienda Pública Española*, núm. 59, p. 27) lo siguiente: «El apartado 1 del artículo 31 de la Constitución habla de un sistema justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad. De esta referencia no se puede extraer la conclusión de que el criterio de justificación fiscal se basa exclusivamente en la progresividad y en la igualdad. La norma habla de inspiración en ellos, pero no de que sean los únicos componentes que integran la noción de justicia tributaria. Esta se compone, junto a los referidos criterios, por otros muy distintos, incluso de índole extrafiscal. El precepto denota los postulados sobre los que básicamente se construye la noción de justicia, pero esto no supone que la igualdad y la progresividad la exclusivicen».

⁶⁰ Sobre este punto CAZORLA, L.M.: («El esquema constitucional de la Hacienda...», cit., p. 29) afirma lo siguiente: «Cuando el apartado 3 del artículo 31 alude al establecimiento de prestaciones patrimoniales, no contempla solamente la creación de un tributo, sino también el resto de los elementos de la relación tributaria».

- d) El principio de solidaridad. La idea de solidaridad financiera va a suponer: 1) que existen distintos centros de imputación, pero que todos ellos pertenecen a una misma unidad económica; 2) que deberán existir unos servicios mínimos que el Estado garantiza a todos los ciudadanos, para lo cual será necesario que las distintas partes integrantes del Estado contribuyan; 3) que como consecuencia de lo anterior, se originarán derechos y deberes para los distintos elementos solidarios.
- e) El principio de unidad del sistema tributario. La Hacienda Pública desempeña ciertas funciones que por su carácter deben desarrollarse a nivel estatal, por ello el Estado deberá conservar ciertas figuras tributarias básicas.
- f) El principio de capacidad económica. En este sentido, los tributos deben ser exigidos según la capacidad económica del obligado a satisfacerlos (art. 31.1 de la Constitución).
- g) El principio de no traslado de la carga tributaria a otras Comunidades Autónomas.

La Hacienda estatal va a tener el papel de garantizar que los principios de solidaridad y autonomía se desarrollen de forma armónica. Y es que se ha destacado cómo la doctrina considera que la autonomía financiera significa poder financiero limitado e instrumental, y que únicamente la soberanía lleva consigo la idea de poder ilimitado⁶¹. El TC ha señalado, haciendo referencia al principio de solidaridad, que es «un factor de equilibrio entre la autonomía de las nacionalidades o regiones y la indisoluble unidad de la Nación española» (STC 135/1992, de 5 de octubre, FJ 7º).

El artículo 156.1 no resuelve el problema sobre la existencia de una Administración financiera regional. La solución debería basarse en dos premisas si se quiere que sea práctica, y que no se levanten críticas o resistencias a la misma, estas dos premisas serían las siguientes⁶²:

- a) En primer lugar, que el coste financiero de una posible Administración regional no sea superior, a las ventajas que de la misma deriven, es decir, que el coste de la misma no pueda razonadamente invocarse como argumento adicional por quienes se manifiestan contrarios al régimen autonómico.
- b) En segundo lugar, y por lo que se refiere a la Administración tributaria, que trate de evitarse la existencia de criterios dispares

⁶¹ Véase LAGO MONTERO, J.M.: *El Poder Tributario de las Comunidades Autónomas*, pp. 26 y ss. Según este autor la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas es la medida del poder financiero que el ordenamiento jurídico les reserva.

⁶² MARTÍN QUERALT, J.: «La institucionalización de la Hacienda...», cit., p. 145.

en la aplicación de las normas tributarias, especialmente en orden a la valoración de bases imponibles y liquidables y, en general, a los elementos de cuantificación de los tributos.

Volviendo a los límites que se recogen en este artículo, su finalidad, para algunos autores sería el evitar la pérdida de la soberanía fiscal efectiva del Estado, y la consiguiente dispersión, desigualdad tributaria y falta de colaboración, para remediar necesidades de la Nación⁶³.

En cuanto al límite referente al principio de solidaridad, tiene fundamento, a no ser que se quiera vulnerar el artículo 2 de la Constitución, en el cual se garantiza la solidaridad entre todas las nacionalidades y regiones⁶⁴.

En lo referente al principio de coordinación, se ha señalado⁶⁵ que quizás exprese de una manera insuficiente las limitaciones de las Haciendas autónomas, ya que si bien la coordinación a que hace referencia este precepto, es uno de los pilares en los que se va a apoyar el control, a que una Comunidad Autónoma va a poder ser sometida⁶⁶, en un Estado unitario en el que existen unas comunidades con poder de autogobierno, e incluso con unos municipios a los que también se les reconoce autonomía para gestionar sus propios intereses (art. 137 CE), la coordinación se convierte en una necesidad⁶⁷.

Las Haciendas autónomas, y en general, todo el sistema financiero se debe organizar de tal forma que el Estado tenga recursos con los que pueda desarrollar sus funciones propias, especialmente la función estabilizadora y redistributiva. Así las competencias que la Constitución atribuye al Estado tanto en materia de planificación económica (art. 149.1.13º), como en materia de desarrollo y redistribución (art. 131), van a condicionar la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas⁶⁸.

⁶³ MARTÍNEZ-ESTERUELAS, DÍEZ MORENO y SERNA MASÍA: *Estudios jurídicos sobre el Estatuto vasco*. Artes Gráficas Danubio, Madrid, 1980, pp. 177 y ss.

⁶⁴ RINCÓN OLIVARES, J.: «La Constitución y la legislación financiera territorial», en la obra conjunta *La Hacienda Pública en la Constitución española*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, p. 726.

⁶⁵ MUÑOZ MACHADO, S.: *Derecho Público de las comunidades autónomas*, tomo II, cit., p. 410.

⁶⁶ RINCÓN OLIVARES, J.: «La Constitución y la legislación financiera territorial», cit., pp. 736, 737 y 738.

⁶⁷ CALVO ORTEGA, R.: *Curso de Derecho Financiero, I. Derecho Tributario (Parte General)*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 68 y 69. En efecto señala este autor que la presión fiscal que puede soportar un contribuyente es única ya que dicho contribuyente también es único frente a la Administración estatal, autonómica, o local, de donde proviene dicha presión. La actividad de coordinación en el ámbito financiero es una tarea difícil que debe hacerse siempre desde leyes estatales pero teniendo siempre presente la autonomía tanto regional como municipal.

⁶⁸ AJA, E. y Otros: *El sistema jurídico de las comunidades autónomas*, cit., p. 349.

La coordinación no va a vaciar, pero sí podrá condicionar, la autonomía de gasto de las Comunidades (STC 63/1986, 21 de mayo). En efecto, la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas desde el punto de vista del gasto «no entraña sólo la libertad de sus órganos de gobierno en cuanto a la fijación del destino y orientación del gasto público, sino también para la cuantificación y distribución del mismo dentro del marco de sus competencias» (STC 68/1996, FJ 10º)⁶⁹.

Los límites a los que estaría sometida una Comunidad Autónoma, en virtud del principio de unidad económica, serían los siguientes: 1) límites provenientes de la existencia de impuestos, en especial Renta y Sociedades, que dado su peso e importancia, así como los fines que con ellos persigue el Estado, hacen de ellos, tributos claramente estatales. 2) Existiría en segundo lugar otros límites derivados del principio de no traslación de la carga tributaria, por el cual los impuestos indirectos más importantes serán de competencia estatal. 3) En tercer lugar existiría el límite derivado del principio de solidaridad, por el que se prohibiría que las posibles diferencias entre los estatutos de autonomía, impliquen privilegios económicos o sociales (art. 138.2 de la Constitución)⁷⁰.

Por último cabe decir respecto al artículo 156.1 de la Constitución, que más que una autonomía respecto al ingreso, lo que consagra es una autonomía relativa al gasto, y ello se desprende de la expresión contenida en este artículo por la cual se afirma que la autonomía financiera se otorga a las Comunidades Autónomas «para el desarrollo y ejecu-

⁶⁹ El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 13/1992 (FJ 7º) y haciendo referencia a un sistema de financiación autonómico basado en mecanismos de transferencias del Estado señaló que «la autonomía presupuestaria de las Comunidades Autónomas, esto es, su capacidad para disponer libremente de sus recursos financieros, asignándolos a los fines mediante programas de gasto elaborados según sus propias prioridades —y ello, desde luego, dentro del respeto a los principios constitucionales de solidaridad entre todos los españoles y de coordinación con la Hacienda estatal (arts. 2.2 y 156.1 CE)—, adquiere un papel capital en la realización efectiva de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas reconocida por la Constitución. Las Comunidades Autónomas gozarán de autonomía financiera (de gasto) en la medida en que puedan elegir y realizar sus propios objetivos políticos, administrativos, sociales o económicos con independencia de cuáles hayan sido las fuentes de los ingresos que nutren sus presupuestos. De otro modo, si por el origen de los fondos se pudiera condicionar el destino que se haya de dar a los mismos, se privaría a las Comunidades Autónomas de una potestad decisoria fundamental, sin la que no cabe hablar de autonomía».

⁷⁰ CAZORLA, L.M.: «El esquema constitucional de la Hacienda...», cit., pp. 36 a 38. En cuanto a los límites a que pueden estar sometidas las Comunidades Autónomas, véase LINARES, J.: «Comentarios a la Ley orgánica de financiación...», cit., pp. 123 y ss.

ción de sus competencias»⁷¹ siendo la Comunidad Autónoma Vasca y la Comunidad Foral Navarra las únicas que se separan de este principio a través del sistema de Concierto Económico y Convenio respectivamente.

En cuanto al apartado segundo del artículo 156, cabe destacar únicamente que se recoge la posibilidad de relación o colaboración de las Comunidades Autónomas con el Estado⁷².

Desde el punto de vista de la gestión se ha señalado lo acertado que ha sido este precepto, debido a que sin quedar mermado el poder financiero del Estado, se acerca la gestión a los ciudadanos. Se trata de una gestión de tributos estatales por la Comunidad Autónoma, cuyo producto es del Estado, por lo que la participación de estos entes autónomos se subordina no sólo a los principios básicos, sino también a regulaciones específicas que se den para cada caso⁷³.

4.2.2. LOS RECURSOS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

A) Las previsiones del artículo 157.1.

Los recursos de las Comunidades Autónomas se recogen en el artículo 157.1 de la Constitución, en cuyo texto se señala:

«Los recursos de las Comunidades Autónomas estarán constituidos por:

- a) Impuestos cedidos total o parcialmente por el Estado, recargos sobre impuestos estatales y otras participaciones en los ingresos del Estado.
- b) Sus propios impuestos, tasas y contribuciones especiales.
- c) Transferencias de un Fondo de Compensación Interterritorial y otras asignaciones con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

⁷¹ MUÑOZ MACHADO, S.: *Derecho público de las comunidades autónomas*, tomo II, cit., pp. 410 y 411. CELAYA, A.: *Derecho Foral y Autonómico Vasco*, tomo II, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1987, pp. 308 y 309. Sobre los principios que debe regir el gasto de las Comunidades autónomas véase la obra de CAZORLA, L.M.: «El esquema constitucional de la Hacienda...», cit., pp. 54 y ss.

⁷² En este precepto se señala lo siguiente: «Las Comunidades Autónomas podrán actuar como delegados o colaboradores del Estado para la recaudación, la gestión y la liquidación de los recursos tributarios de aquél, de acuerdo con las leyes y los Estatutos».

⁷³ AJA, E. y Otros: *El sistema jurídico de las comunidades autónomas*, cit., p. 349. MARTÍN QUERALT, J.: «La institucionalización de la Hacienda...», cit., p. 145. MARTÍNEZ-ESTERUELAS, DÍEZ MORENO y SERNA MASÍA: *Estudios jurídicos sobre el Estatuto vasco*, cit., pp. 177 y ss.

- d) Rendimientos procedentes de su patrimonio e ingresos de derecho privado.
- e) El producto de las operaciones de crédito.»

Se ha intentado clasificar, por parte de la doctrina hacendística, los recursos recogidos en el artículo 157.1 conforme a una serie de principios que cada bloque intenta satisfacer, siendo estos principios los de suficiencia, autonomía y solidaridad. De dicha clasificación de recursos podríamos distinguir los siguientes bloques: a) El *bloque de suficiencia* con el que se pretendería cubrir un mínimo de recursos para que se presten de forma suficiente los servicios de competencia autonómica. En este bloque figurarían los impuestos cedidos, las participaciones en ingresos del Estado y cualquier otro tipo de asignación con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. b) El *bloque de autonomía*, a través del cual las Comunidades Autónomas podrán ejercer con mayor intensidad su poder financiero, obteniendo unos recursos adicionales con los que podrán mejorar los servicios de su competencia. c) Finalmente estaría el *bloque de solidaridad*, con el que se pretendería que ninguna Comunidad Autónoma deje de prestar servicios fundamentales por carecer de recursos suficientes⁷⁴.

En cuanto al apartado a) de este precepto, recoge de forma gradual, de mayor a menor contribución a la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, una serie de recursos⁷⁵. Por lo que se refiere a la cesión de impuestos, habría que determinar o concretar el propio término de cesión. Ha existido una idea generalizada de que esta cesión consiste en ceder únicamente el producto de la recaudación⁷⁶, lo cual tendría como ventaja, de tipo político, el que se exige a los ciudadanos un impuesto que no es propiamente regional; y como inconveniente tendría la dependencia política que implica el no participar en la gestión del impuesto cedido⁷⁷. Volviendo al texto de este artículo, algún autor ha señalado que parece referirse a una cesión en términos generales, por lo que cabría ceder también potestades normativas de forma

⁷⁴ LAGO MONTERO, J.M.: *El Poder Tributario de las Comunidades Autónomas*, cit., pp. 30 y 31. Sobre el tratamiento que ha tenido en el tiempo la financiación autonómica Véase MARTÍN QUERALT, J.: «El diseño constitucional de la Hacienda de las Comunidades», cit., pp. 73 y ss. VILLAR EZCURRA, M: *Régimen Local y Autonómico*, Editorial Universitat, 1996, pp. 541 y ss.

⁷⁵ *Informe sobre la cesión parcial del Impuesto sobre la Renta a las Comunidades Autónomas*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1996, pp. 33 y 34.

⁷⁶ Quizás esto se deba a que en España «cuando se han puesto en práctica mecanismos semejantes, la cesión se consideraba fundamentalmente como una cesión del producto, recaudatorio, dejando a salvo la uniformidad de su normativa, al menos en sus líneas esenciales» (MARTÍN QUERALT, J.: «La institucionalización de la Hacienda...», cit., p. 149).

⁷⁷ LASARTE, J.: «La financiación de las comunidades autónomas», cit., p. 421.

amplia, hasta el punto, de que la Comunidad Autónoma podría ordenar la figura cedida según su voluntad, pudiéndose dar incluso cierta diversidad normativa⁷⁸. Frente a esta opinión se ha afirmado⁷⁹ que si se cediera algo más que la recaudación, se estaría no ante un tributo cedido sino propio. El modelo de financiación que recogió la LOFCA en 1980 ha sufrido una importante modificación en base a la Ley Orgánica 3/1996, de 27 de diciembre, por la cual, en los tributos cedidos total o parcialmente por el Estado, se atribuye a las Comunidades Autónomas competencias normativas. De tal forma que el tributo cedido quedaría configurado como un tributo estatal que incorpora un cierto grado de potestad normativa autonómica con carácter parcial, en el que se cede total o parcialmente el importe de lo recaudado⁸⁰. Y es que en principio, la Constitución no prejuzga las características de la cesión, y lo cierto es que la expresión «total o parcialmente» utilizada por el artículo 157.1a) puede interpretarse en el sentido de que la cesión de la recaudación del impuesto puede ser total o parcial, así como que la cesión total o parcial puede afectar a otras competencias a ejercer en relación a un tributo, como puede ser la regulación normativa⁸¹.

Debido a las dificultades existentes para crear nuevas figuras impositivas con cierta potencia recaudadora, se ha destacado cómo los tributos cedidos se pueden convertir en el núcleo de un sistema tributario propio de las Comunidades Autónomas⁸².

Otra posible fuente de financiación recogida en párrafo 1a) del 157, son los recargos en impuestos estatales. Dicha fuente, salvo excepciones, estaba prohibida en el Proyecto de Constitución de 1931⁸³, sin em-

⁷⁸ Véase MARTÍN QUERALT, J.: «La institucionalización de la Hacienda...», cit., pp. 148 y ss.

⁷⁹ ALBIÑANA, C.: «La armonización de las potestades tributarias regionales en España», cit., p. 165.

⁸⁰ LAGO MONTERO, J.M.: *El Poder Tributario de las Comunidades Autónomas*, cit., pp. 154 y ss. Se ha señalado cómo la nueva Ley de cesión puede plantear algún problema en la unidad del Sistema Fiscal al posibilitar que sobre la misma materia coexistan dos regulaciones, la que afecta a las Comunidades que se autoexcluyen del nuevo sistema y que se siguen rigiendo por la antigua Ley de cesión y el resto de Comunidades se regirán por la nueva Ley (RODRÍGUEZ-BEREJO LEÓN, M. y ZABÍA DE LA MATA, E.: «Los puntos de conexión en el nuevo modelo de financiación autonómica», *Crónica Tributaria*, núms. 82-83, 1997, p. 240). TEJERIZO LÓPEZ, J.M.: «Estado actual de la financiación autonómica», cit., pp. 10 y 11. MARTÍN QUERALT, J y Otros: *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 260 y ss.

⁸¹ TEJERIZO LÓPEZ, J.M.: «Estado actual de la financiación autonómica», cit., p. 26.

⁸² RODRÍGUEZ BEREJO, A.: «Una reflexión sobre el sistema general de la financiación de las Comunidades Autónomas», cit. p. 74. Sobre los tributos susceptibles de cesión véase RODRÍGUEZ-BEREJO LEÓN, M. y ZABÍA DE LA MATA, E.: «Los puntos de conexión en el nuevo modelo de financiación autonómica», cit. pp. 241 y ss. TEJERIZO LÓPEZ, J.M.: «Estado actual de la financiación autonómica», cit., p. 15.

⁸³ DEL POZO, J.: «Análisis comparativo del régimen financiero y tributario de las Constituciones de 1931 y 1978», cit. p. 215.

bargo la Constitución de 1978 recoge esta posibilidad. El establecimiento de un recargo por parte de una Comunidad Autónoma supone el ejercicio de un poder tributario similar al que se puede ejercer cuando se aprueba un tributo propio. Se ha destacado como la figura del recargo tiene naturaleza tributaria aunque con una estructura singular, dado que se precisa utilizar elementos esenciales de un impuesto ya existente. El recargo, aunque genere una obligación tributaria autónoma, se articula sobre la base imponible, la cuota íntegra o cuota líquida del tributo que le sirve de apoyo para la sobreimposición⁸⁴.

Estos recargos pueden ser considerados como «ingresos tributarios de las Comunidades, percibidos con ocasión de la exacción de impuestos estatales y con igual régimen jurídico, y cuya gestión queda encomendada a la Administración central»⁸⁵. La existencia o no de estos recargos, así como la cuantía de los mismos dependerá tanto del volumen de servicios públicos, como de la calidad de los mismos, que en cada Comunidad Autónoma se presten⁸⁶. Los recargos según el precepto constitucional deben girarse sobre los impuestos de la Hacienda General, y no de la municipal⁸⁷.

Para algunos autores a pesar de que los recargos no están recogidos en el párrafo de los tributos propios no hay ningún obstáculo para integrarlos junto a ellos⁸⁸. Otros opinan que los recargos son una especie de participación en el tributo estatal sin llegar a ser independiente. Lo cierto es que resulta difícil encajar la figura del recargo en otra preexistente. Así, desde el punto de vista de la potestad normativa, el recargo es fruto del poder normativo asumido por las Comunidades Au-

⁸⁴ CORS MEYA, F.X.: «Los recargos y los impuestos propios de las Comunidades Autónomas», cit., p. 418.

⁸⁵ LASARTE, J.: «La financiación de las comunidades autónomas», cit., p. 425.

⁸⁶ Véase MARTÍN Queralt, J.: «La institucionalización de la Hacienda...», cit., p. 150.

⁸⁷ CAZORLA, J.M.: «Incidencia de la nueva Constitución en la legislación territorial tributaria», en la obra conjunta *La Hacienda pública en la Constitución española*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, cit., p. 788. Aunque se ha afirmado que «parecería lógico que así fuera, puesto que las Corporaciones Locales, en particular los Ayuntamientos, tienen ya organizado un sistema de Hacienda e incluso un aparato de administración financiera, que se basa, entre otros ingresos, en un conjunto de tributos propios, algunos de los cuales presentan características aptas para prestar un posible servicio a la financiación regional». Y añade este autor que el silencio constitucional ha podido ser motivado quizás, por la precaria situación que atraviesa la Hacienda local. Los tipos de recargo podrían instrumentarse de distintas formas (LASARTE, J.: «La financiación de las comunidades autónomas», cit., p. 427).

⁸⁸ CORS MEYA, F.X.: «Los recargos y los impuestos propios de las Comunidades Autónomas», cit., p. 412.

tónomas, distanciándose de las participaciones en los ingresos del Estado en las que dichas Comunidades no tienen ninguna potestad normativa. Hay que hacer hincapié que cuando las Comunidades Autónomas aprueban la exacción de un recargo, no se crea ningún tributo nuevo, sino que se añade un suplemento a un tributo ya existente, con el que compartirá el mismo presupuesto de hecho, sujeto pasivo, etc. Finalmente es también de destacar que, desde el punto de vista de las potestades de gestión, mientras que en el tributo propio dichas potestades son ejercitadas íntegramente por la Comunidad Autónoma, en el recargo sin embargo existe una distribución de competencias entre la Administración tributaria estatal y la autonómica. Por todo ello cabría afirmar que lo que semeja a los recargos con los tributos propios es que la potestad sobre el producto de ambas figuras corresponde a las Comunidades Autónomas⁸⁹.

Según el artículo 12.1 de la LOFCA, los recargos podrán establecerse sobre los tributos del Estado susceptibles de cesión. Es de destacar que este precepto al igual que el art. 4.1.b de la misma Ley, utilizan la expresión «tributos del Estado», para referirse al objeto sobre el que puede aplicarse los recargos, y que el precepto constitucional que desarrollan los artículos señalados es el art. 157, que hace referencia únicamente a «recargos sobre impuestos estatales». Por lo tanto habría que concluir que únicamente pueden ser recargados por las Comunidades Autónomas los impuestos estatales⁹⁰.

El artículo 12.2 de la LOFCA recoge una serie de límites a la hora de establecer recargos como son: a) El recargo no podrá suponer una reducción en el ingreso producido por el impuesto estatal sobre el que se superpone. b) Otro límite sería que el recargo no podría tener una configuración tal que desvirtuara la naturaleza o estructura del mismo.

En definitiva el recargo sería una tarifa suplementaria a aplicar sobre la base o sobre la cuota que aprovecha la estructura de un tributo ya

⁸⁹ LAGO MONTERO, J.M.: *El Poder Tributario de las Comunidades Autónomas*, cit, pp. 144 y ss.

⁹⁰ CORS MEYA, F.X.: «Los recargos y los impuestos propios de las Comunidades Autónomas», cit., p. 419. En efecto el artículo 157 de la Constitución hace referencia sólo a los recargos sobre impuestos estatales. Ello planteó un problema en cuanto a la cesión de las denominadas «tasas y demás exacciones sobre el juego» que aunque se configuraron en la antigua redacción de la LOFCA como tributos (en la actualidad el art. 11.g) redactado por la LO 3/1996, de 27 de diciembre señala «tributos sobre el juego»), la estructura de su hecho imponible nos indicaba que estábamos más ante un impuesto que ante una tasa, y, de configurarse como una tasa, más que cederla habría que traspasarla como tributo propio al ente que vaya a realizar la actividad que justifique su exacción. Véase también TEJERIZO LÓPEZ, J.M.: «Estado actual de la financiación autonómica», cit., p. 30.

existente debiéndola respetar y sin que en ningún caso se pueda ni desvirtuar ni desnaturalizar⁹¹.

Por último, el artículo 157.1.a) recoge también como posibles recursos de las Comunidades Autónomas, las participaciones que dichas Comunidades puedan tener en los ingresos del Estado, inclusión que para algunos autores⁹² carecería de rigor, ya que en dicho precepto se incluyen ingresos de tipo tributario, no teniendo porqué tener estas participaciones dicho carácter. Quizás hubiera sido más oportuno haberlas incluido en el apartado c) del artículo 157.1, ya que aunque la técnica de las participaciones tiene cierta similitud a la cesión parcial de tributos, se da la particularidad de que las participaciones no suelen llevar consigo traspaso de la gestión fiscal al ente que recibe el ingreso⁹³.

Lo que se persigue con la fórmula financiera de las participaciones es la distribución, por parte de la Hacienda central, de una parte de sus ingresos a los entes autónomos inferiores. Este tipo de ingreso es considerado por algunos como la esencia del federalismo fiscal racional. Las características más importantes de esta fuente financiera serían la capacidad potencialmente redistributiva y su capacidad para asegurar una suficiencia financiera a los niveles de gobierno descentralizados⁹⁴. En efecto, la Constitución utiliza una «ambigüedad calculada» y con la expresión «otras participaciones en los ingresos del Estado», sin más especificaciones, posibilita un alto grado de flexibilidad a esta fuente de financiación⁹⁵.

En lo referente a la financiación en España, se ha señalado⁹⁶ que «visto lo raquítico de la imposición autónoma de las Comunidades, las participaciones de éstas en los ingresos estatales tendrán que ser forzosamente importantes; y así deberá consagrarlo la Ley de Financiación». Y es que la parte fundamental de lo que se ha denominado columna vertebral del sistema tributario (IRPF, Impuesto sobre Sociedades e

⁹¹ LAGO MONTERO, J.M.: *El Poder Tributario de las Comunidades Autónomas*, cit., p. 152. Sobre los límites a la hora de establecer los recargos véase GARCÍA FRÍAS, M.^a A.: *La financiación territorial mediante recargos: un análisis jurídico*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1994, pp. 127 y ss.

⁹² MARTÍN QUERALT, J.: «La institucionalización de la Hacienda...», cit., p. 150.

⁹³ LASARTE, J.: «La financiación de las comunidades autónomas», cit., p. 425.

⁹⁴ CASAHUGA, A.: «De autonomías y su financiación», *Hacienda Pública Española*, núm. 63, 1980, p. 265.

⁹⁵ TEJERIZO LÓPEZ, J.M.: «Estado actual de la financiación autonómica», cit., p. 28. SÁNCHEZ GALIANA, J.A. (Coord.): *Manual de Derecho Tributario*, Comares/Dodeca, Granada, 2000, p. 561.

⁹⁶ CAZORLA, J.M.: «Incidencia de la nueva Constitución...», cit., p. 787. TEJERIZO LÓPEZ, J.M.: «Estado actual de la financiación autonómica», cit., p. 10.

IVA), debido a su carácter instrumental en el conjunto de la economía, debe quedar bajo control del Estado si se quiere garantizar los principios de generalidad e igualdad en el reparto de la carga tributaria, reduciéndose la posible explotación fiscal de Comunidades Autónomas entre sí. Pues bien, en la medida en que el Estado se reserve los tributos mencionados, la financiación autonómica deberá basarse en la participación en el fondo común recaudado por el Estado, por ello estas participaciones (junto con los tributos cedidos por el Estado) serán la pieza clave dentro de los ingresos autonómicos previstos por la Constitución⁹⁷.

Pasamos ahora a examinar el apartado b) del artículo 157.1 en el que se recoge la posibilidad de que las Comunidades Autónomas tengan tributos propios. Se ha destacado la dificultad de clasificar los tributos autonómicos propios, es decir, aquellos que se crean por leyes autonómicas, se gestionan por Administraciones autonómicas y su producto pertenece a un presupuesto autonómico. Y es que los tributos autonómicos forman un conjunto descoordinado, difícil de sistematizar bajo cualquier principio científico. Por ello, se ha afirmado que no existe un sistema tributario autonómico digno de tal nombre, dada precisamente la desconexión y heterogeneidad de las figuras que componen la amalgama tributaria de las Comunidades Autónomas⁹⁸.

En cuanto a la tasa y a las contribuciones especiales, no se plantean grandes problemas. La tasa es una figura tributaria que se acerca al concepto de precio, y podría quedar legitimada por la simple prestación del servicio público⁹⁹. Es decir, la tasa se podría exigir cuando se con-

⁹⁷ FERREIRO LAPATZA, J.J.: *Curso de Derecho Financiero español*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, pp.115 y ss. Según este autor las participaciones pueden seguir tres vías: 1) Una participación de carácter anual que podría denominarse normal u ordinaria y que provendría de los impuestos no cedidos por el Estado. 2) Otra participación podría venir de las transferencias del FCI (art. 158.1 CE). 3) En tercer lugar, el Estado podría establecer en los presupuestos asignaciones a algunas Comunidades Autónomas a fin de garantizar un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio (art. 158.1 CE).

⁹⁸ LAGO MONTERO, J.M.: *El Poder Tributario de las Comunidades Autónomas*, cit., 128. Señala este autor que como mucho cabría hablar de un subsistema de tributos autonómicos, que sin llegar a la categoría de sistema puede identificarse de forma aislada como una parte de todo el sistema tributario del Estado. QUINTANA FERRER, E.: *Reforma de la Hacienda autonómica y Libro blanco sobre financiación de Comunidades Autónomas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 32 y ss. SÁNCHEZ, A.: *La corresponsabilidad fiscal de las Comunidades Autónomas*, cit., pp. 214 y ss.

⁹⁹ ALBIÑANA, C.: «La armonización de las potestades tributarias regionales en España», cit., pp. 165 y 166. Esta aproximación al concepto del precio aleja a la tasa, de su configuración como tributo. Lo que para LASARTE y ESEVERRI («Las Haciendas locales ante las autonomías», *Documentación Administrativa*, núm. 187, Madrid, 1980, p. 111) «puede tener resultados regresivos en torno a su financiación y a la distribución social de su coste».

ceda una utilización privativa, un aprovechamiento especial de bienes de uso público regional¹⁰⁰. Bastaría con que la Comunidad Autónoma tenga competencia en la materia en la que se encuadran esos servicios públicos prestados, para que puedan establecer tasas sobre su utilización.

En cuanto a las contribuciones especiales tampoco existiría óbáculo a su establecimiento por una Comunidad Autónoma, cuando de la realización de una obra pública o establecimiento de un servicio público, aumenten de valor los bienes privados de un sujeto pasivo. Por tanto la competencia de las Comunidades Autónomas en la realización de obras públicas, lleva consigo la capacidad de imponer contribuciones especiales¹⁰¹.

Por lo que se refiere a los impuestos propios, puede que se den ciertos problemas a la hora de su establecimiento por una Comunidad Autónoma, ya que éstos pueden exigirse sin que la Comunidad Autónoma tenga que realizar una actividad concreta¹⁰². Si bien se ha señalado que el establecimiento de impuestos nuevos por parte de las Comunidades Autónomas, es un problema más bien teórico que práctico, y ello especialmente por tres motivos, como son los siguientes¹⁰³:

- a) Existe una serie de impuestos considerados esenciales (Renta, Sociedades, Aduanas, etc.), que son básicos para conseguir objetivos como redistribución de la renta, estabilidad económica, desarrollo económico. Pues bien, sobre estos impuestos nadie duda que debe competir al Estado su creación, excluyendo de los mismos a las Comunidades Autónomas.
- b) Dicho esto, se ve que el margen para crear impuestos queda fuertemente reducido. En este sentido ha afirmado que prácticamente no quedan materias económicas susceptibles de imposición, que no estén ya sujetas a imposición estatal¹⁰⁴.
- c) En tercer lugar cabe destacar que en muchas ocasiones, como ya hemos señalado, la autonomía financiera, más que entenderse como una capacidad para crear impuestos, se entiende como una capacidad para tener disponibilidad de medios.

A todo ello habría que añadir que el reconocimiento que el artículo 133.2 hace a las Comunidades Autónomas para establecer tributos, está

¹⁰⁰ LASARTE, J.: «La financiación de las comunidades autónomas», cit., p. 429.

¹⁰¹ LASARTE, J.: «La financiación de las comunidades autónomas», cit., p. 429. ALBIÑANA, C.: «La armonización de las potestades tributarias regionales en España», cit., p. 166.

¹⁰² LASARTE, J.: «La financiación de las comunidades autónomas», cit., p. 430.

¹⁰³ MARTÍN QUERALT, J.: «La institucionalización de la Hacienda...», cit., p. 156.

¹⁰⁴ ALBIÑANA, C.: «La armonización de las potestades tributarias regionales en España», cit., p. 166

condicionado a lo que establezcan la Constitución y las leyes. Así, por ejemplo, un límite muy importante a la capacidad de las Comunidades para establecer impuestos viene del artículo 157.2, del que hablaremos más adelante, por el que se circunscribe la potestad tributaria de las Comunidades Autónomas a su propio territorio. De esta forma los posibles impuestos fijados por una determinada Comunidad Autónoma no podrán exportarse, de tal manera que sean pagados por los ciudadanos de otras comunidades a la que los ha creado¹⁰⁵.

Con independencia de los límites señalados y de los generales que se recogen en la Constitución como pueden ser los derivados del principio de legalidad, generalidad, igualdad, capacidad económica, progresividad, no confiscatoriedad (art. 31), o bien el principio de solidaridad entre todos los españoles y coordinación con la Hacienda estatal (art. 156.1), los recursos propios de las Comunidades Autónomas tienen, en efecto, otro tipo de límites que podríamos resumir en los siguientes:

- a) Las Comunidades Autónomas no podrán establecer tributos que recaigan sobre hechos imposables gravados por el Estado (art. 6.2 de la LOFCA).

No obstante para determinar el alcance de este límite habrá que determinar el alcance del término «hechos imposables», ya que éste puede entenderse como sinónimo de hecho cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria, o bien como materia gravada sobre la que incide el tributo. El Tribunal Constitucional ha señalado que «el artículo 6.2 de la LOFCA no tiene por objeto impedir a las Comunidades Autónomas que establezcan tributos propios sobre objetos materiales o fuentes impositivas ya gravadas por el Estado, porque, habida cuenta de que la realidad económica en sus diferentes manifestaciones está toda ella virtualmente cubierta por tributos estatales, ello conduciría (...) a negar en la práctica la posibilidad de que se creen, al menos por el momento, nuevos impuestos autonómicos. Lo que el art. 6.2 prohíbe, en sus propios términos, es la duplicidad de hechos imposables»¹⁰⁶.

- b) Los impuestos de las Comunidades Autónomas tampoco podrán sujetar elementos patrimoniales situados, rendimientos originados ni gastos realizados fuera del territorio de la respectiva Comunidad Autónoma (art. 9 a) de la LOFCA).

¹⁰⁵ Véase sobre este tema a MARTÍN QUERALT, J.: «La institucionalización de la Hacienda...», cit., pp. 157 y 158. CASAHUGA, A.: «De autonomías y su financiación», cit., p. 266.

¹⁰⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987.

- c) Tampoco podrán gravarse, como tales, negocios, actos o hechos celebrados o realizados fuera del territorio de la comunidad impositora, ni la transmisión o ejercicio de bienes, derechos y obligaciones que no hayan nacido ni hubieran de cumplirse en dicho territorio o cuyo adquirente no resida en el mismo (art. 9 b) de la LOFCA).
- d) Igualmente los impuestos establecidos por las Comunidades Autónomas no pondrán obstáculo alguno para la libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales, ni afectar de manera efectiva a la fijación de residencia de las personas o a la ubicación de empresas y capitales dentro del territorio español, ni comportar cargas trasladables a otras comunidades (art. 9 c) de la LOFCA).
- e) En cuanto a los recargos sobre tributos del Estado susceptibles de cesión, es de destacar que dichos recargos no podrán suponer una minoración en los ingresos del Estado por dichos impuestos, ni desvirtuar la naturaleza o estructura de los mismos (art. 12 de la LOFCA).

En cuanto al apartado c) del artículo 157.1, decir únicamente, que alude a un Fondo de Compensación Interterritorial, y a asignaciones con cargo a Presupuestos Generales del Estado, recursos éstos, que no fueron recogidos en la Constitución de 1931¹⁰⁷. El precepto citado está en clara coordinación con el artículo 2 de la Constitución, así como con el artículo 156.1, con el cual se determina que la solidaridad no sólo opera a nivel de Comunidad Autónoma, sino que es un principio aplicable a los españoles desde un punto de vista individual¹⁰⁸.

El artículo 158 de la Constitución establece lo siguiente: «1. En los Presupuestos Generales del Estado podrá establecerse una asignación a las Comunidades Autónomas en función del volumen de los servicios y actividades estatales que hayan asumido y de la garantía de un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio español.

2. Con el fin de corregir desequilibrios económicos interterritoriales y hacer efectivo el principio de solidaridad, se constituirá un Fondo de Compensación con destino a gastos de inversión, cuyos recursos serán distribuidos por las Cortes Generales entre las Comunidades Autónomas y provincias, en su caso.»

¹⁰⁷ DEL POZO, J.: «Análisis comparativo...», cit., p. 215.

¹⁰⁸ MARTÍN QUERALT, J.: «La institucionalización de la Hacienda...», cit., p. 151.

Las asignaciones a que hace referencia el apartado 1 van a ser para algunos autores¹⁰⁹ uno de los más importantes medios de financiación de las Comunidades Autónomas. Dicha asignación se va a basar en el volumen de servicios estatales asumidos por la Comunidad Autónoma, y en la garantía de un nivel mínimo de servicios. Como se ha afirmado, las regiones con mayor nivel de renta y riqueza deberán colaborar con las que tienen menos capacidad económica, con el fin de garantizar un nivel mínimo de servicios. Se pretende con el artículo 158 establecer unos mecanismos que hagan efectivos los principios de suficiencia y solidaridad. Y aunque todo el artículo 158 se inspire en el principio de solidaridad, se ha destacado la diferencia que existe entre los dos apartados, ya que las asignaciones irían dirigidas a financiar gastos corrientes o de funcionamiento de los servicios; mientras que la participación en el Fondo de Compensación Interterritorial iría dirigida a gastos de inversión. Este Fondo se configura como un medio cualificado para corregir posibles desequilibrios territoriales. El Fondo sería simplemente un conjunto de medios económicos con unas finalidades determinadas, cuya distribución y control corresponde a las Cortes¹¹⁰. La distribución de los recursos de este Fondo se hará conforme a los siguientes criterios: a) La inversa de la renta por habitante. b) La tasa de población emigrada en los últimos años. c) El porcentaje de desempleo sobre la población activa. d) La superficie territorial. e) El hecho insular, en relación con la lejanía del territorio peninsular. f) Cualquier otro criterio que se considere procedente¹¹¹.

Se ha hecho hincapié en que el Fondo de Compensación Interterritorial hay que considerarlo con un instrumento para hacer efectivo el principio de solidaridad y no, como se consideró en un principio, como un mecanismo más de financiación ordinaria. En efecto las necesidades de financiación que tuvieron las Comunidades Autónomas en un primer momento desvirtuaron la naturaleza del Fondo¹¹². No obstante dada la

¹⁰⁹ CAZORLA, L.M.: «El esquema constitucional de la Hacienda...», cit., pp. 51 y 52.

¹¹⁰ FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, F.: «La Hacienda general y las Haciendas territoriales...», cit., p. 220. AJA, E. y Otros: *El sistema jurídico de las comunidades autónomas*, cit., p. 350. LASARTE, J.: «La financiación de las comunidades autónomas», cit., p. 433. CAZORLA, L.M.: «El esquema constitucional de la Hacienda...», cit., pp. 52 y ss. QUINTANA Ferrer, E.: *Reforma de la Hacienda autonómica y Libro blanco sobre financiación de Comunidades Autónomas*, cit., pp. 51 y ss. Se ha destacado cómo la dotación con la que ha venido contando el Fondo de Compensación ha sido insuficiente para poder desarrollar las tareas que tiene asignadas (SÁNCHEZ GALLANA, J.A. (Coord.): *Manual de Derecho Tributario*, cit., p. 562).

¹¹¹ Artículo 16.1 de la LOFCA.

¹¹² MARTÍN QUERALT, J.: «El diseño constitucional de la Hacienda de las Comunidades», cit., p. 74. AA.VV.: *Financiación de las Comunidades Autónomas y corresponsabilidad fiscal*, Fundació Bancaixa, Valencia, 1996, pp. 100 y ss.

importancia que la Constitución otorga al principio de solidaridad, difícilmente va a ser conseguido únicamente con un instrumento, por lo que tanto en la Constitución, como en la propia LOFCA, se prevén otros instrumentos con los que se pueda realizar dicho principio¹¹³

El apartado d) del artículo 157.1 hace referencia a los ingresos que provengan del rendimiento del patrimonio. Hay que partir de que la Constitución no ofrece criterios para determinar qué bienes patrimoniales se deben considerar autonómicos, ni tampoco se posiciona sobre cuál será su régimen jurídico¹¹⁴. La Constitución no delimita las competencias propias del Estado y de las Comunidades Autónomas en esta materia. Si bien el artículo 132 de la Constitución hace referencia a los bienes de dominio público y al Patrimonio del Estado, nada se prejuzga en cuanto a bienes y derechos que integran el patrimonio de la Comunidad Autónoma. En los artículos 148 y 149 del texto constitucional no se puede encontrar tampoco un criterio de atribución definitivo. A pesar de ello, es necesario que las Comunidades Autónomas sean titulares de un patrimonio que vendría a ser una proyección de su propia personalidad¹¹⁵. Las Comunidades Autónomas, como Administraciones públicas que son, deben perseguir en su actuación, el servicio a unos intereses generales y para ello se necesitará contar con un patrimonio público. Esta atribución se realizará no por criterios de tipo económico de rendimiento, sino simplemente porque la Administración debe atender unos fines públicos determinados. Lo cierto es que el artículo 157.1.d) en realidad más que al patrimonio hace referencia al rendimiento de ese patrimonio, el cual no va a suponer una suma muy importante, por lo menos a corto plazo¹¹⁶.

Por el apartado e) del artículo 157.1, se permite a las Comunidades Autónomas tomar capitales a préstamo al igual que lo hace el Estado conforme al artículo 135 de la Constitución, es decir, que las Comuni-

¹¹³ Así por ejemplo, las transferencias que las Comunidades Autónomas reciben en concepto de participación en los ingresos del Estado, es un mecanismo que puede servir para dar cumplimiento al principio de solidaridad. Sobre los instrumentos a utilizar para hacer efectivo el principio de solidaridad véase SÁNCHEZ GALIANA, J.A. (Coord.): *Manual de Derecho Tributario*, cit., pp. 563 y 564.

¹¹⁴ CAZORLA, L.M.: «El esquema constitucional de la Hacienda...», cit., pp. 46 y 47. Añade este autor, refiriéndose al régimen jurídico que «hay que entender que pertenece a la autonomía normativa de los entes autonómicos su regulación de conformidad con lo que al efecto establezcan los respectivos Estatutos de Autonomía. No obstante, una uniformidad relativa, sin perjuicio de las peculiaridades de cada caso, sería muy conveniente».

¹¹⁵ Véase MARTÍN QUERALT, J.: «La institucionalización de la Hacienda...», cit., pp. 153 y 154.

¹¹⁶ Véase LASARTE, J.: «La financiación de las comunidades autónomas...», cit., pp. 416 y 417.

dades Autónomas podrán contraer Deuda Pública o realizar otras operaciones de crédito para poder financiar su actividad¹¹⁷.

El recurso de las operaciones de crédito puede que no sea muy importante en cuanto a cantidad, pero puede permitir el establecimiento de una estructura temporal eficiente de los beneficios y gastos provenientes de las inversiones del sector público¹¹⁸. El problema más importante que se ha planteado es, el de si existe o no una reserva legal a favor del Estado en esta materia. Para algunos autores existirían fuertes razones para pensar que el Estado debería regular por ley lo referente a la cuantía a la cual ascienda la Deuda Pública de la Comunidad Autónoma. Estas razones serían: la competencia que tiene el Estado según el artículo 149.1.13º sobre «Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica»; la competencia que según el artículo 149.1.11º tiene el Estado sobre «Sistema monetario, divisas, cambio y convertibilidad, bases de ordenación de crédito, banca y seguros»; incluso desde el punto de vista de las Comunidades Autónomas, señala la Constitución que éstas podrán fomentar el desarrollo económico pero «dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional» (art. 148.1.13º). Por todo ello cabe afirmar que la Deuda Pública de las Comunidades Autónomas debe incluirse en un contexto más general, cuyas bases estarían determinadas por el Estado a través de ley, y más cuando la emisión de Deuda Pública puede tener unas repercusiones, debido principalmente a beneficios fiscales concedidos, etc., que exceden de los límites de la Comunidad Autónoma que emite dicha Deuda¹¹⁹.

Por otra parte, ante la pregunta de si es necesaria una ley especial o no para cada caso concreto de endeudamiento, se ha señalado¹²⁰ que hay que distinguir entre Deuda emitida por el Estado, y por los entes locales. En cuanto a la Deuda Pública del Estado se distingue a su vez, una Deuda a largo plazo, cuya emisión debería estar autorizada por ley especial; y una Deuda Pública a corto plazo, en cuyo caso no sería necesario una ley especial. En cuanto a la Deuda Pública local habrá que distinguir si el endeudamiento es ordinario, y si se realiza para gastos que no implican gran desembolso en cuyo caso tendrán estos entes cierto grado de libertad; mientras que la Hacienda local en régimen extraordinario, necesitaría una previa intervención estatal.

¹¹⁷ Véase LASARTE, J.: «La financiación de las comunidades autónomas», cit., pp. 417 y ss.

¹¹⁸ Véase CASAHUGA, A.: «De autonomías y su financiación», cit., p. 267.

¹¹⁹ MARTÍN QUERALT, J.: «La institucionalización de la Hacienda...», cit., pp. 155 y 156.

¹²⁰ RINCÓN OLIVARES, J.: «La Constitución y la legislación financiera territorial», cit., pp. 710 y ss.

Para finalizar con este artículo 157.1 de la Constitución, únicamente cabe señalar, que en él se mencionan prácticamente todas las formas de financiación que en un modelo descentralizado pueden tener los entes autónomos. Estableciéndose en él, más que un modelo concreto, un marco general, ya que la Constitución no señala nada sobre el peso que en los sistemas de financiación autónomos vayan a tener los ingresos propios, o las participaciones en los ingresos del Estado¹²¹.

B) Los principios de territorialidad y de libertad de movimiento

En el apartado 2 del artículo 157 de la Constitución se establece: «Las Comunidades Autónomas no podrán en ningún caso adoptar medidas tributarias sobre bienes situados fuera de su territorio o que supongan obstáculo para la libre circulación de mercancías o servicios».

El límite establecido deriva tanto del carácter territorial que tienen las competencias de las Comunidades Autónomas, como del principio de no traslación a otras Comunidades Autónomas de cargas tributarias, para financiar servicios propios¹²². El principio de solidaridad entre las nacionalidades y regiones, a que hace referencia el artículo 2 de la Constitución, tiene un aspecto territorial de tal forma que es necesario que las Comunidades Autónomas, a la hora de ejercer sus competencias, «se abstengan de adoptar decisiones o realizar actos que perjudiquen o perturben el interés general y tengan, por el contrario, en cuenta la comunidad de intereses que las vincula entre sí y que no puede resultar disgregada o menoscabada a consecuencia de una gestión insolidaria de los propios intereses» (STC 64/1990, FJ 7º).

Algún autor señaló que¹²³ de lo establecido en el artículo 157.2 de la Constitución se derivaba que los impuestos propios que pudieran establecer las Comunidades Autónomas debían ser reales y no personales, ya que a pesar de que el impuesto personal permita que la cuota pueda ser prorrateada entre los territorios en los que se encuentre la fuente económica, esto tendría un gran inconveniente como es el de su gran complejidad. Pues bien, siguiendo este criterio podíamos toparnos con la inconstitucionalidad de las leyes que regulan la cesión del IRPF, ya que este impuesto grava la totalidad de la renta con independencia

¹²¹ MUÑOZ MACHADO, S.: *Derecho público de las comunidades autónomas*, tomo II, cit., p. 410.

¹²² AJA, E. y Otros: *El sistema jurídico de las comunidades autónomas*, cit., p. 350.

¹²³ ALBIÑANA, C.: «La armonización de las potestades tributarias regionales en España», cit., p. 168.

del lugar donde ésta se obtenga¹²⁴. No obstante, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 150/1990, del 4 de octubre, aclara que lo que el artículo 157.2 de la Constitución prohíbe a las Comunidades Autónomas es «adoptar medidas tributarias sobre bienes situados fuera de su territorio, pero no sobre la renta de las personas con domicilio fiscal en su territorio, aunque esta renta provenga, en parte, de bienes localizados fuera de la Comunidad Autónoma. Es cierto que, en el caso que ahora enjuiciamos, los efectos del recargo en el Impuesto sobre la Renta pueden alcanzar indirectamente a los bienes situados fuera del territorio de la Comunidad de Madrid, en cuanto a las rentas producidas o imputadas a los mismos; pero de ello no cabe derivar, como pretenden los recurrentes, una vulneración del artículo 157.2 CE. En primer lugar, porque lo que dicho precepto prohíbe a las Comunidades Autónomas es adoptar medidas tributarias sobre bienes situados fuera de su territorio; a la evidencia de que la renta personal gravada por el recargo autonómico no es un bien situado en territorio alguno, hay que añadir que las rentas no son bienes, sino que son los bienes los que producen la renta. Debe considerarse, en segundo lugar, que una cosa es adoptar medidas tributarias sobre bienes y otra distinta establecer un recargo tributario cuyos efectos pueden alcanzar mediata o indirectamente, en el plano de lo fáctico, a los bienes como fuente de la riqueza o renta que constituye el hecho imponible (STC 37/1987, FJ 14º). Este último supuesto no es contrario al artículo 157.2 de la CE, pues el límite territorial de las normas y actos de las Comunidades Autónomas no puede significar, en modo alguno, que les esté vedado a sus órganos, en el ejercicio de sus competencias, adoptar decisiones que puedan producir consecuencias de hecho en otros lugares del territorio nacional» (FJ 5º).

C) La previsión de una Ley Orgánica en la financiación autonómica

En base al artículo 157.3 se aprobó la Ley Orgánica 8/1980, 22 de septiembre para la regulación de la Financiación de las Comunidades Autónomas. Es de destacar que la materia financiera no se encuentra recogida como tal en el artículo 81.1 de la Constitución¹²⁵, aunque este

¹²⁴ Véase TEJERIZO LÓPEZ, J.M.: «Estado actual de la financiación autonómica», cit., pp. 34 y ss.

¹²⁵ El artículo 81.1 de la Constitución establece: «Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueban los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución».

artículo deja una posibilidad abierta cuando señala que serán objeto de regulación por ley orgánica «otras materias previstas en la Constitución», entre las cuales se encontraría la recogida en el artículo 157.3. Las competencias financieras que serían objeto de ley orgánica según este precepto, son aquellas que están relacionadas con los recursos financieros de las Comunidades Autónomas, y con las distintas formas de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas a que hace referencia el artículo 150.2 de la Constitución¹²⁶.

La LOFCA, en base al artículo 157.3 de la Constitución, va a poder regular una serie de puntos no contemplados en la Constitución siempre y cuando no vulnere lo expresamente recogido en los preceptos constitucionales¹²⁷. Así el TC ha señalado que con el artículo 157.3 lo que pretendió el legislador constitucional fue «habilitar la intervención unilateral del Estado en este ámbito competencial a fin de alcanzar un mínimo grado de homogeneidad en el sistema de financiación autonómico, orillando así la dificultad que habría supuesto que dicho sistema quedase exclusivamente al albur de lo que se decidiese en el procedimiento de elaboración de cada uno de los Estatutos de Autonomía».

En base también al artículo 157.3, la LOFCA¹²⁸ se establece que la financiación de las Comunidades Autónomas se lleve en coordinación con la Hacienda estatal (art. 2), se han distribuido las competencias de gestión tributaria entre el Estado y las Comunidades Autónomas, etc. Igualmente en base a este precepto, la LOFCA recoge una serie de límites tanto generales como concretos que habrá de respetar el legislador autonómico a la hora de establecer tributos autonómicos.

Conclusión

La descentralización financiera no sólo se configura como un instrumento útil para congeniar los deseos del ciudadano y la oferta de los

¹²⁶ Véase RECODER DE CASSO, E.: «El nuevo sistema constitucional de fuentes del Derecho y su repercusión en el ámbito financiero», *Hacienda Pública Española*, núm. 59, Madrid, 1979, p. 82.

El artículo 150.2 de la Constitución establece que «El Estado podrá transferir o delegar en las Comunidades Autónomas, mediante ley orgánica, facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación. La ley preverá en cada caso la correspondiente transferencia de medios financieros, así como las formas de control que se reserve el Estado».

¹²⁷ CORS MEYA, F.X.: «Los recargos y los impuestos propios de las Comunidades Autónomas», cit., p. 414.

¹²⁸ Para ver su desarrollo a nivel estatutario véase MUÑOZ MACHADO, S.: *Derecho público de las comunidades autónomas*, tomo II, cit., pp. 412 y ss.

servicios públicos, sino que se convierte en una necesidad cuando lo que se trata es de alcanzar la descentralización político-administrativa prevista en la Constitución de 1978.

La idea de autonomía se ligó, ya en el período preconstitucional, a la idea de democracia. La autonomía supuso la aparición de una dimensión espacial nueva dentro del Estado, constituyendo las Comunidades Autónomas un auténtico órgano de gobierno. La única forma de que las Comunidades Autónomas puedan ejercer su autonomía política es a través de una autonomía financiera.

Tal y como está redactada, la Constitución española de 1978 posibilita al legislador futuro un amplio margen en la concreción de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, pudiéndose configurar con elementos característicos de los sistemas de separación, como son los tributos propios, así como con elementos propios de un sistema unitario, como son las participaciones. En la elección de una u otra vía, nos inclinamos por una autonomía financiera que involucre a las Comunidades Autónomas en la obtención de sus ingresos. Y es que, a la vista de la experiencia, podemos afirmar que la autonomía financiera basada en el gasto puede dar lugar a un excesivo gasto público por parte de las Comunidades Autónomas, y más cuando dichos gastos habrían de ser cubiertos con unos recursos cuya recaudación correspondería no a las Comunidades Autónomas sino al Estado.

No obstante sería no sólo conveniente sino necesario que, en la concreción de la autonomía financiera a la que nos hemos referido, quedasen a un lado posicionamientos puramente electoralistas o de oportunismo político.

Javier Pérez Arraiz
Julio 2002

LAS GARANTIAS INDEPENDIENTES EN EL DERECHO ESPAÑOL Y SU ACEPTACION POR LA JURISPRUDENCIA

Javier San Juan Crucelaegui

Doctor en Derecho

Profesor de la Universidad de Deusto

Sumario: I. Las dificultades iniciales para la aceptación de la figura. II. La tipología de las garantías independientes: 1. La utilización inicial de las garantías independientes; 2. Las modalidades de garantías independientes: A) La garantía independiente simple a primera demanda; B) La garantía documentaria; C) La garantía justificada a primera demanda.- III. La garantía independiente y figuras afines. IV. La naturaleza jurídica de la garantía independiente: 1. Las relaciones involucradas y la preeminencia de la relación de garantía; 2. Los caracteres de las garantías independientes: A) La independencia de la garantía: a) La independencia de la garantía y su desconexión del resto de relaciones; b) La paralela independencia de la contragarantía; c) Independencia e inoponibilidad de excepciones derivadas del contrato subyacente. B) El carácter unilateral de la garantía: a) La voluntad unilateral como fuente de obligaciones en el sistema español; b) El carácter unilateral de la garantía independiente en el Derecho español. C) La inapropiada consideración de la garantía independiente como garantía de resultado: el carácter indemnizatorio de la garantía independiente. 3. La calificación jurídica de la figura de las garantías independientes: A) Las garantías independientes como contrato «sui generis»; B) Las garantías independientes en la jurisprudencia de los Tribunales españoles y su configuración como promesa unilateral de pago. V. El régimen jurídico de las garantías independientes: las condiciones para su validez: 1. La forma de la garantía; 2. La capacidad de las partes; 3. El consentimiento; 4. La causa de la garantía independiente: A) La causa del contrato; B) La distinción entre negocios iniciales y negocios ejecutivos; C) La causa de la garantía independiente; D) La abstracción funcional de la garantía independiente y sus efectos. 5. El objeto de la garantía independiente.

La aparición de la figura de las garantías independientes, el reconocimiento de su configuración esencial y la utilización general que reciben se ha producido en el ámbito del comercio internacional del que son originarias, de forma que dichas garantías revisten primordialmente tal carácter de internacionalidad, aunque su utilización no queda constreñida a

las operaciones de comercio exterior puesto que se encuentran igualmente en las operaciones de comercio interno. CABRILLAC y MOULY¹ la definen como el compromiso de pagar una suma determinada asumido en garantía de la ejecución de una operación económica de la que es independiente, de manera que su beneficiario no podrá oponer las excepciones que pudieran derivarse de la relación subyacente garantizada. En cuanto figura de nuevo cuño, decantación y cristalización de las prácticas jurídicas propias de las relaciones comerciales internacionales, carente por tanto de regulación legal específica y desarrollada al amparo de la jurisprudencia, ha suscitado controversia y opiniones encontradas².

Unos se han decantado en su favor por estimar que de ellas se deriva una composición más apropiada o armoniosa del equilibrio de las prestaciones contractuales que se traduce en un grado mayor de seguridad en las relaciones internacionales. Se apoya esta consideración, desde un punto de vista jurídico, en la comparación de la situación y efectos de las garantías independientes con los producidos por la constitución de un depósito de dinero o valores negociables en poder del acreedor, situación ésta contemplada y admitida por la generalidad de los ordenamientos jurídicos, que no suscita oposición alguna en cuanto

¹ Cfr. CABRILLAC y MOULY, *Droit des Suretés*, París, Litec, 4.^a ed., 1997, pág. 329; la definición de SIMLER, *Le cautionnement et les garanties autonomes*, París, Litec, 2.^a ed., 1992, pág. 675, es muy similar: «un engagement de payer une certaine somme, pris en considération d'un contrat de base et á titre de garantie de son exécution, mais constituitif d'une obligation indépendante du contrat garanti et caractérisé par l'inopposabilité des exceptions tirées de ce contrat»; asimismo, la definición de MATTOUT, *Droit bancaire international*, París, Banque, 1996, p. 155, para quien «la garantie á première demande est un engagement par lequel le garant, á la requête irrévocable d'un donneur d'ordre, accepte de payer en qualité de débiteur principal sur simple demande, une somme d'argent á un bénéficiaire désigné, dans les termes et conditions stipulés dans la garantie, en renonçant par avance á exercer tout contrôle externe sur les conditions de mise en jeu de son engagement».

² En cuanto a la doctrina española acerca de las garantías independientes, vid. CARRASCO PERERA, *Fianza, accesoriadad y contrato de garantía*, La Ley, 1992, pp. 9-36; CARRILLO POZO, *Las garantías autónomas en el comercio internacional*, Studia Albornoiana, Bolonia, 2000; CERDÁ OLMEDO, *Garantía independiente*, Granada, Comares, 1991; CREMADES, *Afianzamiento y garantías en el comercio internacional*, en «Conferencias sobre Derecho bancario internacional», La Ley, 1985; DÍAZ MORENO, *Las garantías a primer requerimiento (garantías a primera demanda)*, en «Las garantías a primer requerimiento», Sánchez Calero dir. Civitas-Fundación BBV, Madrid, 1996, págs. 117-150; ECHENIQUE GORDILLO, «Las garantías bancarias internacionales: algunas consideraciones», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1982, pp. 147-163; MARTÍNEZ CALCERRADA, «El contrato de fianza y otras garantías personales en su tratamiento legal y Jurisprudencia del Tribunal Supremo», en La Ley, 3043, (10 de julio de 1992), pp. 817-832; SÁNCHEZ CALERO, «Garantías a primer requerimiento», en «Las garantías a primer requerimiento», cit. pp. 29-63; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *El contrato autónomo de garantía. Las garantías a primera demanda*, Centro de documentación bancaria y bursátil, 1995.

a su valoración y aceptación jurídicas, de la cual las garantías independientes vendrían a ser una alternativa que puede ser considerada como más favorable para el deudor garantizado.

En el polo de atracción puesto se encuentran aquellas otras corrientes de opinión, decididamente enfrentadas a la figura de las garantías independientes, que fundamentan su rechazo a las mismas en el inaceptable apremio de la situación del ordenante, que se manifiesta en el hecho de que el beneficiario está formalmente legitimado para la reclamación de la ejecución de la garantía aun en el caso de que no se hubieren dado los supuestos previstos en la relación subyacente garantizada, situación ésta que, considerada desde un punto de vista jurídico, se sostiene podría suponer un desequilibrio de la igualdad contractual y una quiebra de la seguridad jurídica de las partes contratantes, así como la ruptura del principio de que el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno solo de los contratantes y se ha afirmado que las garantías independientes son *inopportunes en pratique et malsaines en principe*³.

Otra corriente de pensamiento no se opone a la aceptación general y básica de las garantías independientes sino a su admisibilidad en cuanto figura jurídica específica y diferenciada, fundamentando⁴ tal oposición en la necesidad y obligación de reconducción de la figura al tipo de la fianza de la que vendría a constituir una especial variación⁵ caracterizada por la exclusión de los rasgos y caracteres más significativos de aquella, tales como su accesoriadad o la posibilidad del fiador de oponer las excepciones derivadas de la obligación afianzada, todo ello con fundamento en el principio de libertad contractual de las partes.

I. Las dificultades iniciales para la aceptación de la figura

La mayor parte de los sistemas jurídicos mostraron titubeos iniciales para la aceptación de la garantía independiente como figura jurídica

³ Cfr. *Guide pour les garanties bancaires, les soumissions cautionnées et les garanties de bonne fin*, «Section des entrepreneurs internationaux», Comité de la Cámara de Comercio Internacional; en parecido sentido, DUBISSON, *Le droit de saisir les cautions de soumission et les garanties de bonne exécution*, en «Droit et Pratique du Commerce International», 1977, p. 423; CREMADES, art. cit. pp. 76-77.

⁴ Cfr. CARRASCO PERERA, *op. cit.*, pp. 9-36. El autor se pronuncia en contra de la admisión de la figura en cuanto tal, reconduciéndola al tipo contractual de la fianza.

⁵ Las divergencias acerca de las garantías personales fueron el objeto de los trabajos de armonización de los ordenamientos jurídicos europeos llevados a cabo por el MAX PLANCK INSTITUT (Hamburgo), *Le cautionnement dans le droit des pays membres de la communauté européenne*, en «Travaux de la Commission des Communautés Européennes», Série Concurrence, n.º 14, Bruselas, 1971.

específica y diferenciada. Tales dudas se manifestaron bien haciendo depender tal aceptación de la identificación de su causa negocial, bien tendiendo a su reconducción a los moldes tradicionales de la fianza, tendencia ésta particularmente presente en los primeros pronunciamientos jurisprudenciales, o bien, confundiendo su carácter no accesorio con la consideración acerca de su naturaleza causal o abstracta. Las objeciones con las que inicialmente se encontraron los sistemas jurídicos para la aceptación de la garantía independiente, lo fueron en relación con su incardinación en la categoría de las garantías personales pues, si la garantía independiente es una clase de garantía personal, por ello mismo le será consubstancial su carácter accesorio al constituir garantía de una obligación principal, de forma que, en defecto de ésta, perdería todo significado. Por tanto, la accesoriedad es rasgo común a todas las formas de garantía personal por lo que las partes no pueden proceder a su derogación. Otras veces, se consideró que el reconocimiento de la naturaleza abstracta de una garantía personal se opone a su validez porque todo acto jurídico debe tener una causa. En otras ocasiones, el problema para el reconocimiento de las garantías independientes estribó en la carencia de diferenciación entre el carácter principal y la causalidad de la garantía⁶.

Pronunciamientos hostiles se han dado asimismo en nuestra jurisprudencia, inspirados en una actitud de rechazo conceptual de la figura. Los hechos de la STS de 2 de octubre de 1990⁷, se referían a una «fianza definitiva» prestada por el Banco Pastor a favor de una constructora para responder de la ejecución de unas obras encargadas por una comunidad de propietarios a dicha constructora, añadiéndose que la fianza se constituía bajo la modalidad conocida como «aval a primera demanda» o «a primer requerimiento». La citada STS, tras recordar que «el contrato de fianza es definido por el Código civil como aquél por virtud del cual se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste», pasa a la formulación de algunas precisiones entre las que señala que «el fiador puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como

⁶ Como exponente de tales titubeos, puede verse la sentencia la *Cour d'Appel* de París, de 15 de junio de 1973, «Banque du Caire c. S.P.B.», en *Rev. Jurisprudence Commerciale*, 1973, p. 273, en la cual no se aceptó la validez de una garantía independiente como tal, sino que el aseguramiento fue calificado de fianza por el tribunal bajo el argumento de que «toute sureté personnelle a un caractère accessoire». Al argumentar tal rechazo, el juez se refirió al principio de inadmisibilidad de los actos abstractos en derecho francés. El razonamiento confunde la no accesoriedad y la naturaleza abstracta de la garantía personal en cuestión.

⁷ STS de 2 de octubre de 1990, en Rep. Aranzadi, 1990, n.º 7.464.

en lo oneroso de las condiciones. Si se hubiera obligado a más, se reduciría su obligación a los límites de la del deudor». A continuación, se pronuncia en contrario frente al reconocimiento de las garantías independientes:

«...la pretendida interpretación que el recurrente hace en el desarrollo del motivo...desnaturaliza el contrato de fianza, convirtiéndolo en un simple reconocimiento de deuda, al pretender que el avalista venga obligado a pagar siempre y en todo caso, cualquiera que fuesen las obligaciones afianzadas; supuesto que no puede ser el de autos, por mucha amplitud o sentido interesado que quiera dársele a las expresiones «aval a primera demanda» o «primer requerimiento», pues los términos demanda y requerimiento hay que ponerlos necesariamente en relación con la frase anterior «obligaciones derivadas del contrato» y sólo cuando estas obligaciones válidamente existan, vendrá obligado el fiador....».

Junto a la citada sentencia, la STS de 15 de abril de 1991⁸, se refería a una garantía otorgada por el entonces Banco de Bilbao a favor de una constructora y frente a una sociedad promotora de viviendas, para responder frente a ésta última de la existencia de vicios o defectos que pudieran afectar a unos apartamentos, expresándose que la garantía tenía carácter solidario, con renuncia expresa a los beneficios de excusión o división, y que el banco abonaría cualquier importe hasta el límite garantizado, al primer requerimiento. Esgrimiendo defectos en lo construido, la promotora demandó al banco y a la empresa constructora, demanda que acabó por ser desestimada al no resultar procedente la condena contra ésta última. Al respecto, afirma la STS citada:

«...si conforme previene el párrafo primero del art. 1822 del Código Civil, por la fianza «se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero en el caso de no hacerlo éste», necesariamente se requiere para efectividad, que venga reconocido el incumplimiento gene rante de responsabilidad, que el aval garantizaba, en ortodoxa aplicación del principio de derecho de que no producido el antecedente, no puede darse el consiguiente, ya que faltando la causa no puede darse el efecto».

Parece latir en ambas sentencias la idea de la imposibilidad en nuestro sistema jurídico de otras formas de garantía diferenciadas de la fianza, puesto que los caracteres de ésta última, la subsidiariedad, la accesoriedad y la consiguiente consecuencia de imposibilidad de la fianza *in durio rem causam*, parecen ostentar rango esencial, de manera que no cabría una forma de aseguramiento que no los ostentara o, por

⁸ STS de 15 de abril de 1991, en Rep. Aranzadi, 1991, n.º 2.693.

el contrario, si así lo hiciera, quedaría automáticamente reconducida a los moldes de la fianza⁹.

La categoría de las garantías personales ha sido tradicionalmente considerada como compuesta por un reducido catálogo de tipos contractuales entre los que cabría incluso la sola enunciación de dos, que resultarían ser la fianza y el aval, siendo aquella el tipo paradigmático. Frente al mencionado punto de vista tradicional, la generalidad de los ordenamientos jurídicos considera que el principio de libertad contractual de las partes permite a éstas la creación de garantías personales desprovistas de los caracteres tradicionalmente a aquellas atribuidos, siendo la garantía independiente una de dichas creaciones. A diferencia de las doctrinas alemana¹⁰ e italiana¹¹, las cuales han analizado el ensanchamiento del tipo contractual de la fianza para introducir en él la figura de las garantías independientes, la doctrina francesa¹² ha partido

⁹ Comentarios a la jurisprudencia del TS en BLANCO CAMPAÑA, *Aval cambiario y aval como contrato de garantía*, en «Comentarios a jurisprudencia de derecho bancario y cambiario», en CDBB, Madrid, 1993, vol. I, pp. 167-182; COCA y FLAQUER, *Nota sobre el aval a primer requerimiento en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en Estudios de derecho bancario y bursátil, Homenaje a Evelio Verdera», tomo I, p. 627; DÍAZ MORENO, *Las garantías a primer requerimiento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en «Estudios de derecho bancario y bursátil, Homenaje a Evelio Verdera», La Ley, 1994, págs. 627-650; MARIMÓN DURA, «Última jurisprudencia sobre el contrato de garantía a primer requerimiento», en *Revista General de Derecho*, 1993, pp. 3.057-3.075; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, «El reconocimiento jurisprudencial de la garantía, a primera solicitud, en *Revista Derecho Bancario y Bursátil*, 1993, pp. 541-561; aun acerca del crédito documentario, la analogía entre éste y las garantías independientes confieren gran interés al trabajo de ALONSO UREBA, *En torno al crédito documentario con particular referencia a las modalidades de créditos transferibles y subsidiarios*, en «Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero», Madrid, 1990, pp. 454-485.

¹⁰ El origen y utilización internacionales de las garantías independientes impone su construcción con una óptica transnacional, lo que lleva a tomar en consideración los desarrollos producidos en otros ámbitos jurídicos. En cuanto a la doctrina de inspiración germánica, y por lo que a la doctrina alemana se refiere, *vid.* CAEMMERER, *Bankgarantien im Aussenhandel*, en «Festschrift für O. Riese», Karlsruhe, 1964, pp. 295-307; CANARIS, *Bankvertragsrecht*, Erster Teil, Berlín, 3.ª edición, 1988, pp. 571 y sigs; PLEYER, *République Fédérale d'Allemagne*, en «Les garanties bancaires dans les contrats internationaux», cit. pp. 185-196. Respecto de la doctrina suiza, DOHM, *Les garanties bancaires dans le commerce international*, Berna, Staemphli & Cie, 1986.

¹¹ La doctrina italiana ha sostenido la posibilidad de configurar formas atípicas de fianza: cfr. FRAGALI, *Fideiussione*, en «Enciclopedia del Diritto», Milán, Giuffré, tomo XVII, pp. 95-109. Ello ha conitado la oposición de quienes defienden el contrato de *garanzia pura*. Benatti, *Il contratto autonomo di garanzia*, en «Banca, Borsa e Titoli di crédito», 1982, pp. 1.971 y ss.; MAZZONI, *Les garanties bancaires en droit italien*, en «les garanties bancaires dans les contrats internationaux, cit., pág. 292.

¹² En la doctrina francesa CABRILLAC y MOULY, *op. cit.*, pp. 329-386; GAVALDA y STOUFFLET, «La lettre de garantie internationale», en *Rev. Trimestrielle de Droit Commer-*

de un punto de vista diferente consistente en la apreciación del agotamiento de la fianza para la cobertura de los riesgos inherentes a las actuales relaciones mercantiles internacionales, por lo que ha procurado establecer el fundamento de otras nuevas garantías personales no accesorias diferenciadas del tipo de la fianza. El carácter no accesorio de la garantía independiente no equivale a la negación de su pertenencia a la categoría de las garantías personales, pues la garantía, aun no accesorio, continúa siendo subsidiaria pues se refiere a una operación económica cuyo buen fin asegura.

Tras las iniciales vacilaciones ante la aparición de un mecanismo jurídico novedoso, las garantías independientes han sido finalmente aceptadas por los ordenamientos jurídicos¹³ a pesar de las diferentes orientaciones y pautas que los inspiran. Cabe afirmar que, en la actualidad, esta general aceptación reviste además un substancial grado de uniformidad entre los diversos sistemas jurídicos¹⁴. Aún así, la configuración y caracterización de la figura y el establecimiento de su régimen jurídico suscitan un especial interés, puesto que las garantías independientes, en cuanto consecuencia o derivación de las prácticas jurídicas habitualmente observadas en el ámbito del comercio internacional, carecen de normativa legal específica que les fuere de aplicación, por lo que su construcción jurídica se ha desarrollado al amparo de los pro-

cial, 1980, pp. 1-23; MATTOU, *Droit bancaire international*, cit. pp. 146-195; RIVES LANGE y CONTAMINE Raynaud, *Droit Bancaire*, París, Précis Dalloz, 1995; SIMLER, *op. cit.*, pp. 675-757; VASSEUR, «Dix ans de jurisprudence française relative aux garanties indépendantes», en *Rev. de Droit des Affaires Internationales*, 1990, pp. 239-294; VILLEREY, *Les garanties bancaires en droit français*, en «Les garanties bancaires dans les contrats internationaux», cit. pp. 259-278.

¹³ En la doctrina británica, CHATTERJEE, «The independence of contracts of guarantee and counter-guarantee from the underlying contract», en *Journal of International Business Law*, 1995, pp. 130-135; GUTTERIDGE y MEGRAH, *The law of bankers' commercial credits*, Londres, Europa Publications Ltd. 5.ª edición; SCHMITTHOFF, «The guarantee on demand», en *Journal of Business Law*, 1978, págs. 58-60.

¹⁴ Trabajos de inspiración transnacional son los de BERTRAMS, *Bank Guarantees in International Trade*, Kluwer Law International and The International Chamber of Commerce, 2.ª edición, 1996; HORN y WYMEERSCH, *Bank guarantees, Stand-by letters of credit and performance bonds in International trade*, en «The Law of International Trade» Finance, Deventer, 1989, pp. 455-529; KOZOLCHYK, «Bank guarantees and letters of credit: time for a return to the fold», en *The Journal of International Business Lawyer*, 1989, vol. 11, 1, pp. 3-79; PORTALE, *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, en «Banca, Borsa e Titoli di Crédito», 1985, pp. 169-187; POULLET, *Les garanties contractuelles dans le commerce international*, en «Droit et Pratique du Commerce International», 1979, n.º 3, pp. 387-442; VASSEUR, *Rapport de synthèse: le droit des garanties dans les contrats internationaux en France et dans les pays de l'Europe de l'Ouest*, en «Les garanties bancaires dans les contrats internationaux», cit. pp. 319-364.

nunciamentos judiciales junto a los que deberán ser tomados en consideración los principios generales de derecho.

II. La tipología de las garantías independientes

La clasificación de las garantías independientes ha sido hecha con frecuencia por relación a los tipos de riesgos y obligaciones garantizadas. En los momentos iniciales tras la aparición de las garantías independientes, éstas recibieron una utilización exclusivamente circunscrita a determinados supuestos, lo que ha sido superado en la actualidad, por lo que tal clasificación tiene una importancia secundaria. En la actualidad, el riesgo que para el ordenante de la garantía significa el poder cuasi discrecional del beneficiario en orden a su ejecución ha llevado a las regulaciones uniformes internacionales a la preferencia por aquellos tipos de garantía cuya ejecución necesita la aportación de documentos adicionales convenidos por las partes. Surgen así clases diversas de garantías que, en general, son las denominadas garantías simples que se contraponen a las documentarias. La mención indistinta de las modalidades tradicionales y actuales de garantía y la variable terminología utilizada para su denominación significan un inicial factor de confusión¹⁵.

De entre las denominaciones utilizadas, dos subrayan el carácter específico de la figura: son las de *garantía autónoma* y la de *garantía independiente*. Esta última parece preferible por cuanto expresa la diferencia de naturaleza con la fianza por esencia accesoria¹⁶. Resulta ser, por otra parte, la expresión elegida por la Uncitral en su Convención reguladora y unificadora de las cartas de crédito *stand-by* y de las garantías independientes tal cual son practicadas en Europa.

¹⁵ La primera de ellas consiste en la expresión *garantía contractual* que parece haber sido abandonada. Las garantías son siempre contractuales por lo que tal denominación se resiente de ambigüedad. La denominación de *garantía abstracta* se presta a menor confusión pero no se corresponde con la realidad, puesto que las obligaciones son causales. Igualmente se ha sugerido la denominación de *garantía automática*, utilizada con la pretensión de conseguir un mayor resalte del rigor de la obligación del garante. Sin embargo, la noción de automaticidad no contiene un significado jurídico preciso. Otros autores se contentan con la expresión *garantía bancaria*, considerando que tales garantías son usualmente emitidas por instituciones bancarias. Ello es excesivamente genérico pues también la fianza o el aval son otorgados por bancos, al igual que las cartas de intención o de patronazgo. Igual crítica puede hacerse a la denominación de *garantía internacional*, puesto que las garantías analizadas no son necesariamente tales, mientras que otras garantías, particularmente una fianza, pueden igualmente ser internacionales.

¹⁶ Esta es la denominación adoptada por la Convención de las Naciones Unidas, Nueva York, 11 de diciembre de 1995, titulada «United Nations Convention on Independent Guarantees and Standby Letters of Credit». UN. Doc. A/CN.9/372.

1. *La utilización inicial de las garantías independientes*

Las garantías independientes son susceptibles de múltiples usos, pudiendo ser utilizadas en toda clase de relaciones contractuales, tanto en transacciones internas como internacionales. Sin embargo, algunas modalidades indican, por la repetición de su utilización, que el campo predilecto de tales garantías está constituido por los contratos de ejecución de obra o de suministro. Se trata de tipos de garantías utilizadas en correspondencia con tres fases de las relaciones entre las partes: 1.^a) La garantía de sumisión o de respeto a los términos y condiciones de una licitación, *Tender guarantee* o *Bid Bond*¹⁷. 2.^a) La garantía de devolución de pagos a cuenta o anticipos, *Repayment guarantee*, destinada a asegurar los adelantos monetarios hechos por el comprador o propietario de una obra¹⁸. 3.^a) La garantía de buen fin o de ejecución adecuada, *Performance guarantee*, que cubre la buena o adecuada ejecución del contrato, y que suele ascender a un porcentaje del importe total del contrato¹⁹. Las mencionadas modalidades de garantía independiente parecen haber sido las que se desarrollaron inicialmente de forma mayoritaria en relación con contratos de ejecución de obra y de ingeniería ci-

¹⁷ Cfr. la definición de la Cámara de Comercio Internacional, Publicación n.º 325, *Uniform Rules for Contract Guarantees*, 1978, art. 2a, «For the purposes of these Rules: «tender guarantee» means an undertaking given by a bank, insurance company or other party («the guarantor») at the request of a tenderer («the principal») or given on the instructions of a bank, insurance company, or other party so requested by the principal («the instructing party») to a party inviting tenders («the beneficiary») whereby the guarantor undertakes-in the event of default by the principal in the obligations resulting from the submission of the tender-to take payment to the beneficiary within the limits of a stated sum of money; ...».

¹⁸ URCG, artículo 2c, «repayment guarantee» means an undertaking given by a bank, insurance company or other party («the guarantor») at the request of a supplier of goods or services or other contractor («the principal») or given on the instructions of a bank, insurance company or other party so requested by the principal («the instructing party») to a buyer or to an employer («the beneficiary») whereby the guarantor undertakes-in the event of default by the principal to repay in accordance with the terms and conditions of a contract between the principal and the beneficiary («the contract») any sum or sums advanced or paid by the beneficiary to the principal and not otherwise repaid-to make payment to the beneficiary within the limits of a stated sum of money».

¹⁹ URCG, artículo 2b: «performance guarantee» means an undertaking given by a bank, insurance company or other party («the guarantor») at the request of a supplier of goods or services or other contractor («the principal») or given on the instructions of a bank, insurance company or other party so requested by the principal («the instructing party») to a buyer or to an employer («the beneficiary») whereby the guarantor undertakes-in the event of default by the principal in due performance of the terms of a contract between the principal and the beneficiary («the contract») to make payment to the beneficiary within the limits of a stated sum of money or, if the guarantee so provides, at the guarantor's option, to arrange for performance of the contract».

vil en los países de Oriente Medio y, a su vez, provocaron el desarrollo de la noción de garantía independiente a la que la Cámara de Comercio Internacional dedicó sus *Uniform Rules for Contract Guarantees* (1978) para la uniformización del texto de dichas garantías. Sin embargo, la enumeración aludida no tiene carácter exclusivo, pues otros tipos de garantía eran asimismo utilizados. Así, los contratos de ejecución de obra pueden incluir una garantía de retención, *Retention money bond*, substitutoria del importe a ser retenido de cada pago parcial hecho al contratista hasta la recepción definitiva de los obras. A su vez, la *Maintenance bond*, figura cercana a la anterior, es más específica de los contratos denominados «producto en mano» en los que el vendedor asume la obligación de asegurar el adecuado funcionamiento de la fábrica durante un cierto período de tiempo contra todo vicio o anomalía de la construcción de la fábrica o de la maquinaria que pudieran aparecer tras su recepción definitiva²⁰.

Sin embargo, la versatilidad de las garantías independientes hace que no tenga particular interés su clasificación por relación al tipo de obligación garantizada, pues tal versatilidad hace que resulten utilizables para el aseguramiento de prácticamente cualquier clase de riesgo u obligación. Puede servir de ejemplo de su grado de flexibilidad una particular modalidad de garantía independiente utilizado en derecho marítimo, cuyo régimen no parece todavía claramente reconocido y definido: la carta de garantía por falta de conocimiento de embarque²¹. Otro ejemplo de la versatilidad de las garantías independientes puede apreciarse en el supuesto de la adquisición de una empresa, cuando no se adquieren únicamente activos sino los títulos representativos del capital social. El vendedor puede garantizar al comprador, mediante la entrega de una garantía por importe y plazo pactados, frente a las responsabilidades ocultas de índole financiera, fiscal o laboral, que pudieran pesar sobre la sociedad y que no hubieren sido detectadas por el examen de auditoría que, previsiblemente, habrá tenido lugar con an-

²⁰ Cfr. BERTRAMS, *op. cit.*, pp. 29-33; *vid.* la exposición de Poullet, art. cit., pp. 395-397, acerca de las diferentes clases de garantía y sus posibilidades de utilización.

²¹ El buque puede llegar a destino antes que el conocimiento de embarque. El destinatario o el transportista pueden tener razones para no esperar la llegada de este documento y efectuar la entrega de las mercancías. El transportista incurriría en responsabilidad si entregara las mercancías sin el correspondiente conocimiento de embarque. Por ello, debe disponer de una garantía de indemnización para el caso de que incurriera en tal responsabilidad, por lo que exige que este compromiso del destinatario sea cubierto por una garantía independiente. Acerca de tal uso de la garantía independiente, *vid.* REMOND-GUILLOUD, *La lettre de garantie pour absence de connaissance. Une institution en quete de qualification*, Bulletin de Transport, 1986, p. 69.

terioridad a la adquisición de las acciones. Una garantía independiente puede ser asimismo utilizada para asegurar el pago del precio de una compraventa de un terreno, o para asegurar la devolución del precio pagado, cuando la edificabilidad del terreno depende de la obtención de los pertinentes permisos y licencias administrativas inexistentes en el momento de la celebración del contrato de compraventa, y para el caso de que tales autorizaciones no fueran obtenidas.

En suma, la clasificación de las garantías independientes en atención a las obligaciones garantizadas presenta un interés secundario puesto que la versatilidad de dichas garantías hace que sean utilizables prácticamente para la cobertura de cualquier riesgo o el aseguramiento de cualquier clase de obligación²².

2. Las modalidades de garantías independientes

Las partes tienen plena libertad para la determinación de la modalidad de garantía cuya utilización acuerdan, sin restricción alguna en lo relativo a su importe o duración. No hay inconveniente en que una garantía independiente tenga limitaciones en cuanto a su importe o duración o, por el contrario, sea ilimitada, aun cuando un compromiso de duración indeterminada resulte de escaso interés al poder ser anulado unilateralmente; la hipótesis de una garantía independiente de importe ilimitado no parece concebible, pues implicaría la falta de parámetros para la medición de la obligación principal.

El carácter específico de las garantías independientes reside en la garantía que procuran al beneficiario en virtud del rigor de su fuerza coercitiva. El principio de inoponibilidad de excepciones fortalece la posición del beneficiario y hace más patente el rigor obligacional que recae sobre el garante. La garantía debe recibir ejecución si el beneficiario reclama su pago. La inoponibilidad de excepciones priva al garante de toda escapatoria. Este rigor es, sin embargo, susceptible de graduación. En la práctica se conocen principalmente tres variantes de garantías independientes.

A) LA GARANTÍA INDEPENDIENTE SIMPLE A PRIMERA DEMANDA

La forma más rigurosa de las garantías independientes, así como la más frecuente, es la garantía a primera demanda que debe ser hecha

²² Acerca de la mencionada versatilidad garantizatoria de las garantías independientes, cfr. CABRILLAC y MOULY, *op. cit.*, p. 333, donde los autores introducen un epígrafe titulado «la garantie de toute operation non decrite» y expresamente mencionan el caso de un banco garante de las deudas de un país en vías de desarrollo.

efectiva en cuanto sea solicitado su pago, con lo que resulta discrecional para el beneficiario si éste la reclama dentro del período de vigencia previsto en el contrato. A título de criterio general, no es admisible la posposición de la ejecución, ni una prohibición de pago, ni puede ordenarse ninguna intervención judicial. Sólo el carácter manifiestamente abusivo de la reclamación puede fundamentar la negativa del garante al pago. En este supuesto, garante y ordenante quedan a expensas de la buena fe del beneficiario, aunque quepa recurso contra aquel caso de reclamación injustificada. La frecuente presencia en los contratos internacionales de cartas de garantía de rigor implacable obedece al hecho de que se asemejan, en cuanto a sus efectos, a la constitución de un depósito de garantía. Se puede comprender, pues, que el acreedor acepte substituir tal forma costosa de garantía por una garantía, por lo que exige que ésta le depare las mismas ventajas de accesibilidad y disponibilidad. Únicamente un compromiso de pago a primera demanda asumido por su propio banco puede responder a esta exigencia.

B) LA GARANTÍA DOCUMENTARIA

La reclamación del pago de la garantía puede estar subordinada, sin que ello le prive de su carácter independiente, a la presentación de determinados documentos especificados en la carta de garantía que condicionan y justifican dicha solicitud. Esta modalidad atenúa, según la naturaleza de los documentos exigidos, el riesgo de reclamación improcedente o abusiva de la garantía²³. Los documentos justificativos pueden emanar de terceros si así lo pactaran las partes (vgr. un peritaje que demuestre la inejecución o deficiente ejecución; un informe emitido por un gabinete de estudios); o pueden emanar del propio beneficiario (vgr. facturas impagadas), siendo necesario que de tales documentos se desprenda la prueba o verosimilitud de la pretensión invocada. Este tipo de garantía parece recibir una menor utilización en los contratos internacionales. No existe *a priori* ningún documento especialmente indicado para el cumplimiento de tal función. Son las partes quienes deben definir los documentos justificativos, lo que da lugar a la variedad de los documentos utilizados.

C) LA GARANTÍA JUSTIFICADA A PRIMERA DEMANDA

La garantía justificada a primera demanda, modalidad intermedia entre las citadas, parece recibir una utilización creciente. Es el resul-

²³ Cfr. SIMLER, *op. cit.*, p. 708.

tado de la traducción literal de la expresión anglosajona *justified request*, denominación no desprovista de ambigüedad. En esta hipótesis, el beneficiario de la garantía debe «justificar» su reclamación, pero la justificación requerida emana del propio beneficiario sin la exigencia de otras pruebas. Puede ser suficiente la afirmación de que el contrato no ha sido ejecutado o lo ha sido de forma defectuosa. El garante no puede exigir pruebas de las afirmaciones del beneficiario y no puede proceder a su verificación²⁴.

La diferencia entre esta forma de garantía y la garantía documentaria es clara²⁵, pero no lo es tanto en relación a la garantía a primera demanda simple, porque la discrecionalidad en la reclamación de la garantía está atenuada de manera formal. En la práctica, la diferencia parece ser mayor puesto que, dado que el beneficiario debe indicar las razones justificativas de la reclamación de la garantía, su actuación ya puede no ser tan libérrima al comprometer su responsabilidad con sus afirmaciones y facilita la posterior acción del ordenante contra el beneficiario fundándose en la inexactitud de tales afirmaciones.

²⁴ La CCI ha optado por el general carácter documentario de las garantías independientes, dentro de su tradicional pretensión de «moralizar» los comportamientos en el comercio internacional, tal como rezan la introducción a las URG, 1978 y el preámbulo de las RUGD, 1992, Publicación CCI n.º 458, de forma que toda reclamación del pago de una garantía tendrá que ser documentada o justificada. Ello es lo que refleja el artículo 20 (a) de las RUGD: «Todo requerimiento de pago según los términos de la garantía será hecho por escrito y documentado, (junto con todos los demás documentos que puedan especificarse en la garantía) con una declaración escrita (tanto en el propio requerimiento como en un documento o documentos separados que lo acompañen y referidos en él) que especifique: i) que el ordenante ha faltado a su(s) obligación(es) según el/(los) contrato(s) de base o, en el caso de una garantía de licitación a las condiciones de la licitación, y ii) lo que haya incumplido el ordenante».

²⁵ Una sentencia de la *Cour d'Appel* de París, de 24 de noviembre de 1981, analizó las diferencias apreciables entre la garantía a demanda justificada y las modalidades antes mencionadas, afirmando que la expresión «a primera demanda justificada» no priva a la garantía de su carácter independiente en relación al contrato principal, sino que significa que el pago de la garantía está subordinado a una simple declaración detallada por parte del beneficiario, de acuerdo con la cual el contrato principal no habría sido debidamente ejecutado por el ordenante; en consecuencia, la reclamación de la garantía no exige juicio ni prueba del incumplimiento de sus obligaciones por el ordenante. Comentario de VASSEUR, en *Rev. Trimestrielle de Droit Commercial*, 1981, p. 813. El carácter no tan claro de la interpretación del término «justificada» hace que determinados autores sostengan otra interpretación, asimilándola a una garantía documentaria. La diferencia resulta todavía menor si el beneficiario debe adjuntar un escrito en el que afirma la inexecución total o parcial del contrato, sin estar obligado a precisar la naturaleza del incumplimiento; al respecto, cfr. MATTOU, *Droit bancaire...* cit., p. 200.

III. La garantía independiente y figuras afines

La especificidad jurídica de las garantías independientes frente al tipo contractual de la fianza se fundamenta en la accesoriedad de ésta confrontada con el carácter principal e independiente de aquella, caracteres que son consecuencia de la función económica buscada y querida por las partes que quedaría defraudada y sería de imposible consecución sin tales características.

La anterior afirmación no es admisible para algún sector de nuestra doctrina. En tal sentido, CARRASCO PERERA²⁶, afirma que «una consideración banalizada sobre las instituciones codificadas, un desmesurado gusto por la recurrencia a la atipicidad contractual y una precomprensión —agudizada entre nuestros autores mercantilistas— de toda manifestación nueva del tráfico contractual requiere por ello mismo un tipo contractual nuevo, todo ello está conduciendo a un socavamiento de las normas del CC, que son preteridas por principio sin detenerse a considerar la necesidad de ello ni las consecuencias perturbadoras para el sistema que supone la creación incontrolada de tipos novedosos no sujetos a ninguna restricción de validez». El autor trata de establecer que la fianza no es un tipo rígido sino flexible, al que cabe reconducir prácticamente cualquier mecanismo que las partes imaginen para garantizar el pago de un tercero, y en especial la garantía independiente. El problema estriba en que el estudio así desarrollado termina por dibujar unos contornos de la fianza tan difusos²⁷ que resulta casi imposible la definición del tipo de la fianza o la enunciación de un núcleo de normas que caractericen el tipo más allá de una genérica función de garantía²⁸.

Por el contrario, LOUSSOUARN²⁹ ha señalado que la garantía independiente es «una derivación de la fianza de la que toma en préstamo su técnica jurídica aunque se desprende de su carácter accesorio». La fianza dispone de una regulación legal que le atribuye determinados caracteres pudiendo decaer algunos de los cuales mediante pacto entre las

²⁶ Cfr. CARRASCO PERERA, *op. cit.*, p. 2.

²⁷ Tal posición recibe la crítica generalizada de la doctrina española. Vid. al respecto, DÍAZ MORENO, *Las garantías a primer requerimiento* cit., p. 633; MARTÍNEZ CALCERRADA, art. cit, pp. 824-826; SÁNCHEZ CALERO-GUILARTE, *El contrato autónomo de garantía*, cit, pp. 95-105; ECHENIQUE GORDILLO, art. cit., pp. 155-158.

²⁸ Dicha tesis se enfrenta asimismo a las pautas generalmente seguida por la doctrina de otros países. Vid. SIMLER, *op. cit.*, p. 677; VASSEUR, art. cit., p. 362; BERTRAMS, *op. cit.*, p. 164.

²⁹ Cfr. LOUSSOUARN, *Les suretés personnelles traditionnelles en droit international privé*, en «Les Suretés», París, Feduci, 1984, p. 431.

partes, posibilidad sin embargo que no alcanza a todos ellos, bien en razón de su carácter esencial sin el que no sería posible la apreciación del tipo de la fianza (vgr, oponibilidad de las excepciones derivadas de la obligación principal), bien fuere porque ello entrañaría contravención legal. A resultado parecido al de la figura de las garantías independientes se podría haber llegado, quizá, mediante la renuncia al carácter accesorio de la fianza o mediante la renuncia a la oponibilidad de las excepciones derivadas del contrato principal, pero tal obligación, configurada sin tales rasgos o caracteres esenciales, aun cuando probablemente constitutiva de una garantía personal, simplemente hubiera conservado la denominación de fianza sin que fuera en ella posible la apreciación de ningún grado de especificidad conceptual, de forma que no hubiera resultado aceptable tal desnaturalización del tipo de la fianza. En la misma línea, expone MOULY³⁰, las obligaciones contenidas en una garantía independiente resultan mucho más apremiantes que la fianza. Su evolución y desarrollo podrían ser la consecuencia de un exceso de protección legislativa y judicial para con la fianza. La historia y el derecho comparado, muestran que, cuando la fianza se debilita como consecuencia de un aumento en el grado de protección legislativa, la práctica busca otras formas de garantía personal, mucho más raras.

Sin embargo, la contraposición entre fianza y garantía independiente no es idea aceptada sin reservas por todos los ordenamientos jurídicos. Así, la figura de la fianza a primera demanda ha sido aceptada por los tribunales alemanes de acuerdo con la tendencia del derecho alemán al ensanchamiento del marco tipológico de la fianza, aunque ello ha concitado la crítica de una parte de la doctrina³¹.

Por el contrario, cabe asumir la postura contraria y afirmar su improcedencia como lesiva para la seguridad y certidumbre del tráfico económico y comercial internacional, y ello por razones diversas: en primer lugar, situando la cuestión en términos conceptuales, reconducir e insertar la figura de las garantías independientes y otras obligaciones fideusorias en el tipo de la fianza, a semejanza de la doctrina alemana e italiana, implica privar prácticamente de cualquier rasgo diferenciativo

³⁰ MOULY, «Pour la liberté des garanties personnelles», en *Rev. Banque*, 1987, p. 1.166.

³¹ Cfr. crítica de ROHMERT, «Le cautionnement á première demande en droit allemand: une sureté hybride», en *Rev. de Droit Bancaire et de la Bourse*, 1994, acerca de la admisión por los tribunales alemanes de la fianza a primera demanda, p. 125. Con ello se muestra de acuerdo CARRASCO PERERA, *op. cit.*, pp. 33-34, quien defiende la idoneidad del tipo de la fianza para albergar en su seno la generalidad de las figuras fideusorias por lo que sostiene la admisibilidad de la fianza a primera demanda y la posibilidad de su incardinación en el tipo de la fianza.

a la fianza, pues ésta quedaría construida de forma tan amplia que sería muy difícil la más mínima precisión de sus contornos conceptuales³². En segundo lugar, las garantías independientes han encontrado su origen en las prácticas del comercio internacional y es en el comercio internacional donde siguen recibiendo una mayor utilización, habiendo llegado a conseguir una substancial caracterización uniforme. En suma, se debe hacer un esfuerzo por construir y considerar las garantías independientes desde puntos de vista transnacionales, en correspondencia con su actual conceptualización y utilización. La admisión de la figura de la fianza a primera demanda iría contra tal propósito, pues ello implicaría la remisión en cada ocasión a un ordenamiento jurídico interno, lo que haría imposible una caracterización uniforme de las garantías independientes. Por último, la certidumbre del tráfico internacional se resentiría si se construyeran las garantías independientes, no ya únicamente desde una perspectiva interna o nacional, sino por relación al tipo de la fianza existente en cada ordenamiento interno. El beneficiario de la garantía, por hipótesis extranjero al ordenamiento en el que la garantía ha sido emitida, siempre podría albergar alguna duda acerca de la garantía recibida, en particular acerca de las excepciones oponibles por el garante. Todo ello parece indicar que la admisión de la fianza a primera demanda, además de sembrar la duda acerca de su utilidad o de la aportación que pueda significar para las necesidades del tráfico internacional, puede resultar lesiva para la certidumbre y seguridad especialmente necesaria en las relaciones internacionales³³.

Su clara diferenciación frente al tipo de la fianza, según expone MARTÍNEZ CALCERRADA, impide el recurso a la normativa reguladora de la misma, pues dicha normativa es substancialmente tributaria de su carácter de accesoriedad, aun cuando tal profunda diferencia en cuanto a su naturaleza jurídica no impide su consideración conjunta como garantías personales, por lo que la analogía no puede ser excluida en relación a aquellos aspectos que no fueren directa consecuencia de sus opuestos caracteres de accesoriedad o independencia³⁴. Lo específico del contrato de garantía independiente impide igualmente, al menos en principio, la inspiración en el régimen regulador de otros tipos contrac-

³² Crítica de DÍAZ MORENO, *Las garantías a primer requerimiento*, cit., p. 633.

³³ ROHMERT, art. cit., p. 125.

³⁴ Cfr. MARTÍNEZ CALCERRADA, art. cit., p. 824: el autor se basa en la profesionalidad del garante para sostener la exclusión de la aplicación de la normativa reguladora de la fianza a las garantías independientes: «La intervención generalizada del garante profesional en la emisión de las garantías hace que las reglas de la fianza resulten inoportunas... La posibilidad de oponer excepciones a la reclamación del beneficiario representa un verdadero obstáculo indeseado... por impedir su buen hacer profesional».

tuales nominados³⁵ con los que cupiera la apreciación de elementos comunes. En realidad, únicamente la analogía con la figura del crédito documentario ha proporcionado algunas soluciones en materia de garantías independientes.

En la actualidad, resulta general el pronunciamiento doctrinal³⁶ en favor de la aceptación de la diferenciación conceptual jurídica de las garantías independientes frente a otros tipos jurídicos acuñados por los ordenamientos jurídicos y se señalan las singularidades y diferencias de la figura de las garantías independientes³⁷.

IV. La naturaleza jurídica de la garantía independiente

La novedad de la noción de garantía independiente, la imprecisión de la terminología y la dificultad de la distinción entre la fianza y esta nueva especie de garantía personal, imponen el análisis de su naturaleza jurídica y la búsqueda de sus elementos específicos constitutivos.

1. *Las relaciones involucradas y la preeminencia de la relación de garantía*

Las garantías independientes dan lugar a un entramado obligacional complejo, en el que se registra la presencia de obligaciones diversas entre sí relacionadas.

³⁵ COCA y FLAQUER, art. cit., pp. 474 y ss., analizan las causas que explican la confusión en la práctica en referencia a supuestos de nuestro ámbito jurídico y a diversas sentencias del TS allí citadas.

³⁶ Afirmación hecha por la mayor parte de la doctrina. Cfr. SIMLER, *op. cit.*, p. 710; BERTRAMS, *op. cit.*, p. 40; Poullet, art. cit., p. 413; DOHM, *op. cit.*, p. 61; en la doctrina española, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *El contrato autónomo de garantía*, cit. p., 107.

³⁷ Asimismo, se acepta su diferenciación frente al seguro de crédito. En este último, el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado las pérdidas finales que experimentase a consecuencia de la insolvencia definitiva de sus deudores. Es decir, se asegura directamente al asegurado frente al daño patrimonial derivado de la insolvencia definitiva. El riesgo asegurado ya no es un incumplimiento del tomador del seguro, sino el valor que pueda alcanzar el perjuicio que se derive de esa insolvencia definitiva del deudor. *Vid.* EMBID IRUJO, *El seguro de caución. Régimen jurídico convencional y naturaleza jurídica*, La Ley, mayo de 1988, p. 1. Tampoco plantea problema su diferenciación frente al crédito documentario, KOZOLCHYK, *Bank guarantees and letters of credit*, cit. p. 14. Por lo que se refiere a las cartas de patrocinio, mientras que el garante emisor de una garantía independiente asume una obligación propia frente al beneficiario quien podrá exigir directamente el cumplimiento de dicha obligación, en las cartas de patrocinio el emisor de la carta de patrocinio promete que será su filial quien reembolsará su deuda, sin que exista una obligación substitutoria para el emisor de la carta de patrocinio. *Vid.* DUQUE, *Las cartas de patrocinio*, en «Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero», Madrid, 1990, pp. 719-777.

La primera relación es la existente entre exportador e importador, relación subyacente garantizada. Su posible contenido puede resultar muy variado, por lo que carece de relevancia el tipo o clase de contrato celebrado entre las partes. En cumplimiento de las obligaciones asumidas en el contrato subyacente, el comprador solicita que el vendedor le procure una garantía independiente emitida por un garante de solvencia, normalmente una institución financiera, hasta una cierta cantidad acordada por las partes y por determinado plazo de vigencia, estableciendo igualmente las condiciones bajo las que podrá reclamar del garante el pago de la garantía. El ordenante de la garantía no suele disponer de ningún margen de discrecionalidad en lo tocante al contenido de la garantía, el cual suele obedecer a cláusulas previamente redactadas por el beneficiario que, asimismo, pueden haber quedado incluidas en el contrato principal. El vendedor debe así dar cumplimiento a una prestación contractual con carácter previo³⁸. Es cierto que la garantía es emitida como aseguramiento, pero ello no permite la conclusión de que la emisión de la garantía constituye una obligación contractual secundaria. Por el contrario³⁹, la garantía desempeña una función esencial pues debe asegurar al comprador la correcta ejecución del contrato principal, o si ésta no se produjera, debe asegurar el pago a primera demanda. La obligación de emisión de la garantía independiente debe, pues, ser considerada como una obligación contractual principal del vendedor.

La segunda relación jurídica presente en el entramado obligacional es la relación entre ordenante y garante⁴⁰. Normalmente será el deudor principal el que se dirija al banco solicitándole la garantía, de manera que surge entre ambos una relación de mandato o comisión. El garante puede asumir el riesgo de impago de las sumas pagadas en nombre del ordenante.

En tercer lugar, la relación entre beneficiario y garante es la consecuencia de la relación de mandato concluida entre ordenante y garante, ya que el banco ha asumido el compromiso de pagar al beneficiario una cantidad pactada con el ordenante supuesto el cumplimiento de unas condiciones determinadas, por lo que la relación entre garante y beneficiario es un negocio de ejecución del mandato entre ordenante y garante. Esta relación liga al garante con el beneficiario quedando aquel

³⁸ RIVES-LANGE y CONTAMINE-RAYNAUD, *Droit bancaire*, cit. pp. 725-726.

³⁹ Cfr. DOHM, *op. cit.*, pág. 75.

⁴⁰ Cfr. ECHENIQUE-GORDILLO, art. cit., pp. 154-155; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *El contrato autónomo de garantía* cit., pp. 147-252.

obligado a pagar a éste una suma de dinero determinada a su primera demanda una vez cumplidas las condiciones contempladas en la carta de garantía⁴¹.

Lo determinante de esta relación en el entramado obligacional, de la que se deriva su preeminencia, se pone de manifiesto en el vínculo jurídico que une a garante y beneficiario, que resulta ser independiente de la relación subyacente concluida entre ordenante y beneficiario, es decir, vendedor y comprador. Los requisitos, presupuestos y caracteres de la obligación del garante son propios y exclusivos de ella y vienen determinados en la carta de garantía, sin quedar afectados por las vicisitudes que pudieran afectar a la formación o la ejecución del contrato subyacente. Ello implica que la relación entre garante y beneficiario se caracteriza esencialmente por la inoponibilidad de aquellas excepciones que pudieran derivarse de la relación subyacente, de forma que el garante no podrá oponer las excepciones relativas a la validez o al cumplimiento del contrato garantizado o las referentes a la extinción de la obligación del ordenante, e igualmente tampoco serán oponibles las excepciones derivadas de la relación entre ordenante y garante.

En consecuencia, con carácter general, el garante podrá negarse al pago de la garantía únicamente en virtud de excepciones derivadas del texto propio de la garantía que constituye, según la exposición de CERDÁ⁴², la expresión de la voluntad del garante y el límite de la obligación que asume. La carta de garantía delimita los derechos del beneficiario quien no podrá exigir nada del garante si no es de conformidad con las condiciones previstas en el propio texto de la garantía.

Igualmente, pero con carácter excepcional, el garante podrá negarse al pago de la garantía en el supuesto de reclamación manifiestamente abusiva o fraude palmariamente evidente por parte del beneficiario cuya apreciación resultará siempre problemática pues⁴³, debe encontrarse «un justo equilibrio entre el derecho del beneficiario a reclamar el pago de la garantía, incluso cuando se discuta entre las partes el cumplimiento de la obligación subyacente y la injusticia que representaría reconocer al beneficiario ese derecho a percibir el cobro de la garantía caso de que su mala fe fuera evidente para el garante». La apreciación de esta excepción será aún más delicada para el garante quien,

⁴¹ Vid. la exposición de MARTÍNEZ CALCERRADA, art. cit., pág. 824.

⁴² Cfr. CERDÁ OLMEDO, *op. cit.*, p. 94.

⁴³ Cfr. la St. del Trib. Comm. de Bruselas, de 23 de diciembre de 1980, en *Rev. Banque*, 1981, p. 627.

de no advertir la evidente mala fe del beneficiario, padecerá el riesgo de que el ordenante quede exonerado de su obligación de reembolso para con el garante.

Por último, en ocasiones, el banco emisor de la garantía o garante de primer grado, habrá actuado dando cumplimientos a las instrucciones recibidas de otro banco, normalmente el banco del ordenante de la garantía⁴⁴. Este último banco, que es realmente quien pone en marcha el mecanismo de la garantía, ordena a su corresponsal la emisión de la garantía a favor del beneficiario, para lo cual, a su vez, garantiza al banco emisor de la garantía otorgándole su contragarantía, de manera que los riesgos asumidos por el banco emisor quedan contragarantizados por el banco mandante. La contragarantía es la garantía exigida por el garante de primer rango, directamente comprometido frente al beneficiario designado por el librador, para asegurarse el reembolso de aquello que tuviera que pagar en ejecución de su propio compromiso. En las garantías independientes internacionales, esta combinación de garantía y contragarantía es frecuente, y obedece al hecho de que quien contrata un suministro de bienes o servicios quiere una garantía accesible y equivalente a un depósito de dinero, por lo que, en última instancia, sólo el compromiso de un banco de su propio país puede responder a estos criterios⁴⁵.

2. *Los caracteres de las garantías independientes*

A) LA INDEPENDENCIA DE LA GARANTÍA

El carácter de independencia hace referencia a lo más esencial y específico de la garantía independiente, de significación similar al carácter accesorio de la fianza, y desempeña una función esencial en la determinación de la calificación y de los efectos del compromiso. El compromiso del garante contiene una deuda nueva independiente de aquella que se quiere garantizar. La independencia significa, por tanto, que el garante asume un nuevo compromiso a título principal, sin obligarse al pago de la deuda del deudor principal como sucede en la fianza, sino que asume el compromiso de pagar una cierta suma libremente determinada por las partes. Aunque es posible que la garantía se adapte a los límites y contornos de la obligación del deudor, la mayoría

⁴⁴ Vid. especialmente BERTRAMS, *op. cit.*, pp. 135 y ss.; igualmente, SIMLER, *op. cit.*, pp. 695-699.

⁴⁵ SIMLER, *op. cit.*, p. 696; DOHM, *op. cit.*, pp. 47-49 y 139-142.

de las veces la garantía responde a una obligación principal en dinero y representa una fracción del valor de esta prestación⁴⁶.

La independencia significa que la garantía no está sometida a la norma aplicable a la fianza según la cual ésta no puede exceder de aquello que es debido por el deudor afianzado ni puede contener condiciones más onerosas.

La independencia implica que la validez, duración, extensión, ejecución o inejecución de la obligación garantizada o de la obligación de garantía no tiene incidencia sobre la otra⁴⁷. Ello refuerza la función de garantía, que es precisamente el objetivo deseado. En consecuencia, la independencia se traduce esencialmente en la inoponibilidad por el garante de toda excepción relativa al contrato subyacente⁴⁸.

a) La independencia de la garantía y su desconexión del resto de relaciones

La independencia de la garantía en la relación entre garante y beneficiario se manifiesta en dos aspectos: en primer lugar, la relación no se ve afectada por la relación de mandato o comisión existente entre el banco y el ordenante; en segundo lugar, la obligación de pago del banco y el derecho del beneficiario al cobro quedarán determinados por

⁴⁶ Es la afirmación generalmente realizada por la doctrina. En tal sentido, BERTRAMS, *op. cit.*, pp. 173 y ss.; HORN y WYMEERSCH, *Bank guaranteees, Stand-by letters of credit and performance bonds in International trade*, cit. pp. 455 y ss. La idea expresada es sostenida por la generalidad de la doctrina de los diversos países: CABRILLAC y MOULY, *op. cit.*, pp. 346 y ss.; CHATTERJEE, *The independence of contracts of guarantee...* cit. p. 113; PORTALE, *Nuovi sviluppi...* cit., pp. 176 y ss.; ECHENIQUE, art. cit., pp. 147-163; SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, *El contrato autónomo de garantía*, cit., p. 296.

⁴⁷ SIMLER, *op. cit.*, pp. 684-687.

⁴⁸ Las vicisitudes que afectan al contrato subyacente pueden ser diversas. En ocasiones, el ordenante se muestra en desacuerdo con el montante adeudado al beneficiario. Cfr. Dalloz, J., 1981, 336, comentario de VASSEUR. El caso enjuiciado por la *Cour d'Appel* de París, el 29 de enero de 1981, se refería a una garantía de ejecución dada al contratista por un subcontratista. Este sostuvo que el montante solicitado no guardaba proporción con el perjuicio sufrido por el contratista, argumento aceptado por el banco quien se negó al pago. La *Cour d'Appel* respaldó la obligación de pagar, porque el banco estaba desconociendo el carácter independiente de la garantía. St. *Cour d'Appel* de Riom, 14 de mayo de 1980, D. 1981, J., 336, comentario de VASSEUR. El Tribunal afirmó que «el contrato de garantía independiente debe ser apreciado en sí mismo y al margen de las vicisitudes que pudieran afectar a la operación mercantil, sin consideración a las maniobras (del beneficiario) producidas con ocasión de un contrato anterior, o incluso su mala fe no pueden interferir en el contrato...». Igualmente, *Trib. Gde. Inst.* París, 11 de julio 1980 (D. 1981, J., 336): «La garantía a primera demanda presenta un carácter incondicional, independiente de las diferencias que pudieran existir entre el comprador y el vendedor».

los términos y condiciones establecidas en la garantía y no por referencia a la relación subyacente.

El garante tampoco podrá esgrimir la modificación del objeto de la operación subyacente producida tras el nacimiento del compromiso de garantía, salvo si la garantía hiciera referencia explícita al objeto de la operación subyacente⁴⁹.

El garante deberá proceder al pago en el supuesto de que los términos de la garantía hubieran sido cumplimentados sin poder esgrimir defensa alguna emanada de la relación subyacente, lo que resultaría posible para un fiador. La determinación del incumplimiento por el deudor principal o las diferencias a este respecto no son cuestión entre el banco y el beneficiario. Para ostentar legitimación al objeto de obtener un pago, el beneficiario sólo tendrá que satisfacer los términos de la garantía y no necesitará proceder a otra demostración del incumplimiento.

El garante asume el riesgo de impago de las sumas pagadas en nombre del ordenante, sin que sea relevante la causa del impago. El garante no puede hacer valer ni la retractación del ordenante, ni la insolvencia de aquel sobrevinida tras la emisión de la garantía, ni su ruptura de relaciones con el ordenante, ni tan siquiera el hecho de que al ordenante le resultara imposible el reembolso⁵⁰

La afirmación de la independencia de la garantía en cuanto contrato entre el banco y el beneficiario frente al contrato principal o frente a la relación de mandato sólo es realmente posible a partir de su interdependencia funcional. No cabría hablar de plena independencia si estas relaciones fueran completamente inconexas entre sí, pues es precisamente la propia interdependencia apreciable entre ellas la que otorga sentido y significado al principio de independencia. Las diversas relaciones se encuentran relacionadas entre sí en determinados aspectos de manera funcional y substantiva, y al mismo tiempo son independientes entre sí⁵¹.

b) La paralela independencia de la contragarantía

Del mismo modo que la garantía de primer grado es independiente, las contragarantías son igualmente independientes, y ello no sólo en relación al contrato subyacente, sino también en relación a cada uno de

⁴⁹ Al respecto, POULLET, art. cit., pp. 421 y 422; VILLEREY, art. cit., p. 272; GAVALDA y STOUFFLET, *La lettre de garantie*, cit., pp. 299 y ss. Sin embargo, la afirmación no es completamente pacífica; así, en contra, VASSEUR, *Rapport de synthèse...* cit., pp. 340 y 341, quien no la respalda caso de modificación substancial, DUBISSON, *Le droit de saisir...* cit. pp. 423 y ss.

⁵⁰ Cfr. VASSEUR, *Rapport de synthèse*, cit. p. 347.

⁵¹ BERTRAMS, *op. cit.*, pp. 161-164.

los eslabones de la cadena, El principio de la autonomía de los diferentes eslabones resulta claramente afirmado por la jurisprudencia. En un caso en el que, sobre la garantía independiente de primer grado, se habían insertado tres contragarantías sucesivas, la *Cour de Cassation* declaró que, «en la cadena de contragarantías, cada compromiso es independiente de los demás y del contrato subyacente»⁵².

c) Independencia e inoponibilidad de excepciones derivadas del contrato subyacente

El corolario de la independencia estriba en la inoponibilidad de excepciones, lo que significa que el garante no puede oponer al beneficiario otras excepciones que las derivadas del propio contrato de garantía. Si la garantía es pagadera a su primera demanda, lo que suele ser el caso más habitual, el garante no puede demandar explicación alguna, y se verá en la obligación de hacer frente al pago de la garantía aunque tuviera conocimiento de la posible nulidad del contrato principal, o de su resolución, o de su completa ejecución, o de su extinción por causa cualquiera de extinción de las obligaciones, tales como la novación, compensación, etc. Tal rigor puede parecer en algún grado sorprendente, pues obliga al garante a pagar cuando la licitud o nulidad del contrato es dudosa, o a pesar de que ordenante hubiera dado cumplimiento a los compromisos garantizados. Al mismo tiempo, tal rigor provoca un riesgo de abuso considerable, aun cuando es la consecuencia del carácter de independencia de la obligación del garante.

La jurisprudencia ha intentado en ocasiones proyectar la regulación legal de la fianza sobre la aplicación estricta de la fuerza obligatoria del contrato. La única matización finalmente admitida, que no constituye auténtica derogación de la regla de la inoponibilidad de excepciones, estriba en la reclamación manifiestamente abusiva del pago de la garantía. En otro caso, el garante deberá cumplir su compromiso. El garante u ordenante, en su intento de impedir el pago de la garantía, no pueden oponer frente al beneficiario: 1.º) ni la nulidad del contrato subyacente; 2.º) ni su resolución o anulación; 3.º) ni la inejecución del contrato subyacente por acto o falta del acreedor mismo, o por fuerza mayor; 4.º) ni la ejecución por el deudor garantizado de la mayor parte o de la totalidad de sus obligaciones; 5.º) ni la compensación entre el monto de la garantía y una deuda del beneficiario para con el orde-

⁵² St. Trib. de Casation Comm, de 20 de noviembre de 1985, *Soc. Dipra c. Banque Vernes et Commerciale de Paris*, en Dalloz, 1986, J, p. 213, con comentario de VASSEUR.

nante; 6.º) ni la cesión del contrato subyacente por el ordenante o por el beneficiario de la garantía⁵³.

B) EL CARÁCTER UNILATERAL DE LA GARANTÍA

El compromiso asumido por el garante de pagar una suma de dinero determinada al beneficiario de la garantía a solicitud de éste, simple o condicionada, debe entenderse como un compromiso unilateral, aun cuando tal característica de unilateralidad no recibe un respaldo doctrinal unánime.

La tesis del compromiso unilateral fue inicialmente defendida⁵⁴ en relación a los créditos documentarios irrevocables y recibió el respaldo de un sector de la doctrina. Sin embargo, el nacimiento de una obligación por la voluntad unilateral del garante es asimismo criticado por otro sector de la doctrina. Garante, exportador e importador participan, conjunta y conscientemente, en la formación de un mecanismo tripartito conocido con efectos predeterminados y, en él, sus voluntades se encuentran efectivamente. Para este sector doctrinal, la idea de contrato bilateral explica mejor la realidad de esta operación que la doctrina del acto unilateral⁵⁵.

En las doctrinas de inspiración germánica, es general la afirmación del carácter unilateral de la garantía independiente⁵⁶. Asimismo, para la doctrina italiana, la garantía bancaria a primera demanda debe ser considerado como un contrato unilateral innominado⁵⁷. Por lo que a la doctrina anglosajona se refiere, GUTTERIDGE y MEGRAH apuntan que se debe buscar un fundamento sobre el que apoyar la idea de la existencia de un contrato a partir del momento en que la emisión del crédito documentario es comunicada al vendedor. Sin embargo, los citados autores apuntan que subsiste la dificultad consistente en que el crédito, en un primer momento, es simplemente una oferta que tiene que ser aceptada

⁵³ Son las consecuencias primordiales cuya aceptación no siempre ha sido pacífica; *vid.* jurisprudencia al respecto de los tribunales franceses en VASSEUR, *Dix ans de jurisprudence...* cit. y referencias jurisprudenciales de los tribunales de diversos países allí citados; BERTRAMS, *op. cit.*, pp. 161-165; cfr. especialmente el análisis de SIMLER, *op. cit.*, pp. 685-687.

⁵⁴ *Vid.* al respecto HENEN, «Le crédit irrévocable», en *Rev. Banque*, 1952, p. 458; el argumento es explicado extensamente por VELU, en el debate de las ponencias del Coloquio de Tours, 19 y 20 de junio de 1980, en «Les garanties bancaires dans les contrats internationaux», *cit.*, pp. 423-424.

⁵⁵ Principalmente, Poullet, *art. cit.*, pp. 395 y ss.; su tesis es substancialmente seguida entre nosotros por CERDÁ OLMEDO, *op. cit.*, pág. 46.

⁵⁶ CANARIS, *op. cit.*, pp. 591 y ss.; DOHM, *op. cit.*, pp. 74-75.

⁵⁷ MAZZONI, *Les garanties bancaires en droit italien*, *cit.* p. 292.

por el beneficiario antes de que pueda apreciarse la existencia de un contrato. La jurisprudencia británica, por el contrario, parece inclinarse por el reconocimiento de su carácter unilateral al calificarlas como promesas de pago⁵⁸.

En la doctrina francesa, aun cuando tanto el carácter unilateral de la garantía independiente como su carácter bilateral o contractual reciben apoyos, parece ser la consideración de la garantía independiente como relación bilateral la que goza de mayoritario respaldo⁵⁹.

a) La voluntad unilateral como fuente de obligaciones en el sistema español

Nuestra tradición jurídica no ha sido favorable a la admisión de la obligatoriedad de la promesa unilateral, aun cuando siempre se han aceptado excepciones determinadas al respecto. Un sector de la doctrina⁶⁰ ha afirmado que no hay base absolutamente clara en nuestro derecho para reconocer la fuerza obligatoria de la promesa unilateral que no es objeto de aceptación, particularmente en atención al hecho de que el artículo 1.089 del CC no menciona la voluntad unilateral entre las fuentes de las obligaciones. Sin embargo, tras la afirmación mencionada, es generalmente apuntado que tampoco se registran obstáculos insuperables para su construcción técnica, de todo lo cual se siguen posiciones encontradas en la doctrina española⁶¹.

La doctrina civilista parece admitirla excepcionalmente. A juicio de DÍEZ PICAZO⁶², la solución debe ser matizada, pues «en principio, cabe

⁵⁸ Cfr. GUTTERIDGE y MEGRAH, *The law of bankers' commercial credits...* cit., p. 24. Más adelante, pp. 28-29, los autores hacen referencia a la teoría de la oferta y de la aceptación y a la naturaleza contractual de la carta de crédito sin otras precisiones acerca de la forma y momento de nacimiento del contrato. Lord DENNING dedujo del examen de las obligaciones del garante que «la garantía de ejecución tiene un régimen similar a las cartas de crédito» y también afirmó: «estas garantías de ejecución son virtualmente títulos a la orden pagaderos a la vista», *Edward Owen Engineering Ltd. vs. Barclays Bank International Ltd.* en apelación (1977), 3, WLR, 734.

⁵⁹ CABRILLAC y MOULY, *op. cit.*, p. 331. Dentro del derecho francés en contra, sosteniendo el carácter unilateral, VASSEUR, *Rapport de synthèse...* cit., p. 332.

⁶⁰ Cfr. la exposición de ALBALADEJO, *Instituciones de Derecho civil*, 5.ª edición, Barcelona, 1980, p. 614; asimismo, LACRUZ BERDEJO, *Elementos de derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1980, tomo II, pp. 75 y ss.

⁶¹ No aprecia especiales obstáculos para ello GULLÓN BALLESTEROS, *Curso de derecho civil. El negocio jurídico*, Madrid, Tecnos, 1968, pp. 27 y ss. De igual opinión es CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, 13.ª edición, Madrid, Reus, 1973, tomo III, pp. 98-102.

⁶² DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Madrid, Tecnos, 1983, pp. 66 y ss.; pp. 98 y ss.; pp. 389 y ss.; pp. 566 y ss.

admitir que la declaración unilateral de voluntad del deudor es justo fundamento de un posible ejercicio por el acreedor de un derecho de crédito en todos aquellos casos en que la aceptación pueda presumirse. Por su parte, PUIG BRUTAU⁶³ pone de relieve la influencia del factor social de la protección de la confianza en el problema de la fuerza vinculante de las declaraciones unilaterales de voluntad, poniendo de relieve que «lo declarado unilateralmente puede haber influido en la conducta ajena, y en la medida en que haya sucedido así, puede ser necesario proteger la confianza depositada en la apariencia. Si la relación jurídica entre los intereses de dos personas no brota de lo declarado por una y otra, puede brotar, no obstante, de la conducta de ambas en su recíproca influencia. Como un fundamental postulado de política jurídica, aparece una vez más la necesidad de proteger la confianza depositada en lo aparentado por la declaración».

La doctrina mercantilista⁶⁴ juzga imposible negar a la voluntad unilateral la fuerza creadora de obligaciones, de manera que, aun cuando no hay coincidencia acerca de si es considerable como fuente general de obligaciones, sí hay tal coincidencia en la afirmación de que lo es en ciertos casos. «Por añadidura, señala LANGLE, se da el hecho de que no pocas relaciones que tradicionalmente eran tenidas por contractuales, ha revelado el progreso científico que son más propiamente unilaterales: las cambiarias, por ejemplo. En suma, ha ido extendiéndose en la mente de los juristas y ha dejado de ser demasiado limitada la idea de aplicar esta nueva doctrina en lo comercial.» Los negocios jurídicos unilaterales, prosigue el mencionado autor, realizan en el tráfico mercantil dos funciones del mayor interés, pues sirven para regular y definir relaciones jurídicas preexistentes (vgr, denuncia, denegación, protesto, deje de cuenta etc.), o para destacar de una de ellas (de una compraventa o de una cuenta corriente) un derecho de crédito, a fin de darles aptitudes para circular autónomamente en un título, y añade que en modo alguno quiere ello decir que sólo desempeñen esas dos funciones, sino que hay casos que no suponen la preexistencia de una relación jurídica, sino que la crean. Y, por su parte, afirma GARRIGUES que «la realidad del tráfico muestra que, en Derecho Mercantil, no es el contrato la única fuente de obligación, sino que lo es también la declaración de voluntad unilateral y la declaración plurilateral manifestada en el acto conjunto, que tampoco es contrato».

⁶³ Cfr. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, tomo I, 2.º, 2.ª ed., Barcelona, 1976, pp. 45-48.

⁶⁴ GARRIGUES, *Contratos bancarios*, Madrid, 1975, 2.ª edición, pp. 612; LANGLE, *Curso de Derecho Mercantil*, Barcelona, Bosch, 1959, tomo II, pp. 36-39.

Por su parte, la STS de 13 de noviembre de 1962⁶⁵ declaró que, aun cuando el artículo 1.089 del Código Civil no enumera las declaraciones de voluntad unilaterales entre las fuentes productoras de las obligaciones, tampoco contiene norma explícita que las prohíba terminantemente, y de su comparación con otros preceptos, como los artículos 1.158, 1.330, 1.087 de dicho cuerpo legal, y 587 y 789, entre otros, del Código de Comercio, se llega a la conclusión de que determinados supuestos pueden dar origen al nacimiento de un título que las legitime y obligue al deudor a su cumplimiento. Doctrina ésta reiterada por la STS de 30 de septiembre de 1975⁶⁶, la cual, sin añadir nuevas consideraciones, viene a recoger la doctrina favorable a la voluntad unilateral como fuente, al afirmar:

«Aun cuando el artículo 1089 del Código Civil no enumera las declaraciones unilaterales de voluntad entre las fuentes productoras de las obligaciones, tampoco contiene ninguna norma que las prohíba explícita y terminantemente, razón por la cual... la jurisprudencia de esta Sala las ha admitido... como creadoras del nacimiento de un título a favor de los sujetos a quienes van dirigidas, entendiéndose que deben obligar a su cumplimiento a los que las emitieron por reflejar su voluntad e intención de asumir los deberes apreciados...»

b) El carácter unilateral de la garantía independiente en el Derecho español

Por lo que a la doctrina española se refiere, no es pacífico tal carácter de unilateralidad de la garantía, lo que quizá sea consecuencia de las dudas expresadas por la doctrina en orden a la admisibilidad de la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones en nuestro derecho, y ello lleva a algún autor⁶⁷ al pronunciamiento a favor

⁶⁵ El TS parece aceptar la voluntad unilateral como fuente de obligaciones, a pesar de las críticas doctrinales antes apuntadas. La STS, de 13 de noviembre de 1962 (Rep. Aranzadi, 1962, n.º 4.288) afirma: «Pese a la doctrina contenida en las sentencias de esta Sala de 25 de abril de 1924 y 1 de diciembre de 1955 (Rep. Jur. n.º 3.601), las de 31 de octubre de 1924, 17 de octubre de 1932 (Rep. Jur. n.º 722) y 10 de enero de 1946 (Rep. Jur. n.º 1.714) expresan que emitida la declaración de voluntad con ánimo de obligarse una persona a otra a título de disposición, se genera un derecho de crédito a favor de la designada por reflejar la voluntad del promitente y su consciente intención de asumir el deber de cumplir lo ofrecido, doctrina que no es posible dejar de tener presente cuando el acto unilateral del oferente va seguido de la aceptación del interesado (...)». ALBALADEJO, *Instituciones de Derecho civil*, cit. p. 614, afirma que «la jurisprudencia del TS es confusa, contradictoria e intermitente».

⁶⁶ Rep. Aranzadi, 1975, tomo XLII, vol. II, n.º 3.408.

⁶⁷ CERDÁ OLMEDO, *op. cit.*, pp. 41-47.

del carácter bilateral de la garantía haciéndose eco de los pronunciamientos de la doctrina francesa.

Por su parte, para GARRIGUES⁶⁸ y en relación al crédito documentario, la obligación del banco de pagar nace de un acto unilateral que consiste en la emisión del instrumento. Por tanto no necesita la aceptación del beneficiario para ser vinculante. Sin embargo, el citado autor parece apuntar a continuación un cierto atisbo de bilateralidad, al sugerir que el consentimiento del beneficiario ha sido previamente prestado, pues «es cierto que esta aceptación no es necesaria, pero no se olvide que ha sido dada anticipadamente por el vendedor, al imponer en el contrato de compraventa el deber de buscar un banco que asuma la obligación de pagar».

Cabe apuntar que el consentimiento otorgado por el beneficiario en el momento de negociar las condiciones del contrato subyacente no lo es en referencia a la garantía como tal, sino que se trata de un consentimiento a una de las obligaciones que forman parte del contrato subyacente, cual es la obligación, normalmente impuesta por el beneficiario (comprador), de que le sea entregada una garantía por el ordenante. De esta forma, el consentimiento anticipado no sería sino una aceptación de la garantía como parte del contrato subyacente, es decir, como obligación principal derivada del contrato del que nace en el cual está contenida, pero no constituye consentimiento a la relación de garantía. Esta relación entre garante y beneficiario es independiente del contrato del que nace, con lo que, de ser bilateral, necesitaría un nuevo consentimiento, el cual no llega a producirse, ya que el beneficiario simplemente acude a la entidad financiera a solicitar el pago del importe pactado sin efectuar más actividad que la de aportar los documentos pactados en el contrato subyacente como condición para el ejercicio de su derecho a hacer efectiva la garantía. Así, el cumplimiento de los requisitos para el ejercicio de su derecho por parte del beneficiario no es, como ha afirmado algún sector de la doctrina⁶⁹, una obligación o prestación contractual del beneficiario, sino que resulta ser condición para el ejercicio de un derecho.

Es igualmente significativo para la apreciación de tal carácter de unilateralidad el que, en la relación entre garante y beneficiario, sólo

⁶⁸ GARRIGUES, *Contratos bancarios*, cit. p. 612.

⁶⁹ Cfr. GARRIGUES, *Contratos bancarios*, cit. p. 611. Para ASQUINI, *Ancora sui pagamenti mediante apertura di credito bancario*, «Scritti Giuridici», vol. I, Padua, 1936, pp. 252 y ss., «la entrega de documentos por parte del vendedor será contraprestación causal frente al comprador, pero frente al banco es una simple condición de hecho para el perfeccionamiento de la obligación abstracta del banco de entregar una suma de dinero.

una parte ostenta derechos, el beneficiario, y sólo a la otra, el banco garante, le corresponden obligaciones, lo que refleja claramente una estructura pura de relación unilateral.

Además, la unilateralidad de la carta de garantía independiente es consecuencia de la necesidad de seguridad jurídica en las relaciones internacionales y de la propia configuración de la garantía cuya existencia y producción de efectos no puede quedar a expensas de la aceptación por su beneficiario, bien fuere ésta expresa, bien pudiera inducirse tácitamente del silencio del beneficiario mantenido durante el breve período prudencial, desde la recepción de la carta de garantía, predicado como inherente a la rapidez o diligencia propia del mundo de los negocios. Es de señalar que el contenido de la garantía habrá sido impuesto por el propio beneficiario a lo largo de las negociaciones del contrato subyacente, el cual contendrá en alguna de sus cláusulas las menciones principales que luego aparecen transcritas en el texto de la garantía. Teniendo en cuenta todo ello, parece más propio considerar que el silencio del beneficiario simplemente será indicativo de su conformidad con el texto de la garantía que le ha sido procurada. Por otra parte, durante tal breve período de tiempo al parecer necesario para entender producido el consentimiento del beneficiario, éste podría exigir al garante el cumplimiento de sus obligaciones de garantía, por lo que no parece coherente la consideración de que un acto jurídico se entienda como no nacido hasta tanto recaiga aceptación del beneficiario, cuando éste puede reclamar al garante la ejecución del contenido del acto jurídico.

La relación que une al garante y al beneficiario de la garantía se concreta en la emisión por el banco garante de la carta de garantía en favor de su beneficiario, momento a partir del cual surge un compromiso firme del garante frente al beneficiario, sobre quien no pende obligación alguna en orden a la reclamación del pago de la garantía, por lo que⁷⁰ cabe plantear la configuración de la carta de garantía bien como contrato unilateral, o bien como negocio jurídico unilateral. Aunque sea objeto de debate⁷¹, cabe deducir de lo anterior que la situación apuntada es calificable como una declaración unilateral de voluntad constitutiva de un negocio jurídico atípico e innominado, declaración de voluntad en virtud de la cual el banco promitente, dirigiéndose a

⁷⁰ Cfr. ALONSO UREBA, art. cit., pp. 443 y ss. El autor sostiene la calificación del crédito documentario como acto o contrato unilateral.

⁷¹ En sentido contrario se pronuncia CERDÁ OLMEDO, *op. cit.*, pp. 41 y ss., afirmando que «...dicho *consensus* en cuanto a los instrumentos jurídicos utilizados, su extensión y su alcance en cada caso hace que la tesis contractual sea más conforme con la realidad a la hora de explicar la naturaleza de la garantía a primera demanda».

persona determinada (el beneficiario), se obliga a realizar una prestación (el pago de la cantidad garantizada) cuando le fuere reclamada⁷².

Es, además, un negocio jurídico unilateral no recepticio, pues la promesa unilateral de pago no requiere ser recibida por el vendedor para ser eficaz, quedando vinculado el garante desde su emisión y no desde su recepción o aceptación por el beneficiario. Ello resulta, además, de la propia estructura del negocio, pues la promesa del garante no es realizada en busca de una declaración de aceptación, sino que se orienta a la efectiva realización del comportamiento pretendido, es decir, la reclamación del pago de la suma garantizada. No cabe apreciar, por tanto, la realización de una oferta de contrato, sino una promesa unilateral, sin que haya lugar a plantear la significación del silencio por parte del beneficiario como aceptación de la oferta, y sin que tampoco quepa entender que la aceptación se produce con la reclamación del pago de la garantía. Dicha promesa irrevocable sólo se extinguirá por la reclamación y realización del pago, o por el transcurso del plazo previsto.

C) LA INAPROPIADA CONSIDERACIÓN DE LA GARANTÍA INDEPENDIENTE COMO GARANTÍA DE RESULTADO: EL CARÁCTER INDEMNIZATORIO DE LA GARANTÍA INDEPENDIENTE

Una parte de la doctrina alemana⁷³, siguiendo la tradición jurídica germánica, ha establecido que la garantía independiente, en contraste y a diferencia de una garantía accesoria, cubre un determinado resultado de acuerdo con las previsiones contempladas en la relación jurídica subyacente. Igualmente, los pagos que se produjeran en ejecución de la garantía no guardan relación con los derechos del beneficiario frente al ordenante de la garantía⁷⁴. Las consideraciones de la doctrina alemana encajan con el *garantievertrag* alemán, pero la garantía de un resultado resulta contradictoria con la independencia de la garantía y parecen poner de manifiesto connotaciones propias de una garantía accesoria.

La garantía independiente no es un procedimiento de ejecución para el supuesto de incumplimiento del deudor principal, pues, aun sin

⁷² La unilateralidad de las garantías independientes resulta expresamente aceptada por las STS de 14 de noviembre de 1989 en Rep. Jurisp. La Ley, 1989, n.º 7.878; STS de 15 de abril de 1991, Rep. Jurisp. La Ley 1991, n.º 2.693; STS de 27 de octubre de 1992, Rep. Jurisp. La Ley, 1992, n.º 8.584.

⁷³ Vid. CAEMMERER, art. cit., pp. 295 y ss.; BERTRAMS, *op. cit.*, p. 44; en el mismo sentido, SÁNCHEZ-CALERO, *El contrato autónomo de garantía...* cit., pp. 344-346.

⁷⁴ BERTRAMS, *op. cit.*, p. 44.

entrar en la consideración de que el monto de la garantía suele alcanzar un porcentaje menor del total del contrato garantizado, constituye, únicamente, una valoración inicial a tanto alzado de los daños derivados de la defectuosa ejecución del contrato garantizado y significa un pago previo a la determinación judicial, o mediante transacción amistosa, del monto finalmente fijado para tales daños. Por lo tanto, el banco no se compromete a garantizar la ejecución de las obligaciones del contrato, sino a la ejecución de una obligación marginal cual es el pago de la suma convenida. La garantía independiente es, en consecuencia, para la doctrina francesa, algo análogo a un procedimiento de consignación de una suma de dinero, lo que pone de manifiesto una vocación indemnizatoria prefijada en cuanto a su alcance económico⁷⁵.

3. *La calificación jurídica de la figura de las garantías independientes*

Entre los rasgos que caracterizan a la garantía independiente se encuentra su calidad de garantía personal singularizada por su autonomía e independencia respecto del contrato subyacente de la que se deriva la inoponibilidad frente al beneficiario de aquellas excepciones que pudieran derivarse de dicho contrato. Existe, pues, por hipótesis, un contrato subyacente sin el cual la idea misma de garantía no tendría sentido. Sin embargo, una vez constituida dicha garantía, el nexo con el contrato subyacente queda oculto, aunque no desaparecido, por lo que su calificación como acto materialmente abstracto debe ser descartada⁷⁶.

A) LAS GARANTÍAS INDEPENDIENTES COMO CONTRATO «SUI GENERIS»

Los ordenamientos jurídicos, confrontados con la cuestión de la calificación a dispensar a las garantías independientes, concluyen la dificultad de la reconducción de la figura a ninguno de los tipos conocidos de manera adecuada, por lo que optan por la consideración de las garantías independientes como contrato *sui generis*.

Tal calificación es la que pareció sugerir Lord DENNING tras concluir que las garantías eran *a new creature* que se basaban en los mismos principios en que lo hacían los créditos documentarios, afirmando

⁷⁵ CABRILLAC y MOULY, *Le droit des suretes*, cit. p. 353, donde los autores afirman: «La garantie indépendante remplace un depot de garantie; la garantie indépendante n'a pas pour objet l'exécution du contrat principal mais la consignation d'un depot de garantie».

⁷⁶ SIMLER, *op. cit.*, p. 683.

en cuanto a la calificación jurídica de las mismas que... *these performance guarantees are virtually promissory notes payable on demand*⁷⁷.

En el seno de los ordenamientos de inspiración germánica, la doctrina alemana⁷⁸ acepta la tesis de CANARIS⁷⁹ según la cual no cabe apreciar grado alguno de analogía entre la asignación y las garantías independientes. Por ello, la doctrina alemana se conforma con la apreciación de la naturaleza abstracta *sui generis* de las garantías independientes a primera demanda.

En relación al derecho suizo, se afirma la imposibilidad de asimilación de las garantías independientes a la figura de la asignación del art. 468 del *Code des Obligations*, mediante la cual el asignante hace ejecutar su propia obligación por el asignado, quien actúa en su propio nombre pero por cuenta de un tercero, lo que efectivamente resulta posible en el supuesto de los créditos documentarios pero no puede producirse en el caso de las garantías independientes. Asimismo se afirma la imposibilidad de su asimilación al contrato de *porte-fort* regulado en el artículo 111 del *Code des Obligations*. Por todo ello, considera la doctrina⁸⁰ que las características esenciales de las garantías independientes no aparecen recogidas en ninguno de los contratos que disponen de un *nomen iuris* por lo que se trata de un tipo innominado *sui generis*.

La doctrina italiana⁸¹, por su parte, acepta la existencia de un contrato de *garanzia pura* que se corresponde con una función económica y social digna de protección cuya admisibilidad se deriva del principio de autonomía contractual, siendo la identificación de su causa la cuestión de mayor relevancia al objeto de la definitiva admisión de la figura, aun cuando algunos autores entienden que permanece abierta la cuestión de la validez de tal nuevo tipo de garantía personal.

Por lo que se refiere a la doctrina y jurisprudencia francesas⁸², no parecen mostrar gran preocupación por la reconducción de la figura a determinado tipo jurídico. La utilización del término garantía va seguido del énfasis en la independencia y abstracción de la figura. A se-

⁷⁷ Lord DENNING dedujo del examen de las obligaciones del garante que «la garantía de ejecución tiene un régimen similar a las cartas de crédito» y también afirmó: «estas garantías de ejecución son virtualmente títulos a la orden pagaderos a la vista», *Edward Owen Engineering Ltd. vs. Barclays Bank International Ltd.* en apelación (1977), 3, WLR, 734; Lord Denning afirmó en 1977 «A performance bond is a new creature so as far as we are concerned».

⁷⁸ Cfr. CAEMMERER, *Bankgarantien...*, cit. p. 305.

⁷⁹ CANARIS, *Banvertragsrecht*, cit. p. 592.

⁸⁰ DOHM, *op. cit.*, p. 66.

⁸¹ Vid. especialmente MAZZONI, art. cit., p. 292; BENATTI, art. cit., p. 181.

⁸² Cfr. CABRILLAC y MOULY, *op. cit.*, p. 354.

mejanza de la orientación seguida por el sistema jurídico italiano y tratándose de un orden profundamente causalista, la apreciación de la existencia de una causa de la garantía y su identificación parece ser cuestión de mayor relevancia.

En el derecho español, aceptando la voluntad unilateral como fuente posible de obligaciones, es posible configurar la carta de garantía como contrato unilateral o como negocio jurídico unilateral⁸³, declaración de voluntad constitutiva de un negocio jurídico atípico, innominado y no recepticio⁸⁴, que contiene una promesa de pago unilateral.

B) LAS GARANTÍAS INDEPENDIENTES EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES Y SU CONFIGURACIÓN COMO PROMESA UNILATERAL DE PAGO

El TS parece tomar como punto de partida el carácter imperativo que reviste la regulación legal de los caracteres esenciales de la fianza⁸⁵, de forma que, derogados o alterados éstos por la voluntad de las partes, habrá nacido una figura dotada de plena validez jurídica, pero no reconducible al tipo contractual de la fianza. Para el TS, una garantía no accesoria no es una fianza. En otros términos, las normas de la fianza relativas a su accesoriidad son típicamente imperativas de forma que, cuando el supuesto de hecho sea reconducible al tipo de la fianza, tales normas resultarán inexcusablemente de aplicación⁸⁶.

⁸³ GARRIGUES, *Curso de derecho mercantil*, 7.ª edición, Madrid, 1980, p. 11.

⁸⁴ Cfr. al respecto la exposición de ALONSO UREBA, art. cit., pp. 460 y sigs.

⁸⁵ Los pronunciamientos del TS pueden ser agrupados: 1.º) tras las STS antes citadas (cfr. *supra* notas 8 y 9) de 2 de octubre de 1990 y 15 de abril de 1991, en principio opuestas a la aceptación de la figura de las garantías independientes, cabe hacer mención de aquellas sentencias preparatorias de la aceptación de las garantías independientes, cuales son la STS de 21 de marzo de 1980 (Rep. Aranzadi, 1980, n.º 1.132) que se refirió a un aval en sentido amplio que no definió, y la STS de 11 de julio de 1983 (Rep. Aranzadi, 1983, n.º 4.209) la cual menciona como *obiter dictum* la necesidad de aceptar nuevas figuras de garantía personal para superar la rigidez de la fianza. 2.º) En segundo lugar, se pueden agrupar los pronunciamientos en los que, de forma central, el TS ha elaborado lo substancial de su doctrina al respecto, y que resultan ser: la STS de 14 de noviembre de 1989 (Rep. Aranzadi, 1989, n.º 7.878, la STS de 8 de mayo de 1991 (Rep. La Ley, 1993, n.º 11.780 y, muy en particular, la STS de 27 de octubre de 1992 (Rep. La Ley, 1993, n.º 13.168. 3.º) Por último, cabe hacer mención de los posteriores pronunciamientos que vienen a confirmar la doctrina sentada en las sentencias anteriormente mencionadas: STS de 3 de mayo de 1999, en Actualidad Civil, 1999, n.º 30, St. n.º 749; STS de 10 de noviembre de 1999, en Actualidad Civil, 2000, n.º 9, St. n.º 178; STS de 17 de febrero de 2000, en Actualidad Civil, 2000, n.º 24, St. n.º 537; STS de 30 de marzo de 2000, en Actualidad Civil, 2000, n.º 32, St. n.º 729; STS de 5 de julio de 2000, en Actualidad Civil, 2000, n.º 44, St. n.º 1.078.

⁸⁶ STS de 27 de octubre de 1992, Fundamento de Derecho segundo; cfr. *supra* nota 89.

«...la obligación de pago asumida por el garante se constituye como una obligación distinta, autónoma e independiente, de las que nacen del contrato cuyo cumplimiento se garantiza. Es nota característica de esta forma de garantía personal, que la diferencia de la fianza regulada en el Código civil, su no accesoriidad...».

El TS ya había puesto de manifiesto que las necesidades del tráfico mercantil internacional no quedaban adecuadamente servidas mediante la figura de la fianza. Así lo había hecho en la STS de 11 de julio de 1983⁸⁷ en la que, refiriéndose a un «aval en sentido amplio» que no definió, había afirmado:

«...como instrumentos complementarios de las garantías reales...se viene planteando en el ámbito jurídico la problemática de las garantías personales...frente a una visión tradicional que pudiera reconducir las garantías personales a las obligaciones cambiarias o a la fianza, han aparecido nuevas figuras que tendiendo a superar la rigidez de la accesoriidad, es decir, la absoluta dependencia de la obligación garantizada para la existencia y la misma supervivencia, como lo revelan sobre todo... las garantías denominadas de primera solicitud en el comercio internacional...».

Por lo que a nuestro sistema jurídico se refiere, la doctrina del TS permite, por recurso al principio de libertad contractual, la creación de nuevas figuras contractuales y, de forma más específica, reconoce la validez de la garantía independiente y su diferenciación del tipo de la fianza. Apoyándose en el principio de libertad de pacto del artículo 1.255 CC, afirma la STS, anteriormente comentada, de 14 de noviembre de 1989:

«...es llano que no nos encontramos ante una fianza, sino ante otro tipo de garantía exigible en las condiciones pactadas, y toda interpretación que trate de dar a la palabra garantía el sentido de la obligación accesoria de fianza o de aplicar la excusión que le es característica desvirtúa la naturaleza de la relación jurídica compleja a la venimos haciendo mérito, para lo que no existe obstáculo legal en orden a su eficacia en nuestro ordenamiento positivo, que encuentra su fuerza vinculante en el principio de libertad de contratación proclamado en el artículo 1.255 CC...».

⁸⁷ Con anterioridad, el TS, en su sentencia de 21 de marzo de 1980 (cfr. *supra* nota 89) se había referido a un aval en sentido amplio, aval solidario de una serie de letras cambiarias. El TS estableció que existe un concepto más amplio de aval en cuanto contrato de garantía de cumplimiento de otros negocios y por virtud del cual una o varias personas se comprometen a cumplir una obligación ya existente o que se crea en ese momento otorgándole carácter solidario. *Vid.* comentario de BLANCO CAMPAÑA, *Aval cambiario y aval como contrato de garantía*, cit. pp. 167-182.

El TS se ha pronunciado de forma específica en sus sentencias de 14 de noviembre de 1989⁸⁸, 8 de mayo de 1991⁸⁹ y 27 de octubre de 1992⁹⁰.

En la primera de ellas, el tribunal acude a la figura de la promesa de pago unilateral e irrevocable⁹¹. Para ello basa su argumentación: 1.º) en el artículo 1.255 CC y 2.º) en el paralelismo de la figura del crédito documentario respecto de un supuesto de carta de garantía emitida por una Compañía de seguros en virtud de la cual dicha compañía por cuenta de su cliente se comprometía frente a un tercero a pagarle de inmediato contra la presentación de una simple petición por escrito. El TS afirma que la garantía contemplada en el supuesto objeto de la litis «se parece a lo que, con nombre ciertamente equívoco, se viene denominando apertura de crédito documentario contemplado por las reglas y usos uniformes fijados por la Cámara de Comercio Internacional».

En la segunda sentencia, de 8 de mayo de 1991, se reitera esta doctrina jurisprudencial, al apreciar el TS que la intervención del banco se

⁸⁸ STS de 14 de noviembre de 1989, en Rep. Aranzadi, 1989, n.º 7.878. Los hechos del caso eran los siguientes: la sociedad «Lubricantes del Sur, S.A.» (Lubrisur) había contratado con «Stein et Roubaix Española, S.A.» el suministro, montaje y puesta a punto de un generador de vapor. Por su parte, Stein suscribió con Crédito y Caución, S.A., una póliza de seguro en garantía de la ejecución del contrato de obra con suministro. Por ello, Crédito y Caución dirigió a Lubrisur la correspondiente carta de garantía. Posteriormente, Lubrisur se dirigió a Crédito y Caución reclamándole el pago inmediato de la cantidad garantizada, por entender que Stein había incumplido el contrato, negándose la Compañía de Seguros garante al pago porque de los informes que había obtenido no resultaba un incumplimiento del contrato por parte de Stein.

⁸⁹ TS de 8 de mayo de 1991, Rep. La Ley, 1991, n.º 11.780. Los elementos de hecho eran como sigue: se trataba de una compraventa de tecnología entre un comprador español y la sociedad «Ampex World Operations, S.A.». El comprador había procedido a la compra para, posteriormente, revender lo comprado a Televisión Española de acuerdo con los términos de un contrato administrativo existente entre ambos. Como intermediario participó el entonces Banco de Vizcaya, con ulterior intervención como fiador, pero sin asunción definitiva del débito. La mercancía llegó en debidas condiciones a RTVE, quien la aceptó, pero se demoró en el pago y, por ello, el comprador intermediario no pudo realizar su correspondiente pago al no poder entregar, tal como había comprometido, las letras aceptadas y avaladas por un banco.

⁹⁰ STS de 27 de octubre de 1992, Rep. La Ley, 1993, n.º 13.168. La STS se refería a un aval solidario prestado por Banca Catalana a favor de «Cementos La Robla» para garantizar a ésta el cumplimiento por «Unitherm Española» de las obligaciones derivadas de un contrato de suministro de equipos, maquinaria e instalaciones, con renuncia a los beneficios de excusión y división y calificado como aval o garantía a primera solicitud. El TS dispensa en su sentencia respaldo a la calificación dada al aval por el Juzgado, y aprovecha la ocasión para hacer una síntesis de la doctrina jurisprudencial más favorable a la recepción y reconocimiento de la garantía independiente. Cfr. COCA y FLAQUER, art. cit., pp. 473-483.

⁹¹ ALONSO UREBA, art. cit., pp. 443 y ss.

asemejaba a la posición que un banco ocupa en el crédito documentario en cuanto emisor del mismo para, a continuación, volver a utilizar la calificación de promesa abstracta de pago:

«la “remesa documentaria”, no consistió, como dice el recurso, en delegación de deuda sino en una relación análoga al crédito documentario... ..en cuya relación de pago el banco denominado emisor no toma parte directa en la relación sustantiva civil subyacente que pretende liquidar...».

Por su parte, la STS de 27 de octubre de 1992 se refería a un aval a primer requerimiento para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato base. La claridad de los términos en que estaba redactado el contrato de garantía («garantizamos a Vds. hasta el límite...»); «el presente documento tiene carácter solidario...»; «renunciamos expresamente a los beneficios de orden, excusión y división...»; «el aval se hará efectivo a Vds. a su primer aviso...») y la negativa del banco a ejecutar la misma produjo la interposición de la demanda. El TS apreció la responsabilidad de la institución financiera y afirmó:

«...entre las nuevas modalidades de garantías personales nacidas para satisfacer las necesidades del tráfico mercantil al resultar insuficiente o inadecuada la regulación legal de la fianza, se encuentra el aval a primera solicitud, o a primer requerimiento, también denominado por la doctrina como garantía a primera demanda o a simple demanda o garantía independiente, contrato atípico, producto de la autonomía de la voluntad sancionada por el art. 1255 CC...».

La St. reproduce la doctrina contenida en la STS de 11 de julio de 1983, así como, de manera textual, la doctrina contenida en la antes citada STS de 14 de noviembre de 1989 en aplicación de tal doctrina al aval a primer requerimiento, con lo que viene a establecer el patente paralelismo entre ambas figuras. Es de destacar la expresa caracterización del contrato de garantía como aval a primer requerimiento o garantía a primera demanda, así como su no accesoriedad y abstracción⁹².

Junto a las citadas Sts. del Tribunal Supremo⁹³, por su especial claridad merece hacerse mención de la St. de la AP de Palencia, de 5

⁹² Vid. comentarios de DÍAZ MORENO, en *Las garantías a primer requerimiento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit. pp. 629-632; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *El reconocimiento jurisprudencial...* cit. pp. 3.057-3.075; BARRÉS BENLLOCH, *El aval bancario como garantía autónoma*, en *La Ley*, 1993-3, pp. 314-319.

⁹³ Entre los pronunciamientos de las Audiencias Provinciales, corresponde hacer mención de la St. de la AP de Pontevedra, de 22 de marzo de 1995 (Actualidad Civil, Audien-

de febrero de 1996⁹⁴, cuyos dos primeros Fundamentos de derecho establecen:

«El recurrente trata de reconducir el contrato...a la fianza en garantía de deuda futura contemplada en el artículo 1825 CC...mas olvida que se expresa que la entidad bancaria queda autorizada a la entrega de las sumas que les sean requeridas hasta el importe de la garantía prestada, al primer requerimiento que reciba para ello, sin necesidad de la previa conformidad del afianzado y, por tanto, sin que la Caja tenga que entrar a considerar respecto de la procedencia o no de la petición de reintegro. Por tanto la consideración del pacto revela que...nos hallamos ante una garantía a primera demanda o a primera solicitud...modalidad de garantía personal que constituye un contrato atípico, nacido de la autonomía de la voluntad consagrada en el artículo 1255 CC, precisamente para dar respuesta a las necesidades del moderno tráfico mercantil al que en ocasiones resulta insuficiente la fianza.

Dicho atípico contrato es admitido por la jurisprudencia, que le otorga carta de naturaleza en ya repetidas sentencias (cual la de 27 de octubre de 1992,y la de 14 de noviembre de 1989 a que aquella se remite), caracterizándola precisamente, a diferencia de la fianza, por su no accesoriidad, por su independencia respecto a la obligación garantizada, de modo que la entidad bancaria promete el cumplimiento de una obligación autónoma y propia cuya exigibilidad se desencadena por el requerimiento del beneficiario, sin necesidad de prueba o justificación alguna

cias, n.º 16/16, pp. 1.340-1.341) acerca de la «entrada en vigor» de una garantía a primera demanda; el problema planteado estribaba en la extensión de la garantía, dado que se había suscrito en una fecha posterior al inicio de las operaciones que debía cubrir; el tribunal establece que ello no contraría la noción de independencia de toda garantía a primer requerimiento. El argumento seguido por la AP para la extensión de la garantía a las operaciones de suministro realizadas con anterioridad a su suscripción se basa en que, de modo similar, las obligaciones de pago de los suministros se habían instrumentado en diversas cambiales no creadas al tiempo de emisión de las facturas o suministros. Resulta igualmente de interés la sentencia de la AP de Madrid, de 15 de septiembre de 1997 (Rep. La Ley, 1998, pp. 1.145), cuyo objeto es la existencia o no de un aval a primer requerimiento; el tribunal, confirmando la sentencia de primera instancia, establece que no se trataba de un contrato de seguro, sino del mencionado aval, todo ello deducido de ciertas expresiones del contrato de garantía suscrito y de la no aportación por la compañía demandada (entidad garante) de la póliza de seguro. La sentencia de la AP de Madrid, de 30 de enero de 1995 (BD. El Derecho, n.º 11.016), como *obiter dictum*, define el aval a primera solicitud y declara sus características, con apoyo en las STS de 11 de julio de 1985 y de 14 de noviembre de 1989. Otras Sentencias de diversas Audiencias, tales como la St. AP. de Asturias, de 15 de diciembre de 1998 (BD. Aranzadi, AC 1998/2412), la St. de Alicante, de 3 de diciembre de 1999 (BD. Aranzadi AC 1999/2461), la St. AP de Guipúzcoa, de 9 de diciembre de 1999 (BD. Aranzadi AC 1999/2590), la St. AP de Alicante, de 16 de diciembre de 1999 (BD Aranzadi AC 1999/2463) siguen las pautas analizadas y respaldadas por el TS.

⁹⁴ St. AP de Palencia, de 5 de febrero de 1996, en Actualidad Civil, abril, 1996, pp. 509-511.

del efectivo incumplimiento del contrato o contratos garantizadas, todo ello sin perjuicio de las acciones que luego puedan derivarse del pago de la garantía y de su regreso frente al afianzado entre éste y el beneficiario».

V. El régimen jurídico de las garantías independientes: las condiciones para su validez

El contrato de garantía independiente está únicamente regulado por las disposiciones de la carta de garantía al no existir normativa reguladora de este tipo de garantías o que pudiera aplicarse por analogía⁹⁵.

La carta de garantía suele tener un tenor escueto. En la práctica, las garantías independientes pueden ser emitidas mediante un intercambio de telex o de faxes, y cuando se requiere carta de confirmación, ésta suele ser una reproducción del texto comunicado por telex o por fax. A pesar de ello, el texto de la garantía es la única forma de establecer las obligaciones asumidas por las partes. Por otra parte, la garantía independiente es un contrato en cuanto tal sometido a las reglas generales de validez de los contratos⁹⁶, por lo que debe reunir las condiciones para la validez de los contratos: capacidad, consentimiento, causa y objeto, además de la cuestión de la forma.

1. La forma de la garantía

Los garantes profesionales persiguen la observación de los comportamientos acuñados por la práctica en materia de crédito documentario, de acuerdo con los cuales el banco verifica únicamente documentos y no la cantidad y calidad de las mercancías. Tal pretensión de trato exclusivo sobre documentos y la inexistencia de un deber de inmiscuirse en la ejecución del contrato principal son perfectamente legítimas, pues los bancos no tienen ni la competencia, ni el tiempo u oportunidad, ni la misión de erigirse en jueces o árbitros de la ejecución del contrato.

⁹⁵ Afirmación del *Trib. de Casation* francés, de 20 de diciembre de 1982, que confirmó la admisión de las garantías independientes en el sistema francés, comentada por VASSEUR, en *Rev. Trimestrielle de Droit Commercial*, 1983, p. 446.

⁹⁶ *Vid.* GAVALDA y STOUFFLET, *La carte de garantie...* cit. n.º 6; MAZZONI, *Les garanties bancaires en droit italien*, cit. pp. 282-284.

En aplicación de dicha idea, los tribunales declaran constantemente que la garantía se rige exclusivamente por los términos contenidos en la carta de garantía, lo que no significa el nacimiento de un nuevo formalismo, sino la expresión de dicha ausencia de verificación por el garante acerca de la inexecución del contrato principal. No cabe extraer de ello otras consecuencias, pues el régimen de la garantía independiente queda igualmente conformado por otras normas y criterios no contenidos en el texto de la garantía, particularmente en lo relativo a su extinción. Igualmente, la propia calificación de la obligación como fianza o como garantía independiente descansa en la apreciación de elementos complementarios al texto del contrato, sobre todo los usos de la profesión bancaria o el contexto interno o internacional del contrato⁹⁷. La única forma de entender limitado el régimen de la garantía al texto de la propia carta de garantía consistiría en que el derecho del acreedor estuviera incorporado al título, como si se tratara de un título al portador, lo que no es el caso puesto que, en principio, queda descartada la transferibilidad de la garantía⁹⁸.

El principio general relativo a la forma de las garantías independientes reza que, al ser las garantías fruto de la libertad contractual, no están sometidas a especiales requisitos de índole formal, sino que, por el contrario, el principio general al respecto es el de plena libertad formal. Al ser generalmente emitidas por instituciones financieras, siempre constan por escrito. La tendencia de las reglamentaciones internacionales se orienta hacia la exigencia de la constancia de la carta de garantía, aunque aceptando que dicha constancia no se produzca necesariamente en forma escrita, pues puede ser suficiente un soporte informático⁹⁹.

⁹⁷ Cfr. CABRILAC y MOULY, *Droit des suretes* cit., p. 335; MATTOUT, *op. cit.*, p. 156.

⁹⁸ La transferibilidad de la garantía es cuestión discutida. Siendo intrasferible a menos que el texto de la carta de garantía contemple expresamente dicha transferibilidad, está fuertemente impregnada de un carácter *intuitu personae*. Tal es el pronunciamiento del artículo 4 RUGD: «El derecho del beneficiario a presentar una demanda con base en una garantía no es transferible, a menos que esté expresamente estipulado en la garantía o en una enmienda de la misma»; al respecto *vid.* MATTOUT, *op. cit.*, p. 157.

⁹⁹ Criterio básicamente introducido por la Convención de las Naciones Unidas, artículo 7.(2): «an undertaking may be issued in any form which preserves a complete record of the text of the undertaking an provides authentication of its source by generally accepted means or by a procedure agreed upon by the guarantor/issuer and the beneficiary». Por su parte, las RUGD imponen su constancia por escrito, y determinan el contenido mínimo de las mismas. Artículo 2d, Publicación CCI n.º 458, 1992: «las expresiones “escrita” y “por escrito” incluyen las teletransmisiones autenticadas o mensajes controlados de intercambio de datos informáticos (EDI) equivalentes».

2. *La capacidad de las partes*

El carácter independiente del compromiso no puede tener incidencia sobre la aplicación de las reglas relativas a la capacidad. Las reglas reguladoras de la fianza que no fueren consecuencia de su carácter accesorio, pueden, pues, ser traspuestas.

Ha lugar a precisar que las garantías independientes emitidas por personas jurídicas deben obedecer las reglas generales en materia de derecho societario¹⁰⁰. De nuevo, la analogía con las reglas relativas a la fianza resultan de aplicación, puesto que es la calificación de garantía personal lo que las justifica, y no su carácter accesorio o autónomo. De esta forma, la conformidad con el objeto social debe ser respetada. Ocurre igual con las reglas específicas de las sociedades anónimas, o las relativas a instituciones bancarias o financieras.

3. *El consentimiento*

El contrato de garantía requiere un acuerdo de voluntades que conste de forma explícita, pues no puede concebirse que, sin una formulación precisa y generalmente escrita, se pueda reconocer y aceptar el carácter independiente de la obligación de garantía. El consentimiento del beneficiario no resulta necesario si se acepta que la garantía es un acto unilateral y no recepticio. En una concepción bilateral de la misma, cabrá entender que la aceptación puede ser tácita¹⁰¹ y ser el resultado que se desprende de la actuación de las partes; así, por ejemplo, en cuanto a las relaciones entre el ordenante y el banco contragarante, se puede deducir el consentimiento por la emisión de la contragarantía; en las relaciones entre banco contragarante y el banco que proporciona la garantía en primer grado, por la propia emisión esta garantía; o en cuanto a las relaciones entre el banco garante de primer grado y el beneficiario, el consentimiento se puede deducir de la apreciación de un comportamiento que implique la aceptación (pago de anticipos, firma del contrato...).

La noción de vicios del consentimiento es igualmente aplicable a las garantías independientes¹⁰². Al ser emitidas principalmente por ins-

¹⁰⁰ Vid. al respecto SÁNCHEZ CALERO, art. cit., p. 55.

¹⁰¹ Para GAVALDA y STOUFFLET la aceptación resulta del silencio observado durante un plazo razonable y apropiado a la vida de los negocios tras la recepción de la notificación de la garantía, *La lettre de garantie internationale*, cit., n.º 13.

¹⁰² Vid. SÁNCHEZ CALERO, art. cit., p. 54; SIMLER, *Le cautionnement...* cit., p. 713.

tituciones financieras, la cuestión tendrá pocas posibilidades de convertirse en litigiosa. El error, el dolo, o la violencia, podrían viciar el consentimiento del garante. Al tratarse de un contrato que contiene, como único compromiso, el pago de una cantidad de dinero, la posibilidad de error sólo se dará en circunstancias excepcionales. En cuanto al dolo, se toma en consideración cuando emana del beneficiario de la garantía (o del garante en primer grado, en el caso de la contragarantía) lo que reduce sensiblemente las posibilidades de anulación de la garantía por esta causa.

La independencia de la garantía y de la contragarantía impiden al garante obtener provecho de un vicio de consentimiento que afecte de nulidad al contrato subyacente o a algún otro eslabón de la cadena de garantías.

4. *La causa de la garantía independiente*

La problemática relativa a la causa de la garantía independiente ha sido objeto de debate doctrinal impulsado por la necesidad de fundamentación de la abstracción consubstancial a la independencia de las garantías. Al tratarse de un contrato unilateral del que se deriva la obligación de pagar una suma de dinero, parece de ello derivarse que la causa de tal obligación tendrá que ser necesariamente buscada fuera del propio contrato. No parece quepa sostener que la causa de la obligación del garante es la garantía otorgada a favor del beneficiario, pues ello sería confundir causa y objeto.

A) LA CAUSA DEL CONTRATO

Nuestro sistema jurídico es causalista¹⁰³, de forma que todo acto jurídico debe tener una causa de la que se derive su validez jurídica. Expone DE CASTRO¹⁰⁴, que la función que nuestro derecho atribuye a la causa radica en la valoración de cada negocio, hecha atendiendo al resultado que con él se busca o se hayan propuesto quien o quienes hagan la o las declaraciones negociales. Por su parte, DÍEZ PICAZO¹⁰⁵, señala

¹⁰³ DÍEZ PICAZO, *Fundamentos...* cit. pp. 157-181; GULLÓN BALLESTEROS, *Curso de derecho civil*, cit., pp. 55-89, en especial, la explicación acerca de la evolución histórica de la noción de causa; CASTÁN, *Derecho civil español*, cit. pp. 533-543; CLAVERÍA GOSÁLVEZ, *Comentarios a los artículos 1.274, 1.275, 1.276 y 1.277 del Código Civil* en «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», dir. Albaladejo, tomo XVII, vol. 1-B, Edersa, Madrid, 1993, pp. 519 y ss.

¹⁰⁴ De CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985, p. 188.

¹⁰⁵ DÍEZ PICAZO, *Fundamentos*, cit., pp. 171-175.

que causa de la obligación y causa del contrato constituyen conceptos diferenciados que con frecuencia aparecen entremezclados, como un fruto de la confusión entre *contractus* y *obligatio contracta*: 1.^a) La primera (causa de la obligación, *causa debendi*) se refiere a la razón que fundamenta jurídicamente la existencia de una deuda, el hecho constitutivo de la obligación, la fuente de la obligación, un supuesto de hecho al cual el ordenamiento jurídico liga la obligación. 2.^a) La segunda (*causa contractus, causa negotii*) hace alusión a la razón que llevó a la celebración del negocio, aun cuando en relación a ella se produzcan opiniones doctrinales encontradas, según se la identifique con la causa determinante o eficiente del negocio o con la razón de que reciba, por parte del ordenamiento jurídico, protección como tal negocio. Un negocio jurídico es protegido porque es un cauce idóneo para alcanzar una serie de finalidades prácticas, empíricas, que son serias y merecen la tutela del ordenamiento. La causa, sin embargo y en rigor, es la causa eficiente o determinante de que un negocio se realice.

En la doctrina mercantilista puede apreciarse una línea de pensamiento básicamente desarrollada a propósito de la letra de cambio o de los títulos-valores¹⁰⁶, que viene a fundamentarse, a semejanza de la distinción realizada por la doctrina civilista entre negocios originales y negocios de ejecución, en la consideración unitaria y conjunta, tanto de la letra de cambio o título valor como de los actos que a los mismos preceden y que constituyen su presupuesto jurídico y económico al efecto de apreciación de la causa. Cuando los mercantilistas hablan de la causa de la cambial, expone LANGLE¹⁰⁷, no aluden a que la promesa de pago que contiene, hecha por una parte, tenga su contraprestación por la otra parte, sino que se refieren al contrato fundamental u originario, que se señala y considera como pacto precedente a la emisión de la letra. Prosigue el citado autor afirmando que «la relación fundamental da causa a la letra de cambio, pero no es la causa de ella; la causa está, por el contrario, en el hecho de crear y adoptar la cambial con el fin de establecer (o reforzar) un débito no cambiario, o sea, la prestación que es debida por la relación fundamental (función instrumental de la expedición de la letra)».

La doctrina mercantilista, según expone GARRIGUES¹⁰⁸, ha transportado al terreno de los títulos-valores la terminología de «negocios cau-

¹⁰⁶ PAZ-ARES, *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, en «Derecho cambiario: Estudios sobre la ley cambiaria y del cheque», Civitas, Madrid, 1986, págs. 95-250; GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, cit. pp. 191-207.

¹⁰⁷ Cfr. LANGLE, *Curso de derecho mercantil*, cit. pp.71 y ss.

¹⁰⁸ GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, cit. p. 37.

sales» y «negocios abstractos», pero otorgando al término causa un significado diverso del de causa de la atribución patrimonial. No se trata de la causa de las obligaciones incorporadas al título, respecto de las cuales subsiste el concepto civilista de causa como justificación de la transmisión patrimonial, sino de la causa del título mismo como negocio jurídico, es decir, el presupuesto jurídico-económico de la creación y entrega del título, y tal presupuesto será la relación jurídica que explica y justifica esa creación y esa entrega al acreedor. Tales precedentes contratos son, en último término, la razón de ser de la letra, por lo que se dice que constituyen su causa, entendiendo ello no en el sentido civilista de causa de la obligación, sino en el sentido mercantilista de causa de creación del título cambiario como negocio jurídico, es decir, en el sentido de causa de su creación y entrega o causa de su transmisión una vez creado. Sobre tal concepto de causa, la doctrina mercantilista establece la contraposición entre títulos causales y títulos abstractos, fundamentándola no en el sentido de que haya títulos que tienen causa y otros que carecen de ella, sino en el sentido de que los primeros, los causales, funcionan ligados al negocio causante, mientras que los segundos o abstractos funcionan desligados de ese otro negocio. La ley rompe respecto de estos últimos el nexo entre el título y la causa, configurando de modo autónomo las obligaciones incorporadas al documento¹⁰⁹.

En similar línea de pensamiento, afirma PAZ ARES¹¹⁰, que el negocio cambiario se apoya en el negocio causal subyacente. Mientras que en relación a la convención ejecutiva «...la causa (de la atribución) no es exactamente la relación fundamental, —por ejemplo, un contrato de compraventa—, sino el acuerdo de emitir y entregar una letra de cambio para pagar dicha compraventa». Por lo tanto, para dicho autor, «la causa del negocio cambiario ha de localizarse en lo que viene llamándose *pactum de cambiando*, que hoy se denomina convenio o convención ejecutiva. Este convenio (expreso o tácito, autónomo o unido al clausulado del contrato fundamental) puede definirse como aquel acuerdo por el cual deudor y acreedor convienen dar y tomar una letra para ejecutar o garantizar y en su caso modificar una determinada relación causal».

B) LA DISTINCIÓN ENTRE NEGOCIOS INICIALES Y NEGOCIOS EJECUTIVOS

Hay negocios que tienen su causa en otros negocios anteriores y negocios que tienen su causa en sí mismos, escribe DÍEZ PICAZO. Esta

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 196.

¹¹⁰ PAZ ARES, *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, cit. p. 209.

distinción conduce al reconocimiento de los negocios ejecutivos que presuponen un negocio o una situación anterior o antecedente, y que se realizan para desarrollar, cumplir o ejecutar un negocio anterior, considerados así como contrapuestos a los negocios iniciales que dan comienzo a la relación entre las partes¹¹¹.

Existe así una acepción de la abstracción que sólo encuentra aplicación en los denominados negocios ejecutivos, que son aquellos que por limitarse a garantizar, modificar o de cualquier otra forma concretar una relación jurídica preexistente, precisan en todo caso de lo que suele denominarse «negocio subyacente», entre los que se encuentran por ejemplo la fianza, la hipoteca, la letra de cambio, la transacción, el reconocimiento y la promesa de deuda o el crédito documentario. En un plano estrictamente económico no puede caber duda de que todo negocio ejecutivo se halla siempre y en toda circunstancia vinculado a su negocio principal; sin embargo, con alguna frecuencia se plantea la conveniencia de independizar jurídicamente negocio subyacente y negocio ejecutivo para lograr que las excepciones dimanantes del negocio principal no puedan ser esgrimidas en el marco del negocio ejecutivo. La finalidad de esta ruptura puede radicar bien en facilitar la cesión a terceros del crédito incorporado al negocio ejecutivo, o bien en aumentar la seguridad que tal negocio proporcione. Cuando se produce esta independencia entre negocio ejecutivo y negocio subyacente, es frecuente hablar del carácter abstracto del negocio ejecutivo. De acuerdo con esta concepción, el término «abstracto» no se halla intrínsecamente vinculado al concepto de causa, puesto que un negocio puede ser abstracto en este sentido sin que sea preciso que su eficacia sea independiente de su causa, sino que exista una total independencia entre el propio negocio y el que le subyace. A esta concepción de la abstracción se le denomina abstracción funcional, para distinguirla de la procesal y de la material. Parece claro, apunta DÍEZ PICAZO¹¹², que la causa de los negocios ejecutivos es esta situación básica y subyacente que les sirve de antecedente y soporte, cuya inexistencia se traduciría en la ineficacia del negocio y enlaza con la idea de los negocios abstractos, en cuanto negocios ejecutivos desligados del negocio antecedente, mientras que la causa de los negocios iniciales radicará en el propósito práctico o empírico que a través del negocio se trata de obtener.

En consecuencia, cuando se menciona el carácter abstracto de la garantía independiente, tal calificación significa que el contrato que une a garante y beneficiario es independiente tanto del contrato subya-

¹¹¹ Vid. DÍEZ PICAZO, *Fundamentos*, cit., pp. 174-175 y ALONSO UREBA, art. cit., p. 443.

¹¹² Cfr. DÍEZ PICAZO, *Fundamentos*, cit., p. 174.

cente como del de comisión, por lo que el término abstracto se está utilizando en su acepción funcional, ya que con él se quiere resaltar la inoponibilidad frente al banco de las excepciones que podrán derivarse de la relación subyacente.

C) LA CAUSA DE LA GARANTÍA INDEPENDIENTE

En el intento de identificación de la causa de la garantía independiente, MARTÍNEZ CALCERRADA¹¹³ se refiere a la causa-función de la atribución patrimonial que la garantía produce en el patrimonio del beneficiario, puesto que la garantía independiente no puede desconectarse de la «causa de la relación obligatoria que se establezca» a la que alude el artículo 1263.3 del Código Civil como requisito esencial del contrato. Junto a aquella, la causa de la atribución del contrato de garantía alude a la relación social o comercial cuyo resultado a alcanzar se le garantiza al beneficiario. La causa de la atribución patrimonial de la garantía no puede contradecir su causa-función, consistente en atribuir al beneficiario un aseguramiento absolutamente eficaz de un resultado económico que se espera conseguir de una operación económica determinada, con independencia de las vicisitudes que pudieran afectarle, cumpliendo asimismo dicho aseguramiento la función de constituir un medio de presión para que el obligado cumpla lo que le incumbe.

En tal orden de ideas, se pueden traer aquí a colación las consideraciones de la doctrina francesa¹¹⁴ acerca del reequilibrio de intereses producido por la emisión de la garantía independiente, mecanismo de garantía que es exigido por el comprador como condición para la propia celebración del contrato garantizado. En consecuencia, la causa de la garantía independiente parece residir en la producción por el garante de un aseguramiento absoluto a favor de su beneficiario, que se plasma en una alteración del reparto de riesgos comparado con el que se produciría de resultados de la conclusión del contrato subyacente si no se librara la garantía; nuevo reparto de riesgos pactado por las partes de la operación subyacente garantizada, la cual no llegaría a nacer sin el cumplimiento del requisito del otorgamiento de la garantía impuesto por una de las partes del contrato subyacente y aceptado por la otra, finalidad ésta de alcanzar un deseable equilibrio de intereses que lo hace digno de protección por parte del ordenamiento jurídico.

La explicación de la abstracción de la garantía puede requerir alguna precisión adicional. En este sentido, la voluntad de las partes in-

¹¹³ Cfr. MARTÍNEZ CALCERRADA, art. cit., p. 831.

¹¹⁴ VASSEUR, *Rapport de synthèse...* cit. pp. 319-364.

tervinientes en la operación de garantía debe ser interpretada en el sentido de que desean que, para asegurar el cobro de la indemnización por el beneficiario, la obligación del banco de pago no se vea interferida ni por las vicisitudes que pudieran afectar al contrato subyacente garantizado, ni por las vicisitudes de la relación de comisión entre ordenante y banco emisor. Ello da contenido a la calificación como abstracta de la promesa unilateral de pago que hace el banco emisor al beneficiario de la garantía. La función misma de garantía desempeñada por el banco garantizando al beneficiario el cobro de la indemnización pactada cuando ésta fuere solicitada, así como el interés del banco en centrar su actuación profesional en la carta de garantía son la base de la consideración de la relación entre banco emisor y beneficiario como promesa abstracta de pago.

A continuación, se debe traer a colación la distinción tradicional entre causa de la obligación y causa del negocio o contrato. La causa de la obligación hace referencia a la cuestión tradicional del *cur debetur*, o justificación de la existencia de una obligación, mientras que la segunda, o causa del negocio o contrato, hace referencia a la razón por cual se contrajo o celebró el negocio. La causa de la obligación es el hecho constitutivo de la obligación o fuente de la obligación lo que, en el caso de una garantía independiente, está constituido por el negocio jurídico unilateral de emisión de la carta de garantía llevado a cabo por el garante. En cuanto a la causa del negocio o contrato de garantía independiente, y tomando en consideración la exposición de GARRIGUES¹¹⁵ y de PAZ ARES¹¹⁶ acerca del *pactum de cambiando* como causa de la letra de cambio, puede apreciarse una similitud entre dicha situación y la que se produce a lo largo de las negociaciones para la conclusión del contrato subyacente, cuando el dueño de la obra, el adquirente de suministros o maquinaria, el deudor general en suma, exige la emisión de una garantía independiente a su favor, de donde surge un pacto específico, entre los demás contenidos en dicho contrato subyacente, que puede ser considerado como la causa del negocio o contrato de garantía independiente.

Tal parece haber sido el punto de vista del TS en las citadas sentencias de 14 de noviembre de 1989 y 8 de mayo de 1991. En la primera de ellas, el TS no apreció la causa de la garantía en el contrato principal o subyacente celebrado entre las partes, sino en el contrato de seguro celebrado entre el deudor (ordenante) y la compañía de seguros

¹¹⁵ GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, cit. p. 195.

¹¹⁶ PAZ ARES, *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, cit., pp. 208-209.

garante. En la segunda sentencia aludida, el TS no apreció la causa del crédito documentario en el contrato de compraventa, que exigía su pago a través del citado mecanismo¹¹⁷, sino que declaró que la causa del crédito documentario radicaba en el contrato de comisión celebrado entre el comprador y el banco.

El recurso a la distinción entre los negocios de base o iniciales, que abren o inician una relación entre partes, frente a los negocios de ejecución que presuponen un negocio antecedente, que juega como su causa, permite concluir que, en el supuesto de una garantía independiente, el negocio de emisión de la carta de garantía es para el banco un negocio de ejecución de la previa relación de mandato mercantil contraída con el ordenante de la garantía. Para el ordenante, es un negocio de ejecución del contrato subyacente garantizado en el que se pactó expresamente el libramiento de la garantía. Es decir, la carta de garantía se sitúa para el banco garante en el plano de la ejecución del contrato de mandato y, para el ordenante, en el plano de la ejecución del contrato subyacente, de forma que el negocio subyacente constituye la causa del negocio de ejecución¹¹⁸.

En consecuencia, cabe la afirmación de que la carta de garantía tiene su causa en el contrato de mandato o comisión mercantil celebrado entre el ordenante de la garantía y el banco emisor de la misma que, a su vez, se conecta causalmente con el contrato subyacente garantizado. De acuerdo con ello, la emisión de una garantía a primera demanda es para el banco un negocio de ejecución de la relación de mandato mercantil asumida con quien en el negocio subyacente resulta ser el acreedor general, mandante del banco en la relación de mandato mercantil, y ordenante de la garantía. Igualmente, para quien en el contrato subyacente es acreedor resulta ser un negocio de ejecución de tal contrato subyacente en el que se pactó la entrega de la garantía a favor del deudor general¹¹⁹.

D) La abstracción funcional de la garantía independiente y sus efectos

La abstracción funcional de la garantía se manifiesta en aquello que es su nota más característica, como es la voluntad del banco que emite

¹¹⁷ Cfr. ALONSO UREBA, art. cit., pp. 465 y ss.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ Una exposición completamente diferente de la causa de la garantía independiente, en un intento de transposición íntegra de la concepción de la doctrina francesa al respecto en el sistema español, y tratando de establecer causas diferentes de índole más concreta para cada una de las posibles modalidades de garantía en CERDÁ OLMEDO, *op. cit.*, especialmente pp. 148-157.

la garantía con renuncia al uso de las excepciones que pudieran derivarse del negocio subyacente mediato e inmediato; voluntad del banco de que dicho negocio unilateral (promesa de pago) se desenvuelva con plena independencia respecto de la comisión (antecedente inmediato) y respecto del contrato subyacente (antecedente mediato). Esta voluntad de independencia, que encuentra su apoyo en los artículos 1.255 y 6 (2) CC, se manifiesta en la renuncia a la utilización de las excepciones derivadas del contrato subyacente, consecuencia de la abstracción funcional.

De forma expresa, la STS de 25 de octubre de 1989 atribuye un carácter abstracto a la obligación del asegurador:

«Lubrisur, como beneficiaria...(de) la carta de crédito, tiene un indiscutible derecho a exigirle el pago de la cantidad señalada, siendo la obligación de la Compañía de Crédito y Caución de **carácter abstracto en el sentido de ser independiente del contrato inicial** entre Stein y Lubrisur. No entenderlo así quebranta la buena fe y lealtad mercantil y los artículos 1.258 del CC y 57 del Cco, pues la póliza...sustituye a la retención para producir su mismo efecto...es luego el contratista-vendedor quien tiene que probar su perfecto cumplimiento para reclamar lo que estime indebidamente retenido...».

En virtud de la consideración indicada, la Compañía de Seguros no puede oponerse al pago aludiendo a la relación entre Stein y Lubrisur, para negar el pago exigido por Lubrisur en virtud de la carta de garantía, pues ésta tiene su causa no en el contrato de obra y suministro entre Stein y Lubrisur, sino en el contrato de seguro entre Stein y Crédito y Caución¹²⁰.

Esta doctrina jurisprudencial se reitera en la STS de 8 de mayo de 1991:

«...el banco...emisor no toma parte directa en la relación sustantiva civil subyacente...sino que actúa como intermediario en una pluralidad comercial, en la que...el vendedor tiene un papel de beneficiario...de una **promesa abstracta de pago...**».

Vuelve a dispensar la sentencia la calificación de «promesa abstracta de pago» a la declaración dirigida por el banco emisor al vendedor, y se traduce la «abstracción» en la independencia de la relación de crédito documentario respecto de la relación subyacente de compraventa. El crédito documentario tiene su causa en la relación de comisión entre el comprador y el banco. La independencia de la posición del banco frente al vendedor surge de que el banco no opera sobre mercan-

¹²⁰ Cfr. ALONSO UREBA, art. cit., pp. 443 y ss.

cías, sino sobre documentos, comprometiéndose unilateralmente frente al vendedor a hacerle pago de una cantidad contra entrega de determinados documentos.

La STS de 27 de octubre de 1992 contempló un aval a primer requerimiento y el TS reprodujo la doctrina contenida en la STS de 11 de julio de 1983, así como la doctrina contenida en la STS de 14 de noviembre de 1989 en aplicación de tal doctrina al aval a primer requerimiento, con lo que viene a poner de manifiesto el paralelismo entre ambas figuras así como la abstracción funcional de la garantía independiente.

En cuanto a los efectos de la abstracción de la garantía independiente, en primer lugar, la abstracción implica que el contrato de garantía es totalmente independiente con respecto al contrato subyacente entre ordenante y beneficiario. Ni la nulidad o inexistencia, ni la eficacia, el incumplimiento, la imposibilidad sobrevenida o la pérdida de la cosa objeto del contrato subyacente autorizan a la entidad financiera al incumplimiento de su promesa de pago frente al beneficiario. En segundo lugar, la abstracción se plasma en la independencia entre garantía y contrato de comisión, lo que comporta que el banco queda vinculado frente al beneficiario, aun cuando su relación jurídica con el ordenante adoleciera de cualquier clase de vicio. En tercer lugar, el principio de abstracción también se plasma en la consecuencia, ya mencionada, de que, en caso de divergencias entre las instrucciones recibidas por el banco y el contenido de la garantía, el banco responde frente al beneficiario en los propios términos de esta última. Otro efecto de la independencia radica en que el banco no puede negar el pago al beneficiario, basándose en el hecho de que el ordenante no le haya hecho entrega de la provisión de fondos pactada o haya caído en insolvencia o de cualquier otra forma se precluya el derecho del banco a recuperar el importe adelantado. El garante deberá normalmente proceder al pago de la garantía, pues únicamente cuando sea clara la inexistencia o rescisión del contrato garantizado, o plenamente evidente su cumplimiento, podrá el garante negarse a la realización del pago de la garantía. En consecuencia, el garante únicamente puede oponer al beneficiario las excepciones que deriven de la garantía misma (relativas al consentimiento, objeto, causa y forma); en los demás casos dicho garante debe pagar la garantía cuando se le reclame¹²¹.

La causa de la garantía determina su grado de autonomía respecto de la operación subyacente (de acuerdo con la función que aquélla

¹²¹ FERNÁNDEZ ARMESTO, *Los créditos documentarios irrevocables*, Madrid, 1984, pp. 242, y el análisis del citado autor acerca de los efectos de la abstracción funcional del crédito documentario.

cumple y las exigencias de su causa exterior, o de la atribución), pudiendo concebirse la garantía pura o independiente como cláusula *solve et repete*, no accesoria, o si se prefiere, como *pactum de non petendo*, de alcance provisional¹²².

5. *El objeto de la garantía independiente*

El objeto de la garantía independiente es la garantía otorgada al beneficiario mediante el compromiso en ella contenido. El objeto de la obligación del garante es el pago del importe pactado por las partes. Se trate de una u otra de las acepciones del término «objeto», se trate del objeto del contrato o del objeto de la obligación, no parece suscitar dificultades en cuanto a su existencia o a su licitud¹²³.

La regulación contractual exige la determinación del objeto del contrato, por lo que será necesario que el importe de la garantía esté determinado o sea determinable. Igualmente, el beneficiario debe hallarse determinado. Dado que las garantías utilizadas son de tipos diferentes, la función de garantía tendrá como consecuencia general la necesaria y precisa mención del contrato subyacente. Ello, sin embargo, no afecta a la independencia de la garantía, que nace en el instante en que se asume el compromiso, aunque permite la más fácil alegación del carácter abusivo de la solicitud de pago o reclamación de la garantía.

El ordenante impone al garante las características de la garantía, y éste último se adapta a las indicaciones proporcionadas por el beneficiario. La doctrina no excluye que el banco pueda incurrir en responsabilidad por faltar a su deber de consejo, especialmente si el ordenante no está habituado a tales compromisos. Asimismo, el garante incurrirá en responsabilidad si transgrediese las instrucciones recibidas emitiendo una garantía a primera demanda cuando el ordenante se ha referido a una fianza o a una garantía condicional o documentaria, o librando una prórroga de la garantía sin el acuerdo del ordenante. Tal responsabilidad podría ser exigida a través de las acciones ejecutables tras el pago.

Javier San Juan Crucelaegui
Julio 2002

¹²² MARTÍNEZ CALCERRADA, art. cit., p. 826.

¹²³ Cfr. SIMLER, *Le cautionnement...*, p. 718; el autor señala que al consistir la obligación del garante en un pago, éste deberá ser conforme a la reglamentación en materia de control de cambios; en el mismo sentido; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *El contrato autónomo de garantía...* cit., pp. 392-394; HORN y WYMEERSCH, *Bank guarantees, Stand-by letters of credit and performance bonds in International trade*, cit. pp. 475 y ss.

LA LEGITIMACION JUSNATURALISTA DEL NACIONALISMO EN LA IGLESIA VASCA

Demetrio Velasco

Escribo estas páginas desde la triste convicción de que la sociedad vasca está inmersa, todavía, en un proceso de degradación ética y de perversión de las reglas de juego democráticas, cuyos costos debemos pagar durante mucho tiempo. No me refiero, solamente, a la persistencia brutal del terrorismo, del que no voy a hablar ahora, sino a la forma en que una buena parte de la sociedad se ha situado, durante demasiado tiempo, ante él, renunciando al ejercicio solidario de la ciudadanía y refugiándose en el «idiotismo moral» o en la indiferencia cobarde, porque ha pensado que la tranquila servidumbre es preferible a la peligrosa libertad. Mientras tanto, como alguien ha recordado plásticamente, «una cruz gamada se está formando entre nosotros».

Comparto la opinión de no pocas voces autorizadas de que la forma en que el nacionalismo vasco ha pretendido llevar adelante su proyecto de construcción nacional ha sido determinante de este fatal proceso. Durante demasiado tiempo, una buena parte de la ciudadanía de esta sociedad ha soportado, con grave preocupación, algunos comportamientos y discursos realizados tanto por los representantes de la comunidad política nacionalista, como por los responsables del Gobierno Vasco y de las instituciones por él dirigidas, que, en numerosas ocasiones, han sido un mero instrumento al servicio del proyecto nacionalista.

Paradójicamente, el nacionalismo vasco no ha dudado en deslegitimar y vaciar de contenido las normas e instituciones del ordenamiento jurídico y político vigente, gracias al cual ha sido el beneficiario neto del ejercicio del poder y de los privilegios y prebendas cultivados a su sombra, cuando dichas normas e instituciones le han parecido cauce insuficiente para posibilitar su deseo de autogobierno y de autodeterminación nacional. Algún intelectual orgánico del nacionalismo ha llegado a decir expresamente que la democracia no tiene otro sentido que

servir al autogobierno tal como lo entiende la comunidad nacionalista, ya que los no nacionalistas están incapacitados para concebirlo adecuadamente y, sobre todo, para implantarlo coherentemente¹. Aunque, de nuevo, paradójicamente, dicho autogobierno nacionalista se haya compatibilizado con una incapacidad para asegurar los principios más elementales de la convivencia democrática, como el derecho a la vida y a la libertad de una gran parte de la población no nacionalista.

Pero tampoco es mi intención ahora el explicitar las razones que me llevan a hacer una crítica tan contundente del proceder práctico y teórico del nacionalismo. Creo, además, que ya otros muchos lo han hecho con más solvencia que la que yo podía mostrar al hacerlo². Quiero centrar mi reflexión en el comportamiento que una parte significativa de la sociedad vasca —me refiero a la Iglesia Vasca y, especialmente a su clero— ha mantenido a lo largo de mucho tiempo ante el nacionalismo y su mencionado proyecto de construcción nacional.

Mi tesis, que aquí presentaré brevemente, pero que juzgo puede ser justificada y documentada con mayor rigor analítico, es que una parte importante de la Iglesia Vasca, especialmente del clero, ha compartido con el nacionalismo algunos prejuicios ideológicos, que no sólo le han llevado a tener una excesiva connivencia con él, sino que le ha impedido ejercer tanto una necesaria crítica del proyecto de construcción nacional, como una imprescindible autocrítica de su propio proceder al respecto. La razón profunda de esta situación creo que se encuentra en la formación de una mentalidad, que ha pervivido desde hace mucho tiempo, y que yo denomino «jusnaturalismo premoderno sacralizado».

El jusnaturalismo premoderno se caracteriza, en este caso, por defender una concepción de la nación vasca de carácter esencialista y prepolítico, cuya naturaleza, derechos y exigencias son «naturales» y, por tanto, prioritarios respecto a los derechos y exigencias que se derivan de las instituciones democráticas, a las que se considera «artificiales». Una dosis más o menos explícita de sacralización de dicha naturaleza, cuyo origen y finalidad estaría en la misma voluntad de la Providencia divina, vendría a legitimar la asunción y defensa incondicionales de la

¹ Véase J. CAÑO. «Alternancia y autogobierno». *El Correo*, 15/II/2002.

² Para un conocimiento pormenorizado de las posiciones nacionalistas, véase el riguroso análisis que el profesor I. Beobide ha ido haciendo de las campañas electorales de los partidos nacionalistas vascos, en las sucesivas elecciones, generales y autonómicas, desde 1977 a nuestros días. Está publicado en los respectivos números de la revista *Estudios de Deusto*. Ver v.g. «Comunidad Autónoma Vasca: elecciones autonómicas del 13 de mayo de 2001. La coalición electoral nacionalista», I.M. BEOBIDE, revista *Estudios de Deusto*, vol. 49/1, enero-junio 2001, pp. 75-136.

misma. La tradicional jerarquía de los derechos (providencial, natural, divino y positivo) servirá, en este contexto, para priorizar el derecho natural, legitimado religiosamente, sobre el derecho positivo, que se considerará arbitrario e injusto cuando no refleje adecuadamente al primero.

El papel que la religión cristiana ha jugado, para esta mentalidad, en la configuración de la nación vasca ha sido tan decisivo que pensar la una, sin referencia a la otra, es aberrante e incluso, metafísicamente imposible.

Trataré de describir brevemente algunos de los rasgos fundamentales de un largo proceso histórico y social que, en mi opinión, es imprescindible conocer, si queremos comprender la actual situación de la Iglesia Vasca y de su relación con el nacionalismo. Comenzaré por presentar un sucinto marco teórico, en primer lugar, de las relaciones entre religión y nación y, en segundo lugar, entre cristianismo y nacionalismo etnocultural, para pasar, a continuación, a ver cómo se concreta esta problemática en el caso de la Iglesia y de la sociedad vasca.

Religión y nacionalismo

La religión y el nacionalismo, tal como se han afirmado en la historia (clave etnocultural y premoderna), tienen rasgos de parentesco que los hacen reforzarse mutuamente:

En primer lugar, ambos son hechos sociales universales o con pretensiones de universalidad, en los que los seres humanos se ven inscritos desde su nacimiento. Ambos reivindican el derecho a impregnar toda la existencia individual y colectiva de los individuos y de la sociedad.

En segundo lugar, los dos tienen vocación «totalizante»: en no pocos casos, ni la religión ni la nación aceptan ser compartidas y exigen de sus miembros una fidelidad exclusiva y para toda la vida. Ambos tienen estrechas relaciones en el corazón humano que no necesariamente son de concurrencia o de rivalidad, aunque puedan serlo (como es el caso del Estado-nación moderno y su proyecto de «soberanía», en el que la nación reúne a todos los que están separados por sus convicciones religiosas (Bodino), disputando a la religión la fidelidad total de sus fieles).

En tercer lugar, y como consecuencia necesaria de lo dicho, la interdependencia de lo religioso y de lo nacional ha sido una constante histórica que, a pesar de la secularización, sigue vigente. De la edad de «la simbiosis» a nuestro momento de «la religión pública en las socie-

dades modernas», hay un camino que evidencia lo dicho³. Es obvio que es en la sociedad tradicional, en la que la indivisión y simbiosis es mayor (por lo que como sugiere Rémond, no se debería hablar de «Alianza de Trono y Altar», como si alguna vez antes hubiera existido una separación entre ambos)⁴. Sólo en el contexto de la Restauración tendría sentido esta expresión. No se concibe en ella el ateísmo: «une loi, une foi, un roi» es expresión de la adecuación máxima entre fidelidad religiosa y patriotismo.

La diferente comprensión de la relación entre religión y sociedad (reaccionaria, revolucionaria, neotomista), que se ha ido dando a lo largo de la historia no ha hecho variar lo dicho anteriormente. A pesar de toda la política antieclesiástica e incluso descristianizadora de la Revolución Francesa (que darán paso a una importante secularización de la sociedad: instauración de un estado civil, medidas contra las órdenes religiosas, Ley del Divorcio, etc.), no hay que pensar que los revolucionarios se convirtieron a la distinción de naturaleza entre lo político y lo religioso. Seguían convencidos de que el Estado necesitaba una religión (Robespierre con su política religiosa revolucionaria y el referente ideológico de Rousseau con su exigencia de la religión civil son ejemplo de lo dicho). En el contexto moderno, el jusnaturalismo religioso (completado con referencias bíblicas), ha seguido cumpliendo dicho papel de legitimador del nacionalismo. De hecho, se ha dado una transferencia de «trascendencia» y de sacralidad, de la religión al nacionalismo, que algunos autores han querido subrayar explícitamente⁵. En algunos casos como el que vamos a analizar aquí la sacralización de la nación ha sido tal, que ha acabado desplazando y negando las verdaderas realidades «sagradas», como la genuinamente cristiana o la del ser humano concreto. El transfert de religiosidad a la nación se ha manifestado en la forma en que se han absolutizado sus rasgos doctrinales, simbólicos y comunitarios: textos y lugares sagrados, símbolos y fiestas iniciáticas, presencia carismática de líderes mesiánicos, etc., han acabado creando un sujeto absoluto y transcendente que no necesita ya de ninguna legitimación humana. El «dios mortal» de Hobbes olvida, en los nacionalismos de que hablamos, su carácter de criatura racional y de artificio humano, para convertirse en un Saturno inhumano.

³ Véase J.A. CASANOVA. *Las religiones públicas en el mundo moderno* (1997). PPC Madrid.

⁴ Véase J. RÉMOND. *Religion et société en Europe* (1998). Ed. Seuil. París.

⁵ Obras como las de Th. LUCKMANN. *La religión invisible*. Salamanca. Agora. 1973 o la más reciente de LLOBERA, *El dios de la Modernidad. El desarrollo del nacionalismo en Europa occidental*. Barcelona. Anagrama. 1996, muestran lo dicho.

Hará falta asumir coherentemente el pluralismo y la secularización⁶ de las sociedades modernas para poder superar este maridaje entre nacionalismo y religión, que amenaza la construcción de sociedades democráticas. Mi tesis es que, en algunas posiciones religiosas y nacionalistas que se dan entre nosotros, no se ha conseguido superar estadios propios de las sociedades premodernas. Tanto el objetivismo providencialista del jusnaturalismo presente durante una larga etapa de producción de Doctrina social de la iglesia, como el esencialismo dogmático y ahistórico de ciertos nacionalismos, confluyen en la legitimación de proyectos de construcción nacional que ponen en peligro la convivencia democrática en nuestras sociedades plurales y complejas. Es, precisamente, el carácter «religioso» de la nación el que va a dificultar a quienes se sienten «nacionalistas», pensar la nación y la misma sociedad humana como realidades que los seres humanos concretos construyen y deconstruyen desde concepciones y proyectos distintos, sin que haya ninguno que se pueda imponer al de los demás por su carácter sagrado.

Es el carácter religioso de la nación, el que va a inspirar y legitimar un comportamiento de sumisión y obediencia acríticas a la autoridad constituida, que, a su vez, se sentirá ungida para llevar adelante un proyecto nacional que la trasciende. En nombre de la legitimidad religiosa y tradicional de dicho proyecto y de dicha autoridad, quedarán automáticamente deslegitimadas todas aquellas instituciones y autoridades que no se ajusten a sus expectativas. La obediencia acrítica a la autoridad heredada se convierte así, a su vez, en fuente de desobediencia a todo lo que se entienda que es innovación artificialista, como ocurrirá con el Estado y con las demás instituciones políticas, democráticamente constituidas. Rebelarse contra éstas comportará, incluso, un cierto halo romántico y trascendente, sin importar las razones reaccionarias y premodernas a las que se sirve. La incapacidad para analizar la historia y el cambio social explican, en buena medida, la actitud de muchos nacionalistas, que viven su militancia política como los «tres mosqueteros», en guerra permanente con la guardia del Cardenal⁷.

⁶ Obviamente, nos referimos a la sana secularización, la referida a la diferenciación funcional de los ámbitos de lo real y no a la secularización de carácter secularista y erasmiano.

⁷ C. Magris advierte cómo se maquilla el carácter premoderno de estos héroes de película que se opusieron a la construcción del Estado Moderno francés, representado por Richelieu, que, más allá de otras valoraciones posibles, representa el «triunfo del derecho sobre la barbarie tribal». C. MAGRIS. *Utopía y desencanto. Historias, esperanzas e ilusiones de la modernidad* (2001). Anagrama. Barcelona, pp. 289 y ss.

El pluralismo, entendido como la apertura y la constante competición entre los diferentes individuos y grupos a la hora de concebir la realidad y de intentar configurarla conforme a los propios proyectos e intereses, y la imposibilidad de encontrar una referencia absolutamente sólida en las sociedades modernas han generado una situación de cambio y de incertidumbre que, en nuestros días, se asocia al riesgo y a la inseguridad. La inquietud permanente reflejada en el eterno interrogante hobbesiano: «¿Y si mañana no florecen los almendros?», va inscrita en el proyecto de toda sociedad abierta. Sólo pueden sofocar dicha inquietud las sociedades cerradas. El nacionalismo, que comparte una visión esencialista y dogmática de la realidad, es una de estas respuestas. Como dice J. Keane: *En ciertas zonas de la Europa actual, el nacionalismo parece el más viril y atractivo de esos sistemas de vida cerrados que yo prefiero llamar ideologías. Como otras expresiones ideológicas, el nacionalismo consiste en un lenguaje manipulador y potencialmente violento que busca el poder estableciendo conceptos falsamente universales. Se supone parte del orden natural de las cosas y afirma que la identidad nacional —la comunidad de una lengua o un dialecto, el apogo a un ecosistema, a unas costumbres comunes o a una memoria histórica— es un hecho biológico; oculta siempre su verdadera naturaleza enmascarando sus condiciones de producción y tratando de suprimir la pluralidad de los lenguajes no nacionales o subnacionales dentro de la sociedad civil establecida y del Estado en el que prospera.*

Si los protagonistas de la sociedad civil están comprometidos en una lucha sin cuartel contra las simplificaciones del mundo, el nacionalismo combate con no menos entusiasmo la complejidad, dispuesto a no saber ciertas cosas, a elegir una ignorancia no exactamente inocente. Así pues, está destinado a chocar con el mundo, a destruir, para defender o reclamar un territorio, todo lo que se interpone en su camino, a confundir tierra con poder, y a creer que los habitantes de un país tienen que estar fundidos en «un solo puño» (Ayaz Mutalibov). El nacionalismo carece de la humildad que puede caracterizar a la identidad nacional; jamás siente vergüenza ni por el pasado ni por el presente, porque la culpa es siempre de los extranjeros y de los «enemigos de la nación». Se deleita en las glorias del machismo y llena la memoria nacional de historias de nobles ancestros, de actos de valentía o heroicidad. Se siente invencible, agita las banderas, y nunca duda en mancharse las manos con la sangre de sus enemigos⁸.

⁸ F. KEANE. *Reflexiones sobre la violencia*. Alianza Editorial. Madrid. 2000, pp 105-107.

La génesis «cristiana» del nacionalismo etnocultural

Lo que he venido diciendo de la religión, en general, cobra un vigencia especial en relación al cristianismo. Aunque, en teoría, el cristianismo ha tenido, desde sus orígenes, una vocación explícitamente desacralizadora y universalista, no ha ocurrido así en la práctica. Creo razonable suscribir, como lo hacen algunos autores, la tesis de que el cristianismo, más que otras religiones, ha ejercido una influencia determinante, tanto en el origen de la nación como en la configuración del nacionalismo, especialmente del nacionalismo etnocultural⁹.

Adrian Hastings, partiendo de la afirmación de que, cuanto más influyente sea la religión en la construcción de las naciones, es más probable, también, que influya en cada expresión del nacionalismo, pasa a estudiar en primer lugar las formas, inevitablemente superpuestas en parte, en que el cristianismo ha modelado la construcción nacional. Propone hacerlo bajo siete apartados:

- *Configuración y canonización de los orígenes.* Analiza los casos de Francia, Inglaterra, Irlanda, Servia, Holanda, España y Portugal. El catolicismo nacionalista y militante ha sido una constante en la Península Ibérica, por el pasado de cruzadas (Portugal) o de reconquista (España), que ha hecho de la frontera en conflicto

⁹ Véase, por ejemplo, ADRIAN HASTINGS. *La construcción de las nacionalidades Etnicidad, religión y nacionalismo* (2000). Cambridge University Press. Madrid. Este autor, después de haber cuestionado, en la primera parte del libro, las tesis «modernistas» de numerosos autores como Kedourie, Hobsbawm, Gellner, Breully, Anderson, para quienes el nacionalismo es un fenómeno típico de la modernidad (aunque él no se alinee con las tesis de los «primordialistas», para quienes todas las naciones existentes hoy en día, y sólo esas naciones, existan en forma embrionaria hace mil o mil quinientos años (pp. 11 y ss.) y, además, asociado el origen del nacionalismo a la importancia de la lengua escrita (traducciones de la Biblia y su uso generalizado en la liturgia), cuyo uso creciente genera la progresiva conciencia de la comunidad horizontal, posibilitando así el tránsito de la etnia a la nación, concluye subrayando la excepcionalidad del efecto político que presenta el cristianismo, a diferencia de otras religiones como el Islam. «La nación y el nacionalismo son, deseo afirmar, característicamente cristianos y, siempre que han aparecido en otras partes, lo han hecho dentro de un proceso de occidentalización y de imitación del mundo cristiano, incluso si ha sido imitado en su calidad de occidental y no de cristiano» (p. 230). La única excepción a esta regla es el judaísmo, la protonación cuyo modelo está en el *Antiguo Testamento*. La enorme paradoja es que haya pervivido durante casi dos mil años sin Estado-nación, aunque haya mantenido el núcleo de su identidad como nación (no como etnia) a través del ejercicio de la memoria colectiva y de los usos de la religión basados en unos textos específicos (la *Biblia*). Asimismo, subraya la relevancia del cristianismo en la construcción nacional el mencionado R. RÉMOND. *Religión et société en Europe*. Ed. Seuil. Paris. 1998.

el contexto para dar forma religiosa al nacionalismo. La edad de la simbiosis, la de las naciones santas, es la edad de los orígenes: los pueblos acceden simultáneamente a la conciencia nacional y religiosa. En Europa, el nacimiento de la nación coincide con la conversión al cristianismo, que suponía también acceder a una civilización superior (países del norte y centro de Europa). Se da la convicción de que la nación es un ser vivo, una realidad espiritual que existe con un alma y que tiene una vocación: España y la Reconquista, la Santa Rusia, Polonia parapeto de Occidente, Gesta Dei per Francos¹⁰. También la lucha de los protestantes holandeses contra la España católica es origen de su conciencia nacional y de su nacionalismo.

- *La mitologización y conmemoración de grandes amenazas contra la identidad nacional.* En la historia siempre hay un traidor que agudiza el sentimiento de «nosotros» y «ellos», que amenazan nuestra «religión, libertad y leyes», de los que nos separa un abismo moral, ya que Dios está absolutamente de nuestra parte.
- *El papel social del clero.* Cuestionando la interpretación de Hobsbawm (para quien las masas no participarían de la mentalidad de las élites, ya que la identidad de clase precedería a la identidad comunal) que no tiene en cuenta al clero, afirma Hastings que fue el bajo clero que, desde el siglo XIII, se forma en las Universidades y a partir del siglo XVI en los seminarios, el que promovió un sentimiento de identidad local, provincial o nacional compartida. Los requisitos del trabajo y de la Iglesia forzaron al clero a pensar en ámbitos locales, vernáculos y, cada vez más, nacionales. La difusión generalizada de los textos en lengua vernácula es un dato más significativo que cualquier otro aspecto específicamente político, que estabilizó las principales identidades nacionales, como sociedades separadas por sus textos. En el siglo XIX, este papel del clero lo ocuparon cada vez más los maestros y profesores universitarios.
- *La producción de textos escritos en lengua vernácula.* Reincidiendo en el papel de la lengua vernácula y afirmando que una extensa producción de textos en el idioma propio de un pueblo particular tendrá un efecto intrínseco de estabilización de un sentimiento consciente de identidad nacional, subraya, oponiéndose a las tesis de B. Anderson, el hecho de que el cristianismo es una religión de traducción que nunca tuvo un idioma sagrado.

¹⁰ Véase el capítulo VII de la obra de RÉMOND, que lleva por título *Religión y Nación, dos realidades universales*, pp. 145 y ss.

Es obvia, en el cristianismo primitivo, la voluntad de traducir constantemente la escritura al sirio, armenio, copto, etíope, latín, eslavico, etc. El intento de convertir el latín en una especie de idioma sagrado por parte de los sacerdotes católicos no fue más que una desviación de la norma cristiana. El texto de *Hechos*, 2, 11, sobre Pentecostés es canónico en este sentido. Dentro de la unidad de fe cristiana, la plena diversidad de naciones, costumbres y lenguas simplemente se da por sentada.

- *La provisión de un modelo bíblico para la nación.* La Biblia como espejo a través del cual imaginar y construir una nación cristiana, especialmente el Antiguo Testamento, permite hablar a los nacionalistas de una «economía política del Antiguo Testamento» en la que la predilección de Dios por un pueblo en particular se traduce en la reivindicación de la elección divina para la propia nación. La vocación providencial de las naciones queda reflejada en temas como *Gott mit uns*, *Francia la Hija mayor de la Iglesia*, *la católica España*, etc., Moisés y el Exodo liberador seguirán teniendo un lugar privilegiado en muchos de los discursos nacionalistas, hasta hoy.
- *La Iglesia nacional autocéfala.* La completa autonomía eclesiástica de una Iglesia nacional (Iglesias estatales autocéfalas, sobre todo, las orientales y protestantes), es uno de los factores más firmes y duraderos para el fomento del nacionalismo, porque estimula enormemente el impulso de reunir contemporáneamente con la Iglesia y el pueblo lo más fuerte de la predilección de Dios por una nación en el Antiguo Testamento, y la predilección del Nuevo Testamento por una Iglesia.
- *El descubrimiento de un destino nacional único.* La sacralidad y el destino especial de una nación es la consecuencia de todo lo anterior. «Una vez establecida una historia cristiana para una nación, a partir del bautismo del primer rey en adelante y a través de grandes liberaciones, una historia sobre la fe de un pueblo y sobre la Divina Providencia, una vez que se medita sobre la Biblia en el propio idioma, con toda la inmediatez que esto puede aportar; una vez que la Iglesia es plenamente independiente de cualquier otra y que se identifica en gran parte con la de la nación, parece mucho más fácil dar el último paso y afirmar ser un pueblo elegido, una nación sagrada, con una misión divina especial que cumplir. El *Antiguo Testamento* proporcionó el paradigma. Las naciones lo aplicaron una tras otra a sí mismas, reforzando su identidad en el proceso» (p. 242). Cada pueblo ve su «destino manifiesto» de manera bastante clara. Es muy fácil indigenizar la Biblia.

Por supuesto, añade Hastings, para los primeros cristianos y para la visión teológica permanente de la Iglesia universal, el concepto de «pueblo sagrado» está realizado en una comunidad de fe universal y no en una sola nación, aunque para los cristianos comunes, seculares y clérigos, eso pueda resultar demasiado remoto, demasiado apolítico. Por eso, se dará en el cristianismo un modelo imperial mundial.

En contra de la opinión «amable» de A. Smith (quien niega que el nacionalsocialismo alemán pueda ser considerado como nacionalismo, ya que es incompatible con la visión nacionalista de una pluralidad de naciones libres), Hastings cree que todo nacionalismo (el nazismo está bastante cerca del nacionalismo normativo, una norma bíblica) tiene su raíz en una suposición cristiana ampliamente establecida de que sólo puede haber una nación plenamente elegida, la propia, la verdadera sucesora del antiguo Israel. A pesar de su universalismo, el cristianismo hegemónico ha vivido poderosamente esta experiencia. Cuanto con más fuerza identifique uno la propia nación con la elegida, más podrá desear eliminar a la primera nación elegida, los judíos. Los nacionalismos europeos más intensos han derivado de una serie de identificaciones de este tipo. Su forma laica, adoptada en la época contemporánea, no nos debe hacer pensar que representan su comienzo¹¹.

Sin tener que suscribir las tesis de Hastings, al menos en lo que tienen de desautorización de la meritoria obra de otros grandes analistas del nacionalismo, creo que su aportación es especialmente útil para el tema que aquí nos ocupa. Pasamos a verlo.

Religión y nacionalismo en el País Vasco

Todo lo dicho hasta ahora parece confirmarse, casi de forma paradigmática, en la historia del País Vasco, dado que, en ella, se refleja el enorme peso del pensamiento reaccionario y la fuerte sacralización de la vida social y política, que se reflejará en un modelo de nacionalismo vasco tradicional de carácter etnocultural, integrista y excluyente. Basta con ojear cualquier historia del País Vasco, en general, y

¹¹ Véase José VARELA ORTEGA. «De Nacional-socialismo alemán y del vasco», en *Claves de Razón Práctica*, n.º 110. Marzo 2001. pp 8-21; M. AZURMENDI. «De la totalidad al totalitarismo. ¿Hay razones para calificar hoy de fascista al nacionalismo vasco?», en *Fundamentos de Antropología*, n.º 111, Granada. 2001. pp. 38-57.

del nacionalismo vasco, en particular, que estén escritas con el mínimo rigor histórico, para comprobar lo que decimos¹².

En efecto, la dimensión étnico-racial y religiosa ha sido básica en la autocomprensión que el nacionalismo vasco ha tenido de la nación vasca y de su proyecto de construcción nacional. El nacionalismo vasco es deudor de una mentalidad animista tradicional que ve, en la tierra, la presencia de los antepasados (lo que vincula a los vivos con los difuntos) y, en la sangre, la metáfora nuclear de una identidad construida en y desde el sacrificio heroico frente a los enemigos, cuya sangre hay que derramar para purificar el suelo y la sangre de la nación (Aitaren Etxea)¹³.

«Según la concepción tradicional ... el vasco se halla ligado a un etxe: “casa”. El etxe es tierra y albergue, templo y cementerio, soporte material, símbolo y centro común de los miembros vivos y difuntos de una familia.. En estrecha relación con el etxe, se desarrollaron durante siglos los principales modos de vida ... y todo el sistema mitológico y religioso que establece y asegura la comunión de vivos y difuntos... es, desde luego, un lugar sagrado protegido por el fuego del hogar —símbolo de un genio llamado Andra Mari—... El carácter sagrado de la casa aparece confirmado por el “yarleku” o lugar sagrado que en la iglesia parroquial posee cada casa ... como parcela integrante e inseparable de la misma... en las inscripciones sepulcrales ... se indicaba su pertenencia a la casa... La estrecha relación de la casa con la iglesia y el cementerio parroquial, en un mismo sentido místico, es confirmada por el carácter sagrado del camino que les une»¹⁴.

Un camino que, según la historiografía tradicionalista, se inicia en los tiempos míticos relatados por la Biblia. Como dice I. Sáez de la Fuente, *según dicha doctrina, tras la confusión babélica de las lenguas,*

¹² La bibliografía sobre el tema es enorme. La última aportación que he leído es la tesis de I. SÁEZ DE LA FUENTE. *El Movimiento de Liberación Nacional Vasco (MLNV): Una religión de sustitución*, Bilbao 2001, que ha sido defendida recientemente en la UPV y que recoge lo más significativo de la producción al respecto. Ha sido editada, con el mismo título, por el Instituto Diocesano de Teología y Patoral de Bilbao y por Desclée de Brouwer. Bilbao, 2002. De ella tomaré buena parte de lo que diré en este apartado, así como algunos textos de autores por ella citados (alguno de los citados en la tesis no está recogido en el libro).

¹³ La equivalencia que el nacionalismo vasco ha creado entre la madre (ama), la patria (aberri) y la tierra (lurra) ayuda a entender el carácter telúrico de la ideología nacionalista y el peso de la «falacia naturalista» al querer dar espesor ontológico a la construcción nacional.

¹⁴ BARANDIARÁN, M. *Mitología Vasca*. San Sebastián. Txertoa, 1994: 55-56, 58-59, 61 y 63-64. Citado por I. SÁEZ DE LA FUENTE. *Op. cit.*, (2002). p. 76.

los vascos llegan a la península guiados por Túbal, hijo de Jafet y nieto de Noé, cuyo noble linaje se asocia a la misión de salvación universal de la que, en un principio, había sido portador Israel. La renuncia del pueblo judío a semejante tarea escatológica, al no reconocer a Jesús como Mesías e incurrir en el más grave de los pecados —el deicidio—, coloca a los descendientes de Túbal bajo la condición de pueblo elegido. Su temprana recepción del Evangelio, mediante Santiago y otros apóstoles, determina la incontaminación contra cualquier tipo de paganismo y de heterodoxia, la limpieza de sangre en su sentido racial y la condición de cristianos viejos —núcleo fundante de la hidalguía universal— según la cual, todos los vascos, por su apellido, pertenecen a una casa o solar conocido y, en última instancia, a un mismo linaje, el de la comunidad tradicional vasca. Esta escenificación no es aislada, pues se relaciona íntimamente con el mito originario del tradicionalismo español, la Reconquista y la lucha contra el infiel por su condición de hereje.

Dentro de este complejo mítico-simbólico se incluye la conceptualización del euskera como la primera lengua universal hablada en España, idioma del Paraíso y de los ángeles, cuyas cualidades, antigüedad, armonía, naturalidad, pureza y nobleza resultan aplicables a la sociedad que la conserva durante el siglo xviii, el vascuence se ve impregnado de una fuerte carga numinosa en las obras de los Padres Larrañendi, Astarloa y Moguel, quienes establecen una identificación entre lengua y religión, imputando el carácter vivo del euskera a la energía creadora de Dios¹⁵.

Con el mismo objetivo de justificar la singularidad providencial de la sociedad vasca y de defender su sistema foral, su forma específica de organización, especialmente frente a la modernización racionalizadora y centralizadora del Despotismo Ilustrado, primero, y del liberalismo revolucionario, más tarde, el nacionalismo vasco va a reafirmar dicho complejo mítico-simbólico en una clave cada vez más integrista. Progresivamente, España se va configurando como el enemigo que invade y corrompe la esencias sagradas de la nación, la raza, la lengua, la religión y la forma tradicionalista de vivirlas, que es una herencia sagrada

¹⁵ I. SÁEZ DE LA FUENTE. *Op. cit.* (2002), p. 78-79. En el texto transcrito, cita a Larrañendi: «El bascuence siempre fue lengua adulta y perfecta, como sugerida en fin del mismo Dios en la división de las lenguas, y una de las setenta y dos primitivas y matrices. Otras lenguas son formadas por el ingenio de los hombres y por eso susceptibles de ages, yerros e inconsecuencias, efectos de achacoso origen. *El bascuence fue lengua formada por solo el ingenio de Dios ...*» (Larrañendi en TOVAR, *Mitología e ideología sobre la lengua vasca*. Madrid. Alianza. 1980: 72). Véase nota 12 en la tesis.

por la que merece la pena morir y hacerlo matando a los enemigos. El carlismo fanático y violento será expresión de esta actitud.

Incluso, la misma jerarquía eclesiástica vasca, por venir impuesta por la jerarquía española, será vista por algunos como una amenaza para la construcción de una Iglesia nacional, autóctona y querencialmente autocéfala, que es la única que puede defender la sagrada herencia de que hemos hablado¹⁶. Es sabido que la jerarquía eclesiástica, alineada con los intereses de la Monarquía y del papado, reaccionará contra el liberalismo del sexenio revolucionario, adoptando una postura contrarrevolucionaria, caracterizada por el teocratismo y el espíritu de Cruzada religiosa. Además, alarmada, como dice I. Sáez de la Fuente, «de pecado, de pérdida de fe y de negación de la verdad revelada»¹⁷.

En estos momentos, es cuando la Iglesia consolida su rol de intelectual orgánico, en términos gramscianos, que se traduce en un doble

¹⁶ La creación de la diócesis de Vitoria (1862) va a ser vista por algunos, como el abad electo de Santo Domingo de la Calzada, como una amenaza. «Cuanta sea la fuerza de la dependencia eclesiástica para mantener a estas provincias en la debida sumisión ... se dejó ver bien claramente en la última Guerra Civil. Teniendo los vascongados obispos de su habla, cabildos y párrocos de su habla, pastorales, sermones, libros en su habla, se aferrarán más y más a ella, tratarán de extenderla por los límites de las tres provincias, ganando el terreno perdido y haciendo de ella una lengua nacional; y si a esto se agrega la mayor afición que cobrarán a sus costumbres, tradiciones y fueros ... se habrá contribuido a formar en España una nacionalidad distinta y una base de separación política para los que más adelante quisieren invocar el principio de las nacionalidades.» (VILLOTA, *Iglesia y sociedad. España-País Vasco. Bilbao* (2000). IDTP-Desclée de Brouwer. Bilbao, p. 69)

¹⁷ ...[la] condecoración ... [de D. Mariano Alguacil] con la gran cruz de Isabel la Católica le había hecho símbolo, sin ser una excepción, de la alianza entre el trono y el altar durante la fase final del reinado de Isabel II, como también su nombramiento de senador carlista por Alava en 1871 le arrojaba en brazos de la Contrarrevolución... El prelado alavés no era una excepción a la obsesión y angina del protestantismo. Su clero se agarraba a un catolicismo ultramontano para hacerlo inmortal ... quemando mucha pólvora carlista... El perfil del catolicismo vascongado ... tenía que inventarse un temido fantasma en el protestantismo, como una arma contra la médula de la Constitución del 69... Desde el 20 de noviembre de 1868 el Seminario Católico Vasco-Navarro venía colocando ... «Ad majorem Dei gloriam», «Viva la Unidad Religiosa de España» y ... «¡A mayor gloria de Dios!», «¡Abajo el proyecto de libertad de cultos!» había que recordar que la nacionalidad española estaba como vaciada sobre el molde del catolicismo, y por consiguiente su marginación supondría la desaparición de España por el vertedero definitivo de las ideas en moda...» (RODRÍGUEZ DEL CORO, *El obispado de Vitoria durante el sexenio revolucionario*. Caja Vital. 1976: 40 y 1 16-117). Ya entonces el Semanario, aunque concibe la unidad vasca (Vizcaya, Guipúzcoa, Alava y Navarra) dentro de España, afirma que «si España traiciona su destino, el País Vasco podría verse legalmente libre para separarse» (ARANZADI, J. JUARISTI, J y UNZUETA, P. *Autodeterminación, raza, nación y violencia en el País Vasco. El País-Aguilar*. Madrid. 1994, p. 91).

proceso: incorporación del catolicismo a la etnia vasca e incorporación de la mitología etnicista al catolicismo vasco (la noticia de que ciertos agentes de la sociedad bíblica protestante se ocupan de traducir al euskera libros y folletos hace que el clero católico multiplique sus catecismos en euskera. Poco a poco, el vascuence se convierte en una barrera frente al liberalismo, de modo que abandonar la lengua vasca resulta sinónimo de apostasía).

A medida que el liberalismo y la industrialización vayan cercenando el universo tradicionalista, la reacción de este intelectual orgánico, que es el clero, será reafirmar e inventar un discurso primordialista, sumamente sacralizado, de la tradición vasca, de su lengua y de su etnia¹⁸. El liberalismo será algo extraño y heterodoxo, que será antivasco por anticatólico¹⁹. Este discurso eclesiástico tendrá, como el discurso fuerista, un carácter cada vez más integrista y más teñido de agustinismo político. La obra de Sabino Arana, que radicaliza, aún más, la herencia antiliberal con el racialismo, integrismo y organicismo, que la caracterizan, será un referente fundamental en esta construcción del universo simbólico del nacionalismo primordialista. «En síntesis, el discurso sabiniano opera una asimilación entre buen vasco, patriota y buen católico; desde una división dicotómica de la realidad, sitúa como oponente o adversario al español de origen y al españolista o traidor y formaliza un discurso totalizante que persigue despertar a la sociedad vasca de su letargo y provocar un renacimiento nacional a partir de la recuperación de la independencia política. En su formulación, no existe transferencia alguna de sacralidad, sino impregnación por parte del ideario político de los presupuestos religiosos

¹⁸ La pureza racial y, específicamente, el euskera, como expresión sagrada del alma vasca, se convertirán en símbolos de la identidad amenazada y de la resistencia. «Mientras aquél subsista con pureza y esplendor ... Donde el euskera ha desaparecido, el carácter decae visiblemente, las costumbres apacibles se tornan fieras, el respeto a la autoridad se pierde, el noble amor a su tradicional libertad, a esa libertad cristiana y práctica... mientras los ecos de nuestras verdes selvas repitan el tradicional y típico irrintz que escucharon los romanos, los árabes, los francos y las legiones de Napoleón 1 ... ni el sentimiento de patria habrá muerto, ni degenerará nuestro virtuoso pueblo.» (Iturralde, J., en SOLOZÁBAL, *El primer nacionalismo vasco. Industrialismo y conciencia nacional*. San Sebastián. Arámburu, 1979, pp. 321-322).

¹⁹ «Dios, es decir, catolicismo; que las instituciones euskaras se nutran todas de raíz católica ... El catolicismo es la tradición más antigua, vigorosa y soberana de cuantas tradiciones constituyen hoy la civilización moral de la gente euskalduna. Movimiento político que no se encarna en las afirmaciones católicas, se halla de antemano condenado a ser estéril y a sucumbir prontamente... Dios es el personaje más importante de Euskal-Erria.» (Campión en ELORZA, *Ideologías del nacionalismo vasco (1867-1937)*. De los euskaros a Jagi-Jagi. San Sebastián. Arámburu, 1978: 100)

que lo inspiran, una relación con el objeto político, la nación, en términos sacrales. La adhesión al nacionalismo se concibe en cuanto mediación sagrada, al estilo de una iglesia que, al luchar por la libertad nacional, acerca Euzkadi a la deidad. En su interior, el militante se convierte en un creyente cuya obediencia política equivale a fidelidad ética y religiosa efectuándose una sinonimia entre comunidad nacionalista y comunidad vasca. Arana es, asimismo, el creador de una profusa simbología impregnada de carga numiosa, parte de la cual será asumida por el pueblo vasco en su conjunto: desde la propia lengua, la ikurriña o bandera vasca, las fiestas y el folklore, hasta el himno de su partido»²⁰.

Y, a medida en que el nacionalismo vaya sustituyendo al carlismo como ideología hegemónica, una buena parte del clero vasco, que se distanciará de una Iglesia oficial fiel a la identidad española, mantendrá este discurso legitimador del nacionalismo, de carácter primordialista²¹. «El clero actúa como correa de transmisión en tres direcciones principales: a) divulgación hacia las masas por medio de la predicación desde el púlpito, a veces en euskera, y de la confesión, b) la investigación etnológica e histórica del País Vasco y el estudio y promoción de su lengua, aspecto en el que ha de tenerse en cuenta la ac-

²⁰ I. SÁEZ DE LA FUENTE. *Op. cit.*, (2002) p. 93.

²¹ Dice I. SÁEZ DE LA FUENTE en *op. cit.*, (2002), pp 95-96: «Todavía en vida de Arana, un capuchino navarro, E. de Ibero, declara su actitud vasquista en un sermón en honor de San Miguel Excelsis —Arcángel de Aralar quien más tarde será adoptado como patrón del PNV—. Las líneas maestras de dicho sermón aparecen reflejadas en el *Ami Vasco* (1906) que, por su fidelidad a la concepción sabiniana original, se constituye en una especie de catecismo nacional. A juicio de J.M. de Leizaola, con esta suma del nacionalismo, *Iber*, además de infundir principios, busca criterios prácticos de conducta; con sus reflexiones, el PNV recibe el aval de un «maestro de las ciencias eclesiásticas» (Leizaola, 1985: 17). A la pregunta: *¿Medía alguna relación entre el nacionalismo y el catolicismo?*, E. de Ibero responde: «Sí, señor, y tan íntima y estrecha que en las naciones católicas no se percibe nacionalismo sin catolicismo; porque el catolicismo es parte integrante de su nacionalidad, se halla inoculado en sus leyes, costumbres, en sus tradiciones, en sus fiestas, en lo más hondo de su ser; y mal se podrán conservar o restaurar estos elementos si se les despoja del principal que los informa y los da vida: la Religión de Jesucristo» (De Ibero, 1906: 11-12). Fija una relación de consustancialidad entre religión y nación, desde la subordinación de la segunda a la primera, que al concretarse en el caso vasco evidencia que «el PNV quiere para Euzkadi la unidad católica con todas sus consecuencias; quiere, ante todo y sobre todo, a Jaungoikua, a Dios y a Euzkadi para Dios» (De Ibero, 1906: 43). En su opinión, el fin último del movimiento nacionalista es la salvación de Euzkadi, para lo cual resulta más importante el amor a la independencia que la independencia en sí. El deber del patriota consiste en garantizar la restauración de la pureza racial y del resto de elementos de la nacionalidad que de ella se derivan, lengua, fervor religioso, leyes, costumbres, carácter y tradiciones.

tividad del Seminario de Vitoria²² y c) el trabajo de los *sacerdotes propagandistas* en el mundo obrero según la doctrina social de la Iglesia²³.

²² F. García de Cortázar argumenta sobre las consecuencias que para el clero vasco tiene la mitificación catolizante de la *patria*. *¿Cómo no iban a oír con agrado los sacerdotes vascos los dogmas de subordinación de lo civil a lo religioso?* El nacionalismo vasco —con su espiritualización del concepto de pueblo— ofrece a los clérigos la posibilidad de reforzar su ministerio pastoral mediante la dedicación sacerdotal a la salvación humana de este pueblo, a quien se presentaba en peligro de extinción ... *La salvación religiosa debía comenzar por la defensa de la identidad del pueblo vasco en cuanto comunidad diferenciada* ... (García de Cortázar, 1980: 43 y 1982: 223-224). Pero es J. Perea quien mejor precisa el significado y alcance de una lectura religiosa del nacionalismo por parte del clero. «Contemplan un mundo en crisis ... Creían con toda ingenuidad que la respuesta al desastre general se hallaba en el reconocimiento del hecho nacional ... No hay duda de que ellos consideraron siempre la existencia de un ingrediente de carácter religioso en el nacionalismo. Muchas expresiones así lo indican, al igual que un *cierto mesianismo reflejado en sus reflexiones que manifiestan un anhelo de verificación del reino de Dios en la tierra*. La realización plena del ideal nacionalista significará la salida de la postración material en que se encuentra el pueblo... *La nacionalidad vasca, sus peculiaridades ... son voluntad de Dios ... se da una especie de traslación de la historia bíblica a la del pueblo vasco ... la historia del País Vasco fundamenta según ellos, la identificación catolicismo-vasquismo, que se traduce en otra más concreta: catolicismo-nacionalismo*. Las pretensiones de los enemigos son simultáneamente destruir la fe católica y la realidad más original y valiosa del pueblo vasco.... Desde la comprensión religiosa del movimiento nacionalista..., se entiende en parte la participación de los sacerdotes en él; es una forma de vincularse al proceso de salvación del pueblo vasco... (PEREA, *El modelo de Iglesia subyacente en la pastoral del clero vasco* (1918-1938). (1991) IDTP-Desclée de Brouwer. 4 vol., vol. IV: 2233-223. I. SÁEZ DE LA FUENTE. *Op. cit.*, (2002), nota 10, p. 99. Conviene destacar la importancia de las investigaciones antropológicas y culturales de la escuela creada en el Seminario por los sacerdotes J.M. Barandiarán y M. Lecuona. Interpretando los argumentos y enfoques de la escuela Barandiarán, J. Perea sostiene que su concepto de pueblo alude al conjunto de familias más o menos emparentadas que, habiendo convivido por algún tiempo sometidas a idénticos factores e influencias, llegan a elaborar una cultura propia ... la multiplicidad abigarrada de pueblos, grupos naturales o naciones, con sus hechos y tendencias diferenciales, es algo previsto y querido por la providencia., para Barandiarán ... conocer los elementos tradicionales de un pueblo ... es algo esencial a la hora de plantear y emprender la evangelización... El idioma materno es la expresión del espíritu de un pueblo... «Obligación de derecho natural, basada en la naturaleza y... impuesta por Dios»... la familia es el eje de la vida social ... «se compone de miembros vivos y antepasados difuntos». Bajo estas claves, subyace la pretensión de legitimar, desde el catolicismo, la existencia del pueblo vasco y el imperativo de respetar su ser lingüístico, cultural y nacional (Véase J. PEREA, *ibid.*, vol. 111: 1.215-1.216, 1.244, 1.251 y 1.264).. Cortázar y Fusi subrayan que «... el entusiasmo de los seminaristas de aquellos años por la lengua y cultura vascas no se puede identificar, simplemente, con un compromiso nacionalista pero tampoco debe dejarse de ponderar la posible interrelación entre ambos». En esta época, proliferan las multas gubernamentales a curas acusados de «meterse en política» —en ocasiones, simplemente por predicar en euskera— así como los traslados forzosos de parroquia. (CORTÁZAR y FUSI, *Política, nacionalidad e iglesia en el País Vasco*. (1998) San Sebastián Txertoa. pp 78-79).

²³ I. SÁEZ *op. cit.*, (2002), p. 104.

El papel del clero y de la religión católica en la sociedad que se teje desde el imaginario nacionalista es típico de una iglesia nacional-católica, que busca perpetuar el tiempo mitificado de la simbiosis entre religión y nación. Detrás de las explicaciones pretendidamente científicas (etnografía, prehistoria, etc.), aparece como en un palimpsesto el jusnaturalismo premoderno sacralizado, según el cual la nación vasca, su etnia, su lengua y su cultura son «hechos naturales» impuestos por el mismo Dios, que el creyente-patriota debe asumir y defender con la ofrenda de su propia vida. El Estado y las instituciones políticas sólo tendrán un carácter instrumental y un valor funcional, al servicio de la religión y de la nación. Así se explicita, cuando se habla de la educación²⁴, del mundo laboral²⁵, del mundo de la política. Un ejemplo plástico de este último ámbito lo representa J.A. Aguirre, quien, tras una misa celebrada en Be-goña, ante una de las hostias consagradas jura su cargo de Lehendakari con esta fórmula: «Juro ante la Hostia Santa fidelidad a la fe católica que profeso siguiendo y cumpliendo las enseñanzas de la Santa Iglesia Católica, apostólica, romana; juro fidelidad a mi patria Euzkadi y en su servicio queda ofrecida mi vida, de la que dispondrán en la medida, en el momento o en las circunstancias que señalen las únicas autoridades legítimas del PNV o Euskadi Buru Batzar. Así lo juro desde el fondo de mi alma ante mi Dios en la Hostia Consagrada». También, en el juramento en la Casa de Juntas de Guernica y al pie del árbol sagrado, dirá:

²⁴ «Y la enseñanza que en nuestras escuelas se imparte a los niños es íntegramente vasca e íntegramente cristiana ... atendiendo preponderantemente a la labor educativa de formación espiritual ... [el objetivo es] la reconstrucción nacional, la revasquización de nuestro pueblo, el desarrollo y perfeccionamiento de nuestra personalidad». (Memoria de Euzko Gaztedija en CAMINO y DE GUEZALA, 1991, *Juventud y nacionalismo vasco*. Bilbao (1901-1937) . Bilbao. Fundación Sabino Arana.:120-121).

²⁵ El objetivo de SOV consiste en: «... conseguir el mayor bienestar social de los obreros vascos mediante una instrucción prácticamente eficaz, que cultive sus inteligencias y eduque sus voluntades, inclinándose al más fiel y celoso cumplimiento de sus deberes como obreros y como vascos ... *moldeando todos los actos en los principios de la moral católica*». (*Reglamento de SOV*, 1911). Se dice textualmente que «Las agrupaciones de Obreros Vascos no pertenecen a ningún partido político; son organismos independientes y pueden integrarla todos los obreros que tengan algún apellido vasco hasta el cuarto y profesen la Religión Católica, ... no son socialistas, ni revolucionarios, ni anárquicos; son la unión profesional de los trabajadores vascos, no al servicio del patrono, sino a las órdenes del interés racional de clase ... no defienden la lucha de clases por el odio de clases, sino la armonía de sus intereses respectivos ... en la mayoría de los casos nuestras sociedades serán un dique a las intemperancias político-sociales y escudo contra la frecuente rapacidad del patrono» (Euzkadi, 29/12/1918). I. Sáez de la Fuente recuerda que en 1908 se exigía al afiliado el tener al menos un apellido vasco entre los cuatro primeros y profesar la fe católica. (*ibid.* p. 106).

«Ante Dios humillado
 En pie sobre la tierra vasca
 Con el recuerdo de los antepasados
 Bajo el Arbol de Gernika
 Juro
 Cumplir fielmente mi mandato.»²⁶

Es conocido el drama que supone para los católicos vascos el tener que mantener este ideal nacional-católico, alineándose con un bando republicano declarado enemigo de la religión católica por la jerarquía oficial de la Iglesia española, que defiende un nacional-catolicismo español²⁷. Es verdad que no todos los nacionalistas comulgan con esta legitimación religiosa del nacionalismo y que algunos incluso explicitan su secularidad y aconfesionalidad, pero no serán éstos quienes marquen la impronta más decisiva del nacionalismo. También hay que señalar que, a pesar de que este nacionalismo hegemónico actúa como una Iglesia política y persigue una Iglesia nacional euskaldún, fiel al lema sabiniano: «Nosotros para Euzkadi y Euzkadi para Dios» y que, durante algún tiempo, se denominará Comunion Nacionalista, postula la separación entre Iglesia-Estado, prohíbe la afiliación política del clero y el reconocimiento de la libertad religiosa²⁸.

²⁶ Véase UGALDE, *Biografía de tres figuras nacionales vascas: Arana-Goiri, Agirre y Leizaola*. San Sebastián. Senda. 1984: 69, en I. SÁEZ DE LA FUENTE, *op. cit.*, (2002), p. 108.

²⁷ «La religión se hizo beligerante de uno y de otro lado, provocando muertes “por Dios y por España” pero también caídos por “Jaungoikoa y Euzkadi”. Tradicionalmente, la religión ha servido para dar respuesta al interrogante de la muerte; de ahí que tanto para morir como para matar se precisara una legitimación religiosa. Un pueblo como el vasco, donde el influjo de la cosmovisión católica era tan acusado ... no podía dar la espalda a esta legitimación y mucho menos ante el absurdo de una guerra. A lo largo de la contienda, el lenguaje nacionalista fue acentuando su dimensión religiosa, pero siempre desmarcándose del que empleaba, por esos mismos días, la derecha española, mucho más triunfalista, mística y beligerante ... mientras los franquistas paseaban sus Vírgenes o entronizan al Corazón de Jesús en liturgias patrióticas de reparación, los nacionalistas vascos tienen que contentarse con no ver cerrados los templos y con asegurarse de que el culto no sufra grave detrimento en la Euzkadi autónoma ... Los consejeros nacionalistas del gobierno de Euzkadi con su Lehendakari al frente dieron publicidad a su fe católica en distintas liturgias —entierro de un capellán de gudarís, Semana Santa en Bilbao— ... De cualquier forma y a pesar de los cuidados de los nacionalistas, el clero y los inmuebles eclesiásticos fueron también objeto en el País Vasco de algunas violencias.» (GARCÍA DE CORTÁZAR y FUST, *op. cit.*, pp 82-83)

²⁸ El mismo De Agirre (22/12/36) concreta el contenido de los acuerdos de Gobierno enfatizando el compromiso entre las garantías de libertad religiosa y la sujeción del clero a las leyes: «... respetará y garantizará los derechos individuales y sociales de todos los ciudadanos vascos y ... la libre práctica de las confesiones y de las asociaciones religiosas, la

El contexto de posguerra

En la configuración del nacionalismo vasco, hay un elemento que es especialmente relevante, al que me he venido refiriendo y en el que quiero fijar mi atención. Me refiero a la forma como una parte importante del clero vasco ha desempeñado el rol del que habla Hastings.

En mi opinión, una parte importante del clero vasco no sólo ha tenido un papel determinante en la creación de la nación y del nacionalismo vasco, sino que, dada su formación y autocomprensión de las relaciones entre religión, sociedad y política, ha sido incapaz de plantear una crítica coherente y consistente al carácter etnocultural y excluyente del nacionalismo vasco y ha visto como incuestionable una connivencia de la Iglesia vasca con dicho nacionalismo.

No creo caer en un tópico injustificado, al afirmar que, para una parte del clero vasco, «el tiempo de la simbiosis», al que nos hemos referido, especialmente bajo la fórmula del jusnaturalismo sacralizado, ha seguido proyectando su sombra hasta nuestros días. A confirmar esta opinión me ha llevado mi conocimiento de un clero diocesano que, por ejemplo, ha compartido la creencia de que el *derecho de autodeterminación del pueblo vasco* es un derecho natural que ninguna legalidad positiva, que se pretenda legítima, debe dejar de reconocer, especialmente, si así lo exige el mismo «pueblo vasco». Este derecho natural se inscribiría en un universo tradicional, histórico y religioso, adquiriendo así el plus de legitimidad propio de una jerarquía tradicional de las leyes. Un ejemplo singular de lo que digo es el siguiente. Un exvicario territorial de la diócesis de Bilbao presentó hace un par de años una enmienda al Plan de Evangelización diocesano que decía así: *Desarrollar una presencia pública más activa de la Iglesia y de sus miembros en la pacificación de Euskal Herria que urja, mediante el diálogo, una paz basada en la justicia que ampare todos los derechos de las personas y de los derechos históricos del pueblo vasco, incluyendo el derecho de autodeterminación, y en la profundización de la democracia, fomentando la reconciliación social y la tolerancia hacia todas las opciones políticas*²⁹. Felizmente, la enmienda no prosperó, pero por un solo voto de diferencia.

seguridad de sus componentes y de sus bienes ... el carácter religioso no podía eximir de las responsabilidades de actuaciones políticas contrarias a la ley... en este marco ha encerrado el Gobierno vasco toda su actuación, respetando al sacerdote que ... ha estado y se ha mantenido al lado del pueblo...» (De Agirre en ALTABELLA, *El catolicismo de los nacionalistas vascos*. 1939. Vitoria. Editora Nacional pp. 18-19), en I. SÁEZ DE LA FUENTE, *op. cit.*, nota 13, p. 108.

²⁹ Enmienda presentada por el exvicario territorial A. Linaza, el 31/I/1998.

Mi hipótesis, al interpretar hechos como éste, parte, como ya he indicado antes, de que en la socialización de una parte importante del clero vasco (especialmente a lo largo de su proceso formativo) y en sus diferentes generaciones, ha habido una forma religiosa y/o jusnaturalista tradicional de justificar la cosmovisión nacionalista³⁰. Analizando tres momentos decisivos de la historia reciente: la posguerra, los años sesenta y las dos últimas décadas, se puede apreciar que tanto el «síndrome antitotalitario» que justificó un uso del jusnaturalismo tradicional para fundamentar los derechos y las libertades frente al fascismo, como el «radicalismo democrático» asociado a un «síndrome tercermundista», que justificó una experiencia liberadora del pueblo imitando el modelo bíblico del *Exodo*, como, finalmente, un afán de inculturación que generó el «síndrome de la opción pueblo», que justificó, como una exigencia evangélica, la asunción ideologizada de las señas de identidad (lengua y hábitos) subrayadas por la concepción nacionalista del pueblo, fueron expresiones de que una gran parte del clero vasco ha sido socializado en una connivencia excesiva con el nacionalismo y de que su credo nacionalista le sigue impidiendo una actitud crítica ante el mismo. Se trata de analizar cada uno de estos contextos, que no sólo se han circunscrito a un momento cronológico de la historia vasca reciente, sino que han pervivido e incluso se han fecundado mutuamente, en no pocos casos.

1. *El objetivismo providencialista y jusnaturalista promoderno de una concepción católica hegemónica*

El objetivismo providencialista premoderno mantiene una concepción esencialista y dogmática de lo que es derecho natural, como lo sería el derecho de la nación y de sus rasgos constitutivos, con la consiguiente instrumentalización y vaciamiento de contenido ético de lo que es «construcción artificial», como en el caso del Estado, de la democracia y de sus instituciones... El nacionalismo comparte esta misma cosmovisión jusnaturalista, esencialista y dogmática, que le incapacita para asumir el pluralismo y la secularidad de nuestras sociedades modernas³¹.

³⁰ No me refiero aquí a la cosmovisión del nacionalcatolicismo español, que también ha tenido su vigencia en una parte minoritaria del clero y en la jerarquía de la Iglesia Vasca hasta épocas recientes, y que conviene no olvidar a la hora de explicar algunas reacciones del Nacionalismo Vasco.

³¹ Véase D. VELASCO. «Derechos humanos y Doctrina social de la Iglesia». *Cuadernos de Teología*. Universidad de Deusto. 2000.

Una recepción de la **Doctrina Social de la Iglesia**, con su concepción premoderna de la Nación «natural», asociada a la religión (que la constituye en su dimensión más primordial), ha participado y fortalecido esta concepción objetivista y providencialista, devaluando así cualquier construcción asociativa, como es el Estado, por considerarla artificial, sobre todo, cuando es fruto del contractualismo y de la «voluntad» libre de los individuos³².

Como ya he dicho, creo que ha sido la formación clerical en un jusnaturalismo como el mencionado la que explica comportamientos como el del exvicario territorial vizcaíno, cuya enmienda al Plan de Evangelización hemos transcrito. En mi opinión, magisterios como el desempeñado por G. de Yurre, sumados a una cosmovisión nacionalista tradicional, explicarían la socialización del clero vasco en dicha mentalidad.

La transcripción de algunos conceptos y definiciones, como los que hace Yurre en su obra *Filosofía Social*³³, nos permiten ver cómo la nación y el nacionalismo nos remiten a un mundo de realidades «naturales» y «espirituales» que todo bien nacido debe saber respetar y venerar. La concepción de la nación desde el paradigma «primordialista», etnocultural, rezuma una ausencia de sentido histórico y sociológico que evita el tener que explicar el origen de la nación y del nacionalismo como un «proceso de construcción social de la realidad» y como «un producto sociopolítico» resultante de procesos complejos de «nation-building» .

G. de Yurre, tras definir la nación como *una comunidad de hombres solidarizados por la unidad de origen, territorio, cultura, lengua, conciencia nacional y de destino histórico*³⁴, dice que el **Nacionalismo** es la virtud moral que nos inclina a amar a nuestra nación y a cumplir todos los deberes, que la piedad nos impone hacia todos aquellos que forman parte de la misma... La razón en la cual se apoya la virtud del nacionalismo es la siguiente: *El hombre nace en completa indigencia material y espiritual. La inteligencia es una facultad capaz de recibir*

³² Me parece de gran interés parta el tema que nos ocupa de la lectura de dos libros de reciente publicación. El primero, del obispo dimisionario R. MASNOU BOIXEDA, *Carta sobre el nacionalismo*, Barcelona, Península, 1996. Véase comentario al mismo en D. VELASCO. «Ética, paz y autodeterminación en Euzkadi: perspectivas ético-cristianas», en *Razonas contra la violencia. I*. Bakeaz. Bilbao, 1998, pp 132-158, JOAN COSTA BOU, *Nación y nacionalismos*. Unión Editorial-AEDOS. Madrid, 2000.

³³ GREGORIO DE YURRE. *Lecciones de Filosofía Social*. Editorial Eset. Vitoria. Seminario Diocesano. 1959. pp. 91 y ss. Este libro fue libro de texto de los seminaristas filósofos de Derio hasta finales de los sesenta. El profesor de Filosofía Social se limitaba a repetirlo en clase.

³⁴ *Ibid.*, p. 80.

toda clase de ideas, de hábitos de pensar. La voluntad y sensibilidad son aptas para asimilarse las más diversas formas y costumbres. El hombre es un ser dotado de gran cantidad de potencias, pero nace en estado bruto, desprovisto de toda formación... Esta completa indigencia humana está reclamando un medio favorable, que le suministre los hábitos y formas que han de revestir y desarrollar su personalidad. La persona educada y formada podrá actuar en el mundo... Ahora bien, este medio esencialmente formador, es la nación. La nación es un clima cultural que posee una lengua y un conjunto de ideas, creencias, costumbres e instituciones que van penetrando en todos sus miembros y revistiéndolos del carácter nacional. En realidad, dice SEIPEL, es la nación el verdadero órgano de transmisión de la concepción del universo. Las diferentes concepciones del universo raramente se propagan de persona a persona. Conclusión: la virtud del patriotismo y nacionalismo se fundan en el hecho de que la nación es un medio generador. La nación nos ha formado a su imagen y semejanza. Y esto implica una dependencia del individuo en relación con su nación. De esta relación de dependencia se derivan todos los deberes del individuo para con su nación³⁵.

Se refiere a continuación a los deberes que los individuos tienen para con su nación y habla del *deber del culto, que es análogo al debido a nuestros padres. El culto a la nación se funda en el hecho de la generación espiritual. La nación no nos crea, pero es un clima espiritual que nos forma. El término de esta relación es un ser contingente y finito. Por tanto, a la nación debemos homenaje y respeto, pero no le podemos tributar el culto estricto de adoración.*

El deber del amor a la nación ha de ser afectivo y de preferencia, ya que toda relación de paternidad está reclamando el amor. *La criatura no puede cumplir sus deberes para con Dios, ni el hijo para con sus padres, ni el ciudadano para con su patria, sin la práctica del amor. El fundamento del amor a la propia nación es doble: a) Se apoya en la relación de dependencia ,genética, explicada anteriormente. El ser engendrado naturalmente se dirige a sus progenitores, para devolverles con el amor el beneficio de la generación. b) Existe también un fundamento psicológico: el hombre tiende a amar a todos aquellos, con los cuales está unido por una comunidad de naturaleza y educación y por un mismo destino... La dependencia del ciudadano para con su nación no es soluble, porque es de carácter genético. Es una generación espiritual. El hijo se reconoce siempre dependiente de sus padres y ligado a*

³⁵ *Ibid.*, pp. 91-93.

ellos por el deber de respeto y amor. Así el ciudadano se reconoce siempre hijo de su nación y ligado a ella por los deberes de amor. *No existe alteridad*. La nación se distingue del simple ciudadano como el todo de la parte. Existe una cierta alteridad. Pero hay que tener en cuenta *el modo como se dirige el ciudadano a su patria*. El padre es un ser distinto del hijo; pero el hijo se dirige a él como *al principio de su ser*. Y, por eso, los deberes del hijo para con su padre son de piedad y, sólo en ciertos casos, de justicia. Así el ciudadano se dirige a su patria *como al principio de su ser* y no como a un extraño, no como a *otro*. Finalmente *la deuda no puede ser satisfecha*. Porque la relación de dependencia no es soluble. Esto ocurre en primer lugar a la criatura con relación al Creador. La creación es donación total del ser; la criatura se ve imposibilitada de solventar esa deuda. En un sentido análogo ocurre lo mismo al hijo para con su padre y al ciudadano para con su nación»³⁶.

Y como no podía ser de otra forma, la nación también es sujeto de derechos. Sigue diciendo Yurre: «La nación no puede cumplir con su misión si sus derechos no son respetados, sobre todo por el Estado. No sólo el individuo sino también el Estado tiene deberes para con ella. *La nación tiene derecho al reconocimiento de su personalidad...* Esta personalidad es natural, es fruto de las fuerzas congénitas a la naturaleza, desarrolladas en el decurso de la historia. La nación tiene derecho al reconocimiento de su personalidad, la cual puede ser salvaguardada por uno de estos dos caminos: A) mediante el revestimiento de la nación por la forma política de Estado; B) mediante el refugio de la nación en un Estado plurinacional, dispuesto a reconocer su existencia y los derechos inherentes a su personalidad. En ambos casos el deber del Estado es servir de ayuda y complemento a la nación o naciones existentes en su seno. *Derecho natural de la nación* a ejercer su papel natural de formación y generación de sus individuos. La nación es un alma, una comunidad cultural muy próxima e íntima a la familia e individuo. Nadie tiene derecho a interferir y cortar la comunicación natural existente entre nación e individuo. La nación tiene derecho a comunicar su cultura a sus individuos y éstos a laborar libremente por el acervo cultural y espiritual de su nación. El derecho de la nación es una salvaguardia del derecho y libertad de los individuos. Porque el Estado no puede respetar los derechos y libertades de la persona humana sin acatar los derechos de la nación, a la que tales individuos pertenecen»³⁷.

³⁶ *Ibid.*, pp. 93-98.

³⁷ *Ibid.*, pp. 98-99.

Al contrario que la nación, el Estado tiene un carácter funcional e instrumental, ya que no es una comunidad natural sino una asociación. «El *elemento característico* de la nación es la *conciencia* y el *carácter nacional*. Por eso, la unión entre los miembros de una nación es de naturaleza *comunitaria*; se produce como consecuencia de un vínculo interior: la comunidad de vida, de ideales, que produce la unidad de conciencia nacional... En cambio, el elemento característico del Estado es la *soberanía* y el vínculo unitivo es de carácter exterior: la Ley, el *vínculo jurídico*, que emana del soberano y obliga a todos los miembros a colaborar al bien común... De ahí que el Estado aparece como una realidad frágil, mientras la nación parece adornada de una cierta perennidad. El Estado muere desde el momento en que desaparece su soberanía. Las funciones peculiares del Estado radican en el desempeño de la triple función, legislativa, judicial, ejecutiva. Pero todas estas prerrogativas pueden desaparecer por una fuerza mayor, como es una invasión... En cambio, la nación resiste las más duras pruebas. Puede existir soberanía. Incluso en caso de invasión, continúa desempeñando sus funciones. La nación es un alma. Y mientras existe ese alma subsiste la nación. Para destruirla se requiere destruir la conciencia y el carácter nacional, que se derivan de un complejo de factores: comunidad de costumbres, tradiciones, lengua, religión, destino... Pero la fuerza, lejos de conseguir ese efecto, suele producir el efecto contrario: excitar el sentimiento nacional... Por *razón del fin*, la nación cumple una misión más íntima e interior al mismo individuo: es una misión *generativa y educativa*. En cambio, el fin del Estado es más exterior. El Estado atiende a la creación de un orden jurídico que haga posible la vida social y a dar aquel complemento que precisa la vida del individuo, de la sociedad y de la nación. La misión del Estado no es suprimir o suplantar las actividades de los entes sociales, sino constituir un clima y complemento para su desarrollo. Todo esto nos explica otra diferencia notable. El Estado no evoca en el corazón humano ese sentimiento profundo que despierta la nación y la patria. Es la consecuencia necesaria de su exterioridad. El Estado puede pedir la obediencia a la ley, la nación reclama siempre el amor. El Estado podrá llegar a conquistar el amor de sus ciudadanos cuando respeta la nación y la sociedad, en las que los individuos están encasillados, y las sirve fielmente»³⁸.

Creo que los textos transcritos son los suficientemente claros y explícitos como para comprender que de esta «filosofía social», escrita

³⁸ *Ibid.*, pp. 123-124.

bajo el síndrome del antitotalitarismo y que seguramente tuvo la virtualidad de argumentar en la defensa de los seres humanos y de sus comunidades sociopolíticas frente al proyecto totalitario del fascismo y del nazismo, difícilmente se podía esperar una comprensión de los retos y exigencias políticas derivadas de una sociedad moderna, pluralista y democrática. El carácter organicista y esencialista de las «comunidades naturales» que, según G. de Yurre, constituyen genéticamente al individuo, y el carácter artificialista e instrumental del Estado, son, como ya decíamos el caldo de cultivo apto para generar un nacionalismo incapaz de verse como algo distinto a un ejercicio virtuoso de amor a la patria de los mayores.

Si, a todo lo dicho, añadimos la herencia de una cosmovisión nacionalista como la descrita en el apartado anterior, tan teñida de etno-racialismo y de tradicionalismo religioso, que se ha compartido con el josnaturalismo descrito y que Yurre no hace sino repetir, no es difícil comprender que la autocrítica del nacionalismo haya estado prácticamente ausente de la teoría y de la práctica pastorales de buena parte del clero vasco.

Podría parecer, sin embargo, que esta herencia habría quedado obsoleta con el advenimiento de la democracia y la aceptación de que son los individuos y sus derechos, coherentemente jerarquizados, quienes se convierten en el referente fundamental para explicar el origen de toda realidad social, incluida la nación. De hecho, profesores como Rafael Belda proporcionaron un bagaje acorde con los planteamientos democráticos. Pero creo que ni su obra, ni su figura, adquirieron la relevancia y el eco debidos, precisamente por su distanciamiento crítico respecto al nacionalismo, por un lado, y respecto a una versión dogmática del marxismo, por otro. Lo mismo creo que ocurrirá con la recepción que la Iglesia Vasca hará de las «catequesis sociales» elaboradas por los Secretariados Sociales Diocesanos.

2. *El contexto de los sesenta y el tercermundismo aplicado al País Vasco en clave de Exodo liberador (Herria Eliza, CSEH, etc.). La permanencia del radicalismo democrático, como traducción inmediateista del jusnaturalismo antes mencionado (recepción condicionada de la Constitución, por su carácter artificialista)*

Junto al nacionalismo tradicional, del que hemos hablado, y junto a las legitimaciones jusnaturalista y religiosa del mismo, que seguirá manteniendo una buena parte del clero vasco, hasta nuestros días, surge un nacionalismo de corte muy diferente, que, para muchos de sus fieles, deberá definirse como revolucionario, socialista y ateo. En el con-

texto del radicalismo democrático y del tercermundismo en auge en la década de los sesenta, se hace plausible un nacionalismo revolucionario e independentista que todavía hoy persiste³⁹. Es un nacionalismo que radicaliza su dimensión etnocultural, lingüística y «primordialista» de lo vasco y que realiza un transfert de sacralidad radical a la nueva comunidad nacional política sonada. El fanatismo con el que se va a asumir la nueva construcción nacionalista se mostrará en la necesidad de usar la violencia redentora, legitimada por ser respuesta a una violencia opresora anterior, como es la española. Redimir a la nación vasca exige una lucha a vida o muerte. Como dice I. Sáez de la Fuente: *A mediados de la década de los años 70, ETA suministra al entorno que se está gestando a su alrededor referencias doctrinales, simbólicas, míticas y rituales que satisfacen funcionalidades de carácter religioso. Facilita un objeto de culto, el Pueblo Vasco, oferta una cosmovisión que explica los diferentes aspectos de la realidad y proporciona su teodicea: qué es Euskadi, por qué se encuentra en una situación de ocupación, quiénes son los enemigos de la causa vasca a combatir, cómo conseguir su liberación, quiénes son los héroes-mártires y cómo y cuándo éstos se pueden transformar en traidores. Aporta una oferta de salvación immanente o terrena y colectiva. Finalmente, presenta unas pautas de conducta, un corpus valorativo y normativo —de acuerdo a*

³⁹ El libro de F. KRUTWIG *Vasconia* (1963) servirá, como comenta A. Elorza, para singularizar a Vasconia en la España sometida a la dictadura franquista. «Casi una cuadratura del círculo, lograda a partir de 1963 gracias a la obra de un lingüista de origen alemán, Federico Krutwig: *Vasconia*. El libro estaba plagado de disparates, tales como la definición de un territorio vasco que se extendía desde Burdeos, convertida en “Burdigala”, hasta Zaragoza, o la pedestre interpretación de los datos económicos que le llevaba a hablar de Vasconia como dependencia colonial de España y de Francia. Pero los dislates de Krutwig resultaban funcionales ante la exigencia de modernizar el independentismo sabiniano. Al estar toda España sometida a la dictadura franquista, era imposible desde ese punto de vista singularizar a Vasconia, la opresión colonial sí que era algo diferencial, que tenía además la virtud de unir a los dos fragmentos de la nación vasca, a uno y otro lado de la frontera, y de legitimar el recurso a un procedimiento de excepción: la lucha armada. Un territorio europeo pasaba así a solicitar su reconocimiento en el elenco de luchas de liberación nacional propias del Tercer Mundo, con la consiguiente vitola de progresismo que ha de perdurar hasta la etiqueta de Movimiento de Liberación Nacional Vasco (MLNV) que todavía hoy designa a la constelación de organizaciones que sigue a ETA. La dimensión antiimperialista constituía al mismo tiempo una coartada para eludir toda atención a la realidad vasca e instalarse en el imaginario de una transformación revolucionaria que llevase conjuntamente a la independencia y al socialismo, como resultado de una lucha armada que no admitiría compromiso alguno hasta alcanzar sus objetivos. Nunca el mensaje de Sabino resultó tan embellecido, ni tuvo consecuencias más trágicas.» A. ELORZA, *Un pueblo escogido. Génesis, definición y desarrollo del nacionalismo vasco*. Crítica. Barcelona. 2001. p. 406.

*criterios fijados por el endogrupo— que discrimina entre lo sagrado y lo profano, lo bueno y lo malo y lo justo y lo injusto*⁴⁰.

La dimensión etnolingüística del pueblo vasco va a convertirse en la bandera que se esgrimirá como símbolo de la resistencia revolucionaria. La lengua dejará de ser mero instrumento de comunicación para convertirse en el sagrado social de un Volkgeist anterior y superior a la voluntad de los individuos⁴¹.

Aunque durante bastante tiempo persistan dentro de dicho nacionalismo, e incluso dentro de ETA, corrientes que se inspirarán en un cristianismo revolucionario y liberador, en el que se va a valorar no sólo el potencial revolucionario del mesianismo cristiano y, dentro de él, el papel desarrollado por bastantes clérigos patriotas durante el franquismo, la tendencia dominante será el progresivo distanciamiento de toda legitimación religiosa, hasta explicitar posiciones ateas. En efecto, el nuevo nacionalismo revolucionario no sólo se declarará aconfesional, sino que verá en la Iglesia Vasca oficial un aliado más de los opresores del pueblo vasco, que colabora en la anestesia del potencial revolucionario del mismo. El mismo cristianismo será visto por algunos de sus teóricos más importantes como algo extraño y perversor del verdadero espíritu del pueblo vasco, cuya característica es el paganismo, la herejía y los akelarres⁴². Esta separación beligerante de la Iglesia institucional

⁴⁰ I. SÁEZ DE LA FUENTE, *op. cit.* (2002), pp 149-150.

⁴¹ «[el euskara]... es parte de la *contradicción fundamental* en la que se encuentra inmerso nuestro pueblo. El nacimiento de ETA supone un aldabonazo en la conciencia de la juventud vasca, lo que hace que desde amplios sectores se impulsen iniciativas ciudadanas de un claro contenido de resistencia cultural..., la izquierda nacionalista introduce la recuperación lingüística como parte sustancial de un proyecto liberador integral... El Euskara es apartidista lo que no significa que sea apolítico, porque la recuperación y subsistencia de la lengua ... siempre está íntimamente relacionada con un proyecto nacional constituyéndose, además, en factor básico y fundamental del mismo... *defender el euskara como derecho individual y no como patrimonio colectivo del pueblo vasco al cual asiste el derecho irrenunciable a recuperarlo, significa el anuncio de una muerte lenta de nuestro idioma... En este planteamiento subyace la intencionalidad de romper el cordón umbilical de nuestra lengua con la comunidad humana o Pueblo Vasco al que la une, un intento de desgajar a nuestro idioma de la historia y del proyecto de recuperación nacional en la que se inserta y una manera de vaciarlo de contenido.*» (ERKIZIA en *Simposium sobre la izquierda en ebullición*, 1994: 5-7, citada par I. DE LA FUENTE en *op. cit.*, (2002), p. 153.

⁴² Siguiendo a autores ya clásicos como Chaho, es el citado Krutwig quien de forma paradigmática reformulará el nuevo nacionalismo ateo. «La Iglesia católica se representa en Euskal Herria como una fuerza al servicio de la desnacionalización del pueblo vasco y se deberá contar a dicha institución entre los enemigos... entre las fuerzas que asesinan el alma nacional vasca... Cuando en la escuela no emplea la lengua nacional más que para la enseñanza de la religión, dicha escuela está al servicio de la desnacionalización... si bien la Iglesia predica el clero indígena para África, Asia, etc., lo olvida cuando se trata del País

la explicitarán los textos de JARRAI y de KAS, para quienes la juventud vasca se libera de la represión cristiana en su doble versión español-católica y euskadún-fededun⁴³.

Pero su «ateísmo militante» no es óbice, sino todo lo contrario, para que se logre el mayor grado de sacralización del sujeto nacional construido por el MLNV. El pueblo vasco, dibujado conforme al maniqueísmo más simple, con sus rasgos hierofánicos profanados por las fuerzas del mal, aparece ante el creyente nacionalista como el «lugar de la densidad ontológica suprema», en el que sólo cabe la actitud religiosa del misionero y del mártir. Morir y matar por él es el rasgo martirial de generosidad suprema que se puede concebir y que la liturgia nacionalista celebra como forma de afirmar un «nosotros» que teje la cadena que une a los vivos y a los muertos con la sangre y la tierra, con el ayer y con el mañana. Este imperativo de pertenencia que sólo la cobardía o el egoísmo pueden cuestionar, encuentra su confirmación en el ejemplo del líder carismático, que se encarna en la «Organización» y que, con su vocación mesiánica, intenta colonizar todos los ámbitos de la sociedad, para convertirlos en la «patria de la identidad». Quien no quiera ser huérfano deberá compartir fanáticamente los lazos de identidad y pertenencia que, de forma endogámica y maniquea, impone el ser patriota y nacionalista.

En este contexto de nacionalismo radical, una parte del clero y de la iglesia vasca⁴⁴ va a intentar legitimar el discurso revolucionario desde una pretendida «teología de la liberación» vasca, que se apropiará miméticamente de la situación de los pueblos oprimidos y de las culturas minorizadas de la tierra, para poder afirmar que Euskadi es un país nacional y socialmente oprimido y el MLNV es su Moisés particular. El pueblo vasco, víctima de la explotación, es el nuevo pobre de una «economía de la salvación» que, para conseguir emanciparse, debe pasar necesariamente por una lucha de liberación nacional. En esta lucha,

Vasco a donde envía un clero enemigo del pueblo» KRUTWIG, 1963, *Vasconia. Estudio dialéctico de una nacionalidad*. México, Ediciones Vascas pp. 66-67 y 77; «Aunque hoy día sea general la adhesión a la Iglesia romana, cualquier observador serio ve que el vasco tiene el paganismo a flor de piel. Los cátares y la Reforma lo prueban en parte, pero hay otras muchas herejías que han surgido en el País Vasco y en las que se propugnaba siempre un retorno al culto primitivo..., el árbol de Gemika reproduce en su forma exactamente a la «rosacruz esencial», símbolo de las doctrinas de la fraternidad masónica», F. KRUTWIG, *Ibid.*, pp. 81 y 85.

⁴³ Los datos estadísticos acerca de los miembros del MLNV nacidos en democracia reflejan un 50% de ateos y de casi la misma proporción de indiferentes y agnósticos. Véase I. SÁEZ DE LA FUENTE. *Op. cit.*, pp. 165 y ss.

⁴⁴ Sus grupos más conocidos son las Comunidades Cristianas Populares (CCP), la Coordinadora de Sacerdotes de Euskal Herria (CSEH) y la revista *Herria Eliza* 2000.

es legítimo usar la violencia, ya que es simplemente la respuesta a una red de violencias socioculturales, lingüísticas, políticas, etc. Incluso, ante la violencia mortífera de ETA, el clero que proclama esta economía de la salvación no es capaz de plantearse una «economía de la violencia»⁴⁵.

Una muestra de este quehacer teológico, que sigue legitimando al MLNV, es la tesis doctoral en teología de Félix Placer⁴⁶. Transcribo alguna de las impresiones que me produjo su «obligada» lectura. Una primera impresión a este respecto es la visión reduccionista que los colectivos estudiados tienen del contexto vasco. En efecto, desde las primeras páginas, el contexto que les sirve de horizonte hermenéutico es el de un pueblo explotado y oprimido por unos Estados dominadores (español y francés), que está en proceso de luchar por su doble liberación socioeconómica y nacional. Los rasgos con los que se define el contexto español y el vasco son casi exclusivamente los que extreman el conflicto, la represión, la agonía del pueblo, la lucha por el euzkera... Apenas se hace mención de la complejidad de una sociedad industrial, moderna, pluralista, que ha hecho una transición democrática... Por otra parte, la denuncia y la condena de esta situación de opresión socioeconómica y nacional se hacen desde una «nueva sociedad», superadora de la actual, a la que se invoca, pero que no aparece «representada» de forma plausible. Tanto el análisis de estos colectivos, como el del autor (que en las valoraciones críticas que hace se limita prácticamente a repetir el de aquellos), adolece de una perspectiva sociológica que tome en cuenta el complejo proceso de «construcción social de la

⁴⁵ La Coordinadora de Sacerdotes de Euskal Herria resalta que «... la muerte no agota el espectro de la violencia: hay otras violencias. Además, el hombre no mata porque sí: hay que buscar las causas, los motivos de tanta muerte. Violento y opresor es el sistema que establece la permanencia de las clases sociales como base de su propio desarrollo ... Mortalmente violento es el intento de borrar del mapa a pueblos bajo el lema del universalismo, la modernidad, la democracia ... Violencia es el uso indiscriminado de los medios de comunicación social, como recurso permanente de la tergiversación interesada ... Violencia es que los obispos reduzcan el problema de este Pueblo a un enfrentamiento entre buenos y malos ... Violencia es considerar víctimas del terrorismo a una parte sólo de los muertos en conflicto, cuando unos y otros son víctimas del sistema ... La violencia institucional es hoy más evidente que nunca, la negativa al reconocimiento del derecho de autodeterminación ... es un exponente de la farsa que se está representando en un sistema que se hace llamar democrático. No queremos justificar la violencia armada con otro tipo de violencia. No, queremos constatarla.» (CSEH en H 2000E, 1992, n.º 119-120, p. 34).

⁴⁶ La tesis ha sido publicada como libro en *Herria Eliza 2000*. Creer en Euskalherria. «La experiencia creyente de las Comunidades Cristianas populares y de la Coordinadora de Sacerdotes de Euskalherria 1975-1996». Bilbao. 1998. En las citas a las que me refiero, mantengo la paginación de la tesis.

realidad», que analice los procesos de estratificación y cambio social y que reflexione sobre los modelos de democracia.

Hay afirmaciones que sorprenden por su falta de rigor y por la trascendencia que tienen a la hora de interpretar el contexto. Se dice, por ejemplo, en varias ocasiones (pp. 173, 502) que «en Euskal Herria fue mayoritariamente rechazada (o no aceptada) la Constitución». Curiosamente, en nota a pie de página, se pormenorizan los resultados, que, para quien no confunde las abstenciones con los votos negativos, evidencien la falsedad de la afinación señalada. Obviamente, la CSEH, que dice estar en contra del Referéndum constitucional, por no existir condiciones objetivas para su realización, no sólo no acepta los resultados del mismo, sino que ve, en la misma Constitución, un elemento más de violencia estructural opresora, que explicaría (¿legitimaría?) la violencia defensiva y derivada de las «capas populares más oprimidas y marginadas» (ver pp. 511 ss., 553 ss.). El evidente alineamiento de los colectivos estudiados con el MLNV que el autor califica de «receptividad» (p. 551) está determinando su análisis de la realidad.

Otro ejemplo plástico de cómo su análisis de la realidad es «reduccionista» es la forma en que sitúan al MLNV como uno de los objetivos de la estrategia internacional de organismos como la OTAN. Curiosa, también, la adjudicación al protagonismo del MLNV del triunfo, en la CAPV, de la negativa en el referéndum sobre el ingreso en la OTAN.

No voy a entrar aquí a analizar pormenorizadamente el tratamiento que se hace de realidades que son nucleares en el horizonte hermenéutico de los colectivos estudiados, y del mismo autor de la tesis, como el ya mencionado concepto de «pueblo», el de cultura vasca, la vinculación de la lucha de clases y la liberación nacional, el derecho de autodeterminación de los pueblos, la violencia, etc. Junto a una evidente superficialidad en la forma en que se trata cada uno de estos temas, hay una no menos evidente carencia de análisis de significativos referentes bibliográficos, que han venido tratando todos estos temas, desde diversas perspectivas. La hiperideologización que guía el análisis impide una verdadera autocrítica, ayudada por un verdadero diálogo con interpretaciones diferentes de la realidad. Estas se citan, sin más, casi siempre en notas a pie de página, unas veces para justificar desde ellas las propias posiciones (es curioso cómo se utiliza el discurso de los Secretariados Sociales de las diócesis Vascas (SSD) que conozco un poco mejor) y, otras, para rechazarlas por «reformistas» y hechas «desde el poder» (pp. 354-355).

El hecho de que tanto las CCP como la CSEH sean colectivos minoritarios no les impide atribuirse un protagonismo en nombre del pue-

blo (que el mismo autor traduce como «tendencia redaccional a asumir la parte por el todo haciendo sujeto de estas aspiraciones, reivindicaciones, luchas y opciones a todo el pueblo» (p. 539) ni cuestionar el alcance de su «simbolismo liberador-utópico», que legitima su «radicalidad» hasta «no negar el camino violento como un mal menor integrable en el proceso cristiano de liberación». Esta declaración programática del colectivo CSEH merecerá una curiosa explicación semántica por parte del autor (p. 555).

Su invocación al pluralismo de interpretaciones y de opciones para legitimar las propias posiciones, apenas si tiene virtualidad en el sentido «crítico-dialéctico», que tantas voces aparece mencionado como su metodología de análisis. Aunque el autor reconoce que puede darse el riesgo, en su metodología, de crear interpretaciones dogmáticas y excluyentes y de justificar la violencia vanguardista, concluye afirmando, como lo hace en otros casos, que «no parece que su intencionalidad acepte dichos monopolios y vanguardismos». Con el mismo argumento se exculpa a los colectivos estudiados cuando son acusados por sus críticos de hacer una interpretación tercermundista, de caer en el fundamentalismo religioso-político o de alineamiento con el MLNV, porque, según el autor, dichos colectivos se mueven desde una radicalidad motivada por la utopía y por el criterio de «honradez con lo real», expresión que dice tomar de Jon Sobrino y que repite con frecuencia.

El radicalismo democrático y el tercermundismo son percibidos de forma diferente a la que acabo de describir por una mayoría del clero y de la comunidad eclesial vasca. La recepción del Concilio y su mensaje de transformación de la realidad eclesial y secular en clave moderna obliga a pensar en la democracia, en los derechos humanos, en la construcción de la realidad social desde el legítimo pluralismo, etc. Si el mensaje conciliar subrayaba la importancia de la subjetividad, la incuestionable dignidad del ser humano concreto para poder ser un sujeto adulto, libre y responsable y, por consiguiente, la necesidad de construir todos juntos un mundo desde la tolerancia y el respeto mutuos, parecería que estaban dadas las bases para la construcción democrática en el sentido moderno del término.

Sin embargo, como ha ocurrido con la recepción conciliar de otras cuestiones, el cambio de mentalidad fue mucho menor del que cabía esperar. En la cuestión que nos ocupa, se han seguido manteniendo posiciones como las ya descritas en el momento anterior. El radicalismo democrático que, entre nosotros, coincidió con la lucha contra el franquismo y con la transición democrática, no educó en el aprendizaje verdaderamente democrático. Una vez más, el quehacer «constructi-

vista», propio de las sociedades democráticas plurales y seculares, se verá desplazado por planteamientos de carácter «primordialista», en los que el jusnaturalismo seguirá reforzando un concepto sacralizado y ahistórico de la nación vasca.

La mayoría del clero vasco y una buena parte de la comunidad eclesial seguirá manteniendo una profunda sintonía con el nacionalismo hegemónico, liderado por el PNV y EA, al que se seguirá viendo como algo más que un mero proyecto político. El imaginario jusnaturalista y, por tanto, religioso, facilitará asumir el nacionalismo como la forma natural de afirmar los derechos nacionales de la comunidad nacional vasca. Quienes no comulguen con el imaginario nacionalista y quienes defiendan proyectos políticos diferentes serán tolerados y respetados en sus opciones, pero seguirán careciendo del plus de legitimación que supone defender los derechos naturales del pueblo vasco, entre ellos, el «derecho de autodeterminación». En el «conflicto» que se suscita ante la no aceptación de dichos derechos por el ordenamiento jurídico vigente (Constitución y Estatuto), seguirá pesando la presunción de que los «derechos naturales del pueblo vasco» son prioritarios... El ejemplo aducido del exvicario territorial introduciendo una enmienda en el Plan de Evangelización diocesano a favor del derecho de autodeterminación es uno, entre otros muchos, de lo que comentamos⁴⁷.

3. *La «Opción Pueblo» y la euskaldunización de la sociedad vasca. La formación de los seminaristas y de los agentes de pastoral*

Finalmente, en las últimas décadas, una nueva forma de manifestarse la connivencia con el nacionalismo de buena parte del clero y de la comunidad eclesial ha sido la que se ha afirmado bajo la fórmula de la «opción pueblo» u «opción país», que ya se plantea en los años sesenta y setenta. La legítima exigencia de inculturación del Evangelio y la necesaria presencia de la Iglesia en la evangelización de la sociedad

⁴⁷ Véanse, por ejemplo, los Materiales para la Cuaresma de 1999, que, en mi opinión, asumían el modelo propuesto por *Elkarri*. Se publican por los servicios centrales de la Curia de la diócesis de Vizcaya con el título «Desarmar la Palabra». Véase D. VELASCO «¿Cuaresma al servicio del nacionalismo?». *El Correo*, 17/III/1999. También sería de interés analizar los materiales de trabajo de la Comisión diocesana Paz y Reconciliación de la que formé parte en sus inicios. La defensa del derecho de autodeterminación se daba por supuesta. Aunque no creo oportuno traer a colación, ahora, mi experiencia personal (como responsable de estudios en el Seminario Diocesano —bienio filosófico— y como director del Secretariado Social Diocesano bajo la responsabilidad de Mons. Setién), creo que hay numerosos hechos que confirman lo dicho.

vasca se han traducido, en no pocas ocasiones, desde un ilegítimo inmediatismo que ha confundido inculturación con el proyecto nacionalizador que el nacionalismo ha venido aplicando en la sociedad vasca. La euskaldunización de la sociedad se ha visto, en no pocos casos, como una prioridad a la que se han hipotecado otros intereses eclesiales y sociales de gran relevancia.

No creo exagerar si afirmo que la «opción pueblo», así entendida, ha absorbido buena parte de las energías de la Iglesia, especialmente en el ámbito de la educación. Yo mismo he sido testigo, durante algunos años, de lo que tal opción ha supuesto en la formación de los seminaristas diocesanos. Lo «políticamente correcto» hacía incómodo el manifestar sensibilidades o juicios críticos con la forma concreta de aplicar la «opción pueblo». La pregunta molesta de un seminarista, receloso del proceso de «formación en el espíritu nacional»: *¿es que no se puede ser socialista y estar en el seminario?*, que yo mismo pude oír en la mesa del comedor, creaba una situación embarazosa para algunos formadores que seguían viendo, en la «opción pueblo», la forma indiscutible de preparar a los candidatos al sacerdocio en un país como el vasco.

Una instrumentalización de los ambientes e instituciones eclesiásticas, desde los medios de comunicación a la liturgia, ha sido, con frecuencia, fruto de una confusión entre nacionalización e inculturación del Evangelio cristiano. Priorizar, por ejemplo, el uso del euskera por encima de la razonable participación de los fieles en la liturgia no ha sido algo ni casual ni puntual. El celebrante que, al final de una eucaristía celebrada exclusivamente en euskera, da «los avisos» en castellano, para que la gente los entienda, es la expresión más esperpéntica, aunque afortunadamente no la común, de lo que para algunos significa inculturar el Evangelio. Creo que la mentalidad mayoritaria en este sentido vendría reflejada en un texto de otro vicario de pastoral que, en la presentación del libro de K. EGGER, *Iglesia y minorías étnicas*, dice así: *«Cuando todas las fuerzas sociales y políticas han logrado un notable consenso en lo tocante a la recuperación y normalización del euskera —la ley correspondiente es la única que ha sido aprobada hasta la fecha por total unanimidad de los parlamentarios presentes, aunque su aplicación resulte a veces problemática—, la comunidad cristiana ha de actuar de modo consecuente y descubrir su tarea netamente evangélica de buscar y dignificar lo minorizado. Da la impresión de que la Iglesia, que a través de la liturgia, la predicación y la catequesis ha sabido rayar a gran altura en este campo, se ha dormido últimamente en los laureles. Las comunidades en las que algunos no saben euskera, otros se expresan casi exclusivamente en dicha lengua y a veces todos requieren*

*servicios monolingües, constituyen una llamada al diálogo, al consenso y también a la búsqueda de reconciliación, dado que no son pocos los que han sufrido y sufren discriminación en uno u otro sentido*⁴⁸. Esta Iglesia que «se ha dormido en los laureles» es la misma que viene siendo señalada con el dedo por su connivencia con el proceso de inculturación antes señalado, que ha tenido, en la aplicación de la política lingüística nacionalista, uno de sus ejes más importantes... Ni el libro que este vicario presenta ni el mensaje que, en él, se quiere transmitir recogen, en mi opinión, la forma de ver las cosas de quienes no son nacionalistas... No creo que es ninguna casualidad que los textos que cierran el capítulo en el que se describe la situación del País Vasco sean, en primer lugar, un texto de Mons. Setién, de 1988, en el que se dice que la normalización del País Vasco pasa por el reconocimiento del derecho de autodeterminación, como forma de responder al «conflicto vasco» y, en segundo lugar, el «Escrito de los 339 sacerdotes vascos de 1968»⁴⁹, escrito, obviamente, en tiempos de la dictadura.

Como un ejemplo significativo de lo que ha supuesto la «opción pueblo» en la configuración de la mentalidad nacionalista de una buena parte del clero⁵⁰ y de una gran parte de la juventud educada en ámbitos eclesiales vascos, quiero resaltar el del *escultismo cristiano vasco (MSC)*⁵¹.

Cuando, al cumplir el cuarto de siglo de tarea educativa, la revista del movimiento *Euskalerriko-Eskautak*, dedicaba uno de sus informes al «escultismo y construcción de Euskalerrria»⁵², y preguntaba a algunos de sus responsables «¿qué es lo más importante que, según su opinión, ha aportado el escultismo durante el tiempo que ha sido delegado o consiliario?», recogía opiniones que juzgo de gran interés para el tema que nos ocupa.

En primer lugar, es patente la preocupación de sus primeros dirigentes por crear «un movimiento realmente autóctono. Organizado en un comienzo en la Supradiocesana Vasca, desembocó en lo que hoy

⁴⁸ A.M. Unzueta. Presentación de la versión castellana de la obra de Kur EGGER, *Iglesia y minorías étnicas*. IDTP/Desclée de Brouwer. Bilbao. 1998, p. 8.

⁴⁹ *Ibid.* p. 156.

⁵⁰ Como dice uno de sus consiliarios vicarios, refiriéndose a los años finales de los sesenta: «También comenzó a introducirse más a fondo el escultismo en el Seminario. Tuvimos un C.E.I. en Sarriá para seminaristas teólogos de Bizkaia y Araba. En él conocieron el escultismo unos cuantos que después serían sus consiliarios» Aurelio CASTRO (1965-1970). *Euskalerriko Eskautak*, n.º 19. 1979.

⁵¹ Por el escultismo pasan buena parte de los seminaristas y de los futuros cuadros laicos de las diócesis vascas.

⁵² *Ibid.*, n.º 19. 1979.

es *Euskalerriko Eskautak*, que funciona federado con las organizaciones Scout Diocesanas del resto del Estado español, sin dependencia de una dirección de Madrid»... con «un fuerte sentido del País: en la nomenclatura, las costumbres, el estilo, el uso del euskera, el descubrimiento del país, etc.»⁵³. La creación de un imaginario geopolítico, en el que Euskalherria, tal como la concibe el imaginario nacionalista, es el sujeto con el que ha de identificarse quien quiera ser un miembro de *Euskalerriko Eskautak*, aparece en los escritos y en las reuniones en los que se pretende educar a los jóvenes vascos. No creo que sea casualidad el que lugares como Estella (se habla de Lizarra) sean escogidos como sede de asambleas celebradas en momentos especialmente importantes para la cuestión que nos ocupa. Tampoco creo que se haya escogido al albur la presencia de Félix Placer en la asamblea general de Navarra (Estella-1977), con una ponencia que resume discretamente sus conocidas tesis sobre la construcción nacional de Euskalherria⁵⁴.

Obviamente, se trata de una Euskalherria que hay que «construir» o «reconstruir», ya que «la mejor realidad de cara a la construcción de Euskalherria está en esa presencia permanente y continuada de los responsables que, durante la dictadura, supieron hacer realidad un movimiento educador y liberador y que, ahora, continúan con una opción clara de su compromiso cívico, más urgente y necesario que nunca y más liberador que el de cualquier partido político»⁵⁵. Una presencia que, para el delegado de Guipúzcoa se resumía así: «En mi tiempo de delegado esta inmensa energía e insatisfacción la convertimos en sentimiento abertzale. Esto fue lo más importante que aportamos». Aunque, el mismo delegado, al preguntarse si tuvo alguna importancia la Asamblea extraordinaria que celebraron en Tolosa, dos años antes (mayo-1977), y en la que «se acordó participar activamente en las comisiones pro-bilingüismo, obligar a todos los grupos a implantar la lengua y la cultura vascas y se abrió la posibilidad de existencia de grupos de scouts abertzales»..., se lamentaba diciendo: «La hubiera tenido si, ahora, dos años después, la situación hubiera cambiado de una forma sustancial, si de alguna manera hubiéramos hecho una revolución nacionalista, si todo aquello hubiera llevado a opciones concretas»⁵⁶.

⁵³ Txomin Bereciartúa Aramburu. (Consiliario de Bizkaia entre 1958 y octubre de 1975-76). *Ibid.*

⁵⁴ *Ibid.*, diciembre 1977.

⁵⁵ Joseba Atxa (Consiliario de Bizkaia: 1976-1977) *ibid.*

⁵⁶ Carlos Lázaro Partiera (1976-1977). *Ibid.*

El euskera, su aprendizaje y su introducción en las actividades del movimiento es uno de los objetivos más relevantes de la opción país. Cuando se reúnen en Lizarrna, en el Eskherria 79, los representantes de «Nafarroa, Araba, y Bizkaia» para reflexionar sobre la cuestión central, «la Opción País», el representante navarro se excusa por no poder dirigirse a la asamblea en euskera, del que ha utilizado unas meras palabras de saludo, y dice así: «»Quiero que veáis en estas palabras —tal y como las he dicho; no sé si habrá sonado muy bien— un símbolo, un significado de lo que tiene que ser un compromiso entre todos los grupos, que podamos potenciar algo, tan vital para nuestro pueblo, como es la lengua»⁵⁷. El representante por Bizkaia plantea como «quehacer fundamental de la opción país, el aprendizaje del euskera en sus diferentes concreciones»⁵⁸. En un documento en torno a la opción país, que suscriben cinco firmas⁵⁹, después de revalorizar el euskera como elemento de comunicación con un pueblo que se autodenomina «euskaldunak» y de optar por «introducir en un grupo educativo lo que este planteamiento de la conciencia como vascos y, en concreto, la lengua, porque son la única forma de hacer una opción clara, consciente y a corto plazo», se concluye afirmando que: «el futuro del euskera no podemos hacerlo descansar en planteamientos escolares, ya que la primera condición y la más fundamental para que los chavales acepten el euskera es que el ambiente en que viven sea euskaldún».

Un ejemplo plástico del alcance que se quiere dar a la opción país lo plantea el representante de Pamplona, Enrique, quien resume la cuestión en el problema Navarra-Euskadi. Después de lamentarse de que el clima social navarro no es favorable a la forma en que se está planteando la opción país, da un dato sorprendente: dos años antes, una encuesta decía que el 90% de los responsables scouts eran partidarios de la incorporación de Navarra a Euskadi... Como conclusión, se plantea la pregunta: «¿por qué estamos en Euskalerriko Eskautak»?... Fundamentalmente es porque hay gente que asume la línea de opción educación, opción fe... y un sector de grupos importantes, porque está intentando vivir esta opción país»⁶⁰.

El caso del representante de la Ribera, Muerza, es más dramático. Tras hacer una declaración rotunda: «Vemos que la proyección de futuro

⁵⁷ Fernando Armendáriz. *Ibid.*, n.º 20. 1979.

⁵⁸ Iñaki Múgica. *Ibid.*

⁵⁹ Javier Oñate, Roberto Flores, Julio Viana, Juan Sánchez y Bego Rodríguez. *Ibid.*, n.ºs 20-21. 1979.

⁶⁰ *Ibid.*, n.º 20.

va en esta línea de que el País Vasco son las cuatro provincias y no las tres provincias vascongadas, y queremos estar juntos», hace una descripción del ambiente que le rodea, calificándolo de «desolador», de «muy negro», incluso «antivasco»⁶¹.

La forma en que se abordan las cuestiones básicas del proyecto político nacionalista, como son la mencionada cuestión de vincular Navarra a Euskadi, los derechos históricos del pueblo vasco, el derecho de autodeterminación, la lengua y la cultura, etc., es netamente nacionalista. El documento, suscrito por cinco representantes, deja clara la cuestión, especialmente, porque «prescinde» de describirla, ya que se da por conocida. Se refiere obviamente a los vascos «autóctonos», de quienes el documento dice que «poseen, por lo general, una conciencia personal y colectiva de ser vascos» y que se diferencian de los «emigrantes» («se «prescinde», según se dice, por ignorancia, de lo que la opción de país pueda suponer para un emigrado»).

El derecho de autodeterminación ha sido uno de los temas que se ha dado por supuesto cuando se ha hablado de opción país. Su legitimación y su defensa se han hecho desde el paradigma de jusnaturalismo premoderno, al que nos hemos venido refiriendo y que, como he intentado mostrar, es incompatible con la defensa de la democracia moderna. No nos debe extrañar, pues, que siga siendo un objetivo prioritario e irrenunciable para quienes se han socializado en dicho paradigma y no lo han sometido todavía a una razonable autocrítica y que, por tanto, siga siendo un serio obstáculo para la socialización de las generaciones jóvenes en una mentalidad pluralista y democrática.. Espero que un estudio más detenido de la historia de movimientos eclesiales, como el del escultismo, sirva para avanzar en esta asignatura pendiente.

Si lo aquí descrito se ajusta a la realidad y la presencia del jusnaturalismo mencionado ha sido tan grande, es imprescindible que la Iglesia vasca haga, en lo que a la cuestión se refiere, un proceso de autocrítica que le permita descubrir, en primer lugar, el alcance de lo que significa la «construcción social de la realidad» y, en segundo lugar, que se atreva a sacar las consecuencias que se derivan del pluralismo y de la secularidad de la sociedad para su presencia pública en la misma. Sólo así, podrá ser fiel a su misión de coadyuvar en la creación de una sociedad más justa y pacífica.

Pero, si este necesario cambio de residencia mental es urgente, creo que es imprescindible, para hacerlo viable, cuestionar la configuración

⁶¹ *Ibid.*

institucional que, a lo largo de mucho tiempo, ha ido tomando la Iglesia Vasca, especialmente, a través de sus instituciones de carácter más específicamente cultural. Recientemente, Bilbao ha sido testigo de un acontecimiento religioso-cultural de primera magnitud. Un Cardenal prefecto del Vaticano, para las cuestiones de Fe y Cultura, Mons. Poupard, ha sido el invitado estrella para la celebración del XXV aniversario del Instituto Labayru, que la televisión situó en el escenario «mundial» del Palacio de Euskalduna. En ningún momento he visto que nadie se haya sorprendido del boato eclesiástico-político que acompañó a dicha efemérides. Supongo que, para el objetivo arriba planteado, sería interesante analizar el papel que instituciones como dicho Instituto Labayru, como Pax Romana o Unescoetxea (en conexión con sus homólogos catalanes), en manos del mismo círculo de influencia que controla otras muchas instituciones diocesanas, han venido desempeñando en el proceso de nacionalización de la sociedad vasca. Estoy persuadido de que, para una sensibilidad no nacionalista, muchos de los esfuerzos realizados en dichas instituciones, están lejos de las prioridades que una adecuada inculturación del Evangelio de Jesús exige.

Mientras nuestra sociedad siga amenazada por la deriva totalitaria de un nacionalismo etnicista y excluyente, que se traduce en la imposibilidad para quienes no son nacionalistas de ejercer en libertad e igualdad sus derechos políticos o, lo que es mucho peor, de ver garantizados sus derechos más elementales, como el derecho a la vida, no existe prioridad más urgente e importante para la Iglesia que la denuncia profética de dicho nacionalismo. Mientras nuestra sociedad siga amenazada por una cosmovisión sacralizada que deslegitima la construcción de la sociedad democrática, porque no se ajusta al proyecto de «comunidad nacional imaginada» por el nacionalismo, la prioridad de la Iglesia está en cuestionar la legitimidad de aquellas ideas, proyectos y actitudes que obstaculizan el ejercicio de la ciudadanía en condiciones de igualdad y de libertad y que deslegitiman a la democracia y a sus instituciones. Mientras el paradigma del jusnaturalismo premoderno siga impidiendo la construcción de una mentalidad secular y pluralista, imprescindible para la convivencia democrática en las sociedades pluralistas, la prioridad para la Iglesia pasa por renunciar, primero ella misma, a dicho paradigma y por educarse y educar en el respeto a las instituciones democráticas y a su necesaria legitimación, comenzando por no deslegitimar las medidas jurídicas y políticas democráticamente legítimas.

Demetrio Velasco
Julio 2002

ENTRE SEGURIDAD JURIDICA Y JUSTICIA: LOS CONCEPTOS DE CONTENIDO VARIABLE

Cristina Wójcik Radkowska
Profesora de la Universidad de Deusto

I

Los jueces, en su práctica de aplicación del derecho otorgan, sobre todo, prioridad al valor de la seguridad jurídica; lo sitúan muchas veces por encima de las posiciones morales y políticas. En las sociedades cuyo orden social está guiado por ese valor de la seguridad jurídica, donde se supone que cada miembro de la sociedad conoce sus derechos y obligaciones y donde hay mecanismos para eliminar la indeterminación o la ambigüedad de las leyes, podemos apreciar la manifestación de valores, los cuales son identificables, para muchos juristas, con el entendimiento generalizado de la justicia, es decir, la previsibilidad, la imparcialidad, la igualdad ante la ley, la ausencia de las actuaciones arbitrarias por parte de los jueces y de los órganos administrativos.

Es evidente que para asegurar la realización del valor de la legalidad, tiene determinada importancia la formulación de los textos legales. Porque garantizamos en mayor medida la seguridad jurídica cuando un juez tiene que, de modo casi automático, aplicar la regla general al caso particular. Si la formulación legal es precisa sin expresiones abiertas, vagas, valorativas, la función del juez se limita a transmitir la solución legal, según las características del caso particular, desde la regla general establecida por el legislador a la situación que exige la decisión judicial. En el caso extremo para garantizar la seguridad jurídica de modo perfecto, debiéramos eliminar al juez y sustituirlo por un ordenador que cumpliera la función de administración de la justicia.

Pero como es bien obvio, las leyes se formulan en lenguaje natural que se caracteriza, entre otras cosas, por su estructura abierta, las expresiones vagas, ambíguas, valorativas y poco precisas. Y por esta razón, para eliminar muchos conceptos indeterminados, vagos, por ejemplo, de carácter cualitativo, el legislador procura introducir en los

textos legislativos las palabras más precisas, como pueden ser las formulaciones cuantitativas. Es decir, utiliza las expresiones objetivas que pueden eliminar la posibilidad de la estimación subjetiva por parte de un juez. Así están redactadas distintas reglas en la materia civil, penal, fiscal, etc. Pero no siempre esa técnica legislativa conduce a buenos resultados.

Podemos aquí citar el conocido caso en el que el Parlamento Inglés preocupado por el desorden de la revolución francesa de 1789, estableció reglas muy estrictas de derecho penal imponiendo la obligación de condenar a la pena capital a todas las personas responsables de robo (*grand larceny*). Se calificaba como tal cualquier robo que sobrepasaba 39 shilings. Con el transcurso del tiempo, en el siglo XIX, los jurados renunciaban a condenar a la muerte bajo esta regulación legal y por eso estimaban, en todos los casos, el valor de las cosas robadas a 39 shilings. La ficción era tan evidente que, en 1808, el robo de 10 libras esterlinas fue valorado a 39 shilings¹. Poco después, la ley fue cambiada.

En la situación indicada, frente a una ficción establecida en un sistema jurídico, nos encontramos con la revuelta de los jueces (jurados) contra una regla estimada como inadecuada al caso actual. En la regulación de carácter cuantitativo, sin posibilidad de estimación adaptativa a las características de la situación particular, los jurados directamente utilizaron una ficción, una falsa calificación de los hechos, para no tener que aplicar las consecuencias legales por ellos reconocidas como inaceptables o injustas. Los jueces en el sistema continental, en casos similares, pueden dar la solución adecuada discutiendo, por ejemplo, el problema de la laguna legal o de la antinomia, alegando que el legislador no previó el caso de ese tipo o que se produce una colisión con otra regla legal. Todas estas técnicas legales de la aplicación del derecho, tienen por objetivo superar la seguridad jurídica relacionada con la estricta aplicación de una regla legal que no admite ninguna libertad de decisión alegando otros valores legales como la justicia, la equidad, el interés general etc.

El legislador, teniendo en cuenta la variedad indefinida de las circunstancias que no es capaz de prever ni de regular y a la vez sabiendo que las reglas demasiado rígidas no pueden adaptarse a la realidad cambiante, introduce, con toda claridad, en los textos legales los conceptos de contenido variable, indeterminado como, por ejemplo, la equidad, la buena fe, el orden público, las buenas costumbres, los prin-

¹ G. GOTTLIEB, *The Logic of Choice*. London 1968, p. 44.

cipios de coexistencia social². El objetivo es dejar al juez evaluar cada caso según las circunstancias correspondientes y adaptar las consecuencias legales a las características del caso concreto. En efecto, cuando un sistema legal contiene mayor número de expresiones vagas o indeterminadas aumenta la discrecionalidad decisional de los jueces en el proceso de la aplicación del derecho. Por ejemplo, se indica que el Tratado de la Comunidad Europea, contiene una enorme acumulación de este tipo de expresiones y por eso aporta un poder casi desorbitado a la Corte de Justicia de la Comunidad Europea³.

Para el análisis de los conceptos de contenido variable utilizo las herramientas conceptuales y metodológicas elaboradas por la Filosofía Analítica del Derecho. En particular hago referencia a las aportaciones de la escuela polaca de corte analítico⁴ inspirada en sus fundamentos por la filosofía analítica anglosajona⁵. Esa corriente filosófica investigó los distintos aspectos del derecho en referencia a su dimensión lingüística. La escuela polaca, en esta línea, intentó aportar mayor precisión a diversos conceptos jurídicos analizando los contextos: lingüístico, sistémico y funcional de su creación, utilización y funcionamiento.

II

En varios textos encontramos distintas expresiones que, de manera general, llamamos los conceptos de contenido variable. Se les denomina: los conceptos confusos, flojos, equívocos, ambíguos, indefinidos o incluso indefinibles, imprecisos, indeterminados, los standards, los que necesitan la referencia a los valores o los que dejan a la

² El principio de «coexistencia social» fue introducido en el derecho comunista por la Constitución de la antigua URSS en 1936. Funcionó como la cláusula general en los sistemas legales de distintos países del bloque comunista, sobre todo en el sistema legal polaco. Acerca de este tema: K. WÓJCIK, *Las cláusulas generales: concepción y funciones*. *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 27, 1990.

³ H. BAUER-BERNET, *Notions indéterminées et droit communautaire*, en Ch. PERELMAN: R. VANDER ELST, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, 1984. pp. 269-295; también: *Les standards dans le divers systèmes juridique*. *Revue de la Recherche Juridique Droit Prospectif*, n.º 3, 1988.

⁴ Sobre la escuela analítica polaca del derecho: J. WOLENSKI, *Filozoficzna szkoła lwowsko-warszawska*. (La escuela filosófica de Lvov y Varsovia), Warszawa, 1985.

⁵ Por ejemplo J.R. PÁRAMO ARGÜELLES, *H.L.A. Hart y la teoría analítica del Derecho*. Madrid 1994; M. CALVO GARCÍA, *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*. Madrid 1994, pp. 144-167; M.D.A. FREEMAN, *Jurisprudence*, London 1994, pp. 339-390.

apreciación de un administrador o un juez los criterios de la solución de un caso⁶. Esos conceptos aparecen en varios campos de la regulación jurídica, tanto en el derecho civil, penal, administrativo, como derecho internacional privado y público, derecho canónico etc.

Entre las expresiones de carácter variable se indica, sobre todo, el concepto tradicional de cláusula general como la equidad, la buena fe, las buenas costumbres, el orden público. A su lado podemos encontrar aquellos cuyos contenidos tienen carácter cambiante en la praxis jurídica, por ejemplo, la división de poderes, *due process of law*, las exigencias de la defensa nacional, también el general concepto de *reasonable* o la proporcionalidad etc. La presentación solamente ejemplar de estos términos nos permite ver que los distintos autores entienden esos conceptos de modos muy diferentes⁷.

Para poder hablar de conceptos tan dispares, hay que introducir algunos principios de orden. La ordenación de estos conceptos exige la distinción entre la expresión lingüística (locución) y su significado relativizado al lenguaje determinado. Por lo general, en los análisis, hacemos referencia al lenguaje jurídico y al lenguaje jurisprudencial (de praxis jurídica). Todos los autores que discuten los problemas de los conceptos de contenido variable, asumen, aunque implícitamente, que el significado de estas expresiones depende del contexto de su utilización, es decir, de proceso de la interpretación jurídica. Esos contextos son, evidentemente, lingüístico, sistémico, funcional- relacionado sobre todo con los cambios del sentido en el transcurso del tiempo; y, lo más importante, la relación de estos contextos con el problema de los valores.

La influencia de distintos contextos sobre los significados provoca que es difícil definir con claridad los conceptos de contenido variable y que incluso se reconoce la general imposibilidad de definirlos⁸. La variabilidad de los conceptos se relaciona con la variabilidad de los significados; el hecho bien evidente en los análisis de distintas decisiones jurídicas⁹, y

⁶ La presentación más completa sobre este tema: Ch. PERELMAN y R. VANDER ELST, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, 1984; sobre la denominación de estos conceptos: Ch. PERELMAN, *Les notions à contenu variable en droit. Essai de synthèse*. En *op. cit.: Les notions à contenu variable...* p. 365.

⁷ Los ejemplos de conceptos de contenido variable los encontramos en distintos artículos reunidos en la citada publicación: *Les Notions à contenu variable...*

⁸ J.J.A. SALMON, *Les notions à contenu variable en droit international public*. En *op. cit.: Les notions à contenu variable...* p. 265.

⁹ Por ejemplo T. GIZBERT-STUDNICKI, *Wieloznaczność leksykalna w interpretacji prawniczej* (Polisemia lexical en la interpretación jurídica), Krakow, 1978, y también: V. ITURRALDE, *Lenguaje legal y sistema jurídico*. Madrid 1989.

también indicado en distintos escritos sobre el lenguaje jurídico y el razonamiento jurídico¹⁰.

Como el análisis semántico no nos aporta claros criterios para definir los conceptos de contenido variable, tenemos que reconsiderar sus funciones. La teoría jurídica y también, aunque parcialmente, la regulación jurídica (por ejemplo, el derecho suizo¹¹) pone de manifiesto la diferenciación entre dos funciones básicas: por un lado, el legislador transmite al juez la competencia para fijar la decisión jurídica y, por otro, aparece la necesidad práctica para completar el contenido de la regulación jurídica. La doctrina describe bien y distingue estas dos funciones, aunque en la práctica jurídica de un juez, en el caso de la utilización de las expresiones de contenido variable, esa diferenciación no siempre queda bien clara.

Desde el punto de vista del legislador racional, aquel que de modo intencional y consciente toma la decisión de regular determinadas relaciones sociales, las nociones de contenido variable pueden describirse como «la situación intencional de la discrecionalidad»¹².

El legislador sabe que es imposible regular estrictamente ciertas relaciones sociales que cambian constantemente y, por tanto, decide utilizar estos términos como un instrumento normativo específico que en el proceso interpretativo dará paso a la adecuación de las normas interpretadas a su contexto funcional. En la práctica esto supone amplia introducción, sobre todo, de las expresiones valorativas en los textos jurídicos. Estas expresiones exigen en el proceso interpretativo la reconsideración de distintos tipos de reglas y valores que forman parte del contexto funcional de «vida». Por consiguiente el significado de una disposición jurídica concreta puede variar según dicho contexto y ajustarse a las particularidades del caso.

El legislador al introducir determinadas expresiones en el texto legal actúa, *inter alia*, según los rasgos característicos de las esferas de relaciones sociales que intente regular. Algunos modos de coexistencia social requieren una regulación elástica que sólo especifique un marco

¹⁰ Por ejemplo R. ALEXY, *Teorie der juristischer Argumentation*. Frankfurt am Main, 1978, parte C; también : A. AARNIO, R. ALEXY, A. PECZENIK, *The Foundation of Legal Reasoning*, *Rechtstheorie*, n.º 12, 1981.

¹¹ J. Fr. PERRIN, *Comment le juge suisse détermine -t-il les notions juridiques à contenu variable*. . En *op. cit.*: *Les notions à contenu variable*...

¹² J. WROBLEWSKI, *Teoria racjonalnego tworzenia prawa* (Teoría de la legislación racional), Warszawa, 1985, pp. 211-220; y de este autor: *A Model of Rational Law-Making*, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, n.º LXV 1979, pp. 187 y ss.; K. WOJCIK, *Problems of Introducing Evaluations in the Law-Making Process*, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, n.º 52, 1993, pp. 47-54.

general para la intervención del Estado, como por ejemplo, en las relaciones económicas o familiares. También en este sentido tienen su importancia las características técnicas del derecho vigente, entendidas como «las formas o los modos» de la formulación jurídica. Hay que tener en cuenta si determinada realidad social está regulada de modo abierto, general o estricto y detallado es decir, de modo casuístico. Por eso, en la regulación del derecho penal que, no solamente, prohíbe la analogía sino que también es en este sentido casuístico, las expresiones indeterminadas son menos utilizadas¹³.

Es evidente que el legislador introduce las nociones del contenido variable en la regulación jurídica con el objetivo de crear explícitamente un ámbito de discreción o margen de maniobra en la tarea del órgano de aplicación del derecho y que por esta vía hace el proceso judicial más «elástico», permitiendo su individualización. Este modo de formulación de los textos legales significa la «apertura» del sistema jurídico a los criterios extra-legales, sobre todo, a las normas y valores sociales. Esta técnica legislativa puede provocar, hasta cierto punto, la renuncia a la superioridad de los valores intra-sistémicos. Pero la introducción de los términos abiertos a la valoración extra-sistémica nunca puede conducir a una ruptura con el «marco formal» —los rasgos formales de los sistemas jurídicos (continentales)—, ni con el «marco axiológico» —el trasfondo axiológico de todo sistema jurídico—.

La especificidad de los conceptos del contenido variable se pone de evidencia especialmente en el proceso de la aplicación del derecho (proceso decisorial). La particularidad de su funcionamiento en este campo hace referencia a dos aspectos: el carácter referencial de estos términos y la creación de discreción decisoria.

El carácter referencial se manifiesta como la necesidad de que para formular una norma (una pauta del comportamiento debido) es necesario referirse a ciertos criterios extra-sistémicos, a ciertas reglas o valores que no se encuentran en el sistema legal, como por ejemplo, valores o reglas morales. En base a esa definición aceptamos la concepción del sistema jurídico en sentido restringido, es decir, compuesto solamente por las reglas promulgadas (*enacted rules*) y sus consecuencias aceptadas¹⁴.

¹³ Por ejemplo: W. NAUCKE, *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung in Strafrecht*. Tübingen, 1975; J. VERHAGEN, *Notions floues en droit penal*. En *op. cit.*: *Les notions à contenu variable...* pp. 21-28.

¹⁴ J. WRÓBLEWSKI, *Decyzja sądowa a koncepcja systemu prawa* (Decisión judicial y concepción del sistema jurídico). *Acta Universitatis Lodzianensis, Folia Iuridica*, n.º 28, 1978, pp. 7-10.

Dicha referencia puede adoptar dos formas: «referencia directa», cuando una disposición jurídica contiene una referencia explícita a las reglas extra-sistémicas particulares y «referencia indirecta», cuando el significado de una expresión lingüística depende del significado de un criterio extra-sistémico particular¹⁵. Esa distinción, aunque teóricamente clara, en la práctica puede provocar muchas dificultades.

Los criterios a los que se refieren los conceptos del contenido variable son de distinto tipo. Pueden ser políticos, económicos y, sobre todo, morales —el grupo más amplio—. Las propiedades de los evocados criterios extra-sistémicos permiten especificar la característica de una referencia creada por un determinado concepto variable. Para ilustrar las dificultades relacionadas con el funcionamiento de las comentadas referencias podemos presentar la relación a los valores y reglas morales.

Los análisis de la ética contemporánea resaltan que la reconstrucción del sistema moral social, entendido como un conjunto de reglas comunes para una sociedad o cultura dadas, es imposible en la macrosociedad, debido a su pluralismo moral. La estructuración de un sistema ético general para una sociedad moderna es muy difícil por la diferenciación de las reglas morales de variados grupos sociales que la constituyen. Aparece aquí un abanico de posibilidades, desde sistemas estrictamente institucionalizados, por ejemplo, de reducidos grupos sociales, hasta la moralidad autónoma y personal. Incluso las reglas comunes de distintos sistemas morales pueden ser interpretadas de modo distinto. Por esa razón, en el caso de la referencia a la moralidad general, podemos solamente hablar sobre la «construcción» de ciertos fragmentos de los sistemas morales que realicen determinados ideales éticos, sociales y/o políticos¹⁶. Así, en las referencias a los criterios morales hay que distinguir entre aquellos que se relacionan con los sistemas de grupos sociales concretos (más fáciles para la reconstrucción) y aquellos que hacen referencia al sistema moral general de la sociedad determinada.

Los juristas, en el proceso interpretativo, asumen el carácter sistémico de los valores del propio sistema jurídico y también el carácter

¹⁵ J. WROBLEWSKI, *Uzasadnienie systemow etycznych a etyka niezalezna* (Justificación de los sistemas éticos y ética autónoma). *Studia Filozoficzne*, n.º 5, 1974, p. 89.; también en general: R.B. BRANDT, *Teoría ética*, Madrid 1982; W.D. HUDSON-*La filosofía moral contemporánea*. Madrid 1970.

¹⁶ Este tema fue tratado en la literatura polaca. Por ejemplo M. ZIRK-SADOWSKI, *Postulat etyki bezkodeksowej a stosunek prawa do moralnosci* (El postulado de la ética normativa y la relación entre el derecho y la moral). *Acta Universitatis Lodziensis Folia Iuridica*, n.º 25, 1979.

sistémico de los valores referenciales extra-legales. En este segundo caso, eso significa «reconstruir» una parte, un fragmento de un sistema valorativo (moral u otro) necesario para decidir un caso determinado; sobre todo, solucionar los posibles conflictos entre los valores extra-legales recurridos para la formulación de la decisión final. Esta sistematización de tipo parcial no contradice a la aceptación del carácter variable, en el tiempo y en el espacio, de estos valores o criterios.

Los conceptos de contenido variable influyen de modo especial en el proceso de aplicación del derecho, creando esferas particulares de discreción para un juez (*lee-ways*)¹⁷.

La existencia de una discreción, sobre todo referida a la interpretación jurídica, depende de modo importante de la característica del lenguaje jurídico. El derecho, tratado en su dimensión lingüística, está inevitablemente sometido a la interpretación. La discrecionalidad interpretativa, en general y sobre todo, se relaciona con el significado de los términos de una proposición jurídica. En el caso de aparición de una noción de contenido variable, esa discrecionalidad, de alguna manera se acentúa especialmente si es un caso de criterios valorativos que implican elecciones axiológicas.

La discreción, en el caso de estas nociones o conceptos, aparece gracias a la decisión «consciente» e intencional del legislador racional, que asume la falibilidad relativa de su conocimiento de la realidad que está regulando y la relativa indeterminación de sus fines y/u objetivos que quiere obtener gracias a esta legislación¹⁸. Por la indicada razón, el legislador no regula de modo estrictamente determinado una situación fáctica futura, dejando en manos de los jueces la estimación exacta de esta situación e indicación de las consecuencias jurídicas correspondientes; es decir, crea una «zona» de discreción a los órganos que aplican el derecho.

La discrecionalidad relacionada con las formulaciones abiertas, variables introducidas en los textos legales, podemos caracterizarla del modo siguiente:

¹⁷ J. WROBLEWSKI, *The Judicial Application of Law*. Dordrecht, 1992, pp. 420-427; también: J. IGARTUA, *Discrecionalidad técnica, motivación y control de la decisión judicial*. Madrid, 1998; J.J. MORESO, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Madrid 1997.

¹⁸ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, 1961, pp. 121-123; sobre el legislador racional: L. NOWAK, *De la rationalité du législateur comme élément de l'interprétation juridique*, en: *Contribution polonaises à la théorie du droit et de l'interprétation juridique*. Bruxelles, 1969; Z. ZIEMBIŃSKI, *La notion de rationalité du législateur*. Archives de Philosophie du Droit. 1978, pp. 175-187.

- normalmente es una discrecionalidad explícita; es decir, la formulación legal indica al juez la necesidad de recurrir determinados criterios extra-legales en el proceso decisonal;
- en la inmensa mayoría de los casos, la discrecionalidad está relacionada con la existencia de los criterios valorativos necesarios para el establecimiento del sentido de una regla jurídica interpretada;
- es una discrecionalidad enfocada hacia los criterios extra-sistémicos;
- esa discrecionalidad no es totalmente «libre», está «guiada», aunque de modo general, por la formulación de los «tipos» de criterios que tienen que ser considerados en el proceso interpretativo;
- esa discrecionalidad no está legalmente protegida; puede ser recurrida en la revisión de la decisión.

Las expresiones analizadas, no solamente crean determinadas esferas de discreción interpretativa, sino que también pueden influenciar los márgenes de discreción de otros aspectos de las fases de aplicación del derecho, o sea, la discreción en las decisiones de validez, de evidencia, de interpretación y de elección de consecuencias¹⁹.

La creación por parte de los conceptos de contenido variable de indicadas esferas de discrecionalidad se relaciona, de modo muy evidente, con el funcionamiento de otros «mecanismos» que pueden influenciar o corregir estas libertades decisivas. Podemos mencionar, en ese contexto, determinadas formulaciones legislativas introducidas por el legislador con el objetivo de poner un «rigor» para el proceso de aplicación del derecho, calificadas, por ejemplo, como vinculantes (legales), directivas interpretativas y de aplicación del derecho²⁰, los principios del derecho (sobre todo constitucionales que marcan el sentido axiológico de todo sistema jurídico)²¹ y también la jurisprudencia vinculante, especialmente del tribunal constitucional.

¹⁹ J. WROBLEWSKI, *Kontrola decyzji sadowej. Wybrane zagadnienia* (Control de la decisión judicial. Problemas teóricos), *Panstwo i Prawo*, n.ºs 8-9, 1976, pp. 19-21.

²⁰ Como ejemplo, podemos indicar: el artículo 4 del Código Civil polaco o el artículo 3.1 del Código Civil español; y también: J. WROBLEWSKI, «Constitución y teoría general de la interpretación». *Cuadernos Civitas*, Madrid, 1985.

²¹ Sobre el concepto de los principios jurídicos: N. BOBBIO *la voz «Principii generali di diritto»*. *Novissimo Digesto italiano*, tomo XIII, Turin, 1966; J. RAZ, *Legal Principles and the Limits of Law*. *Yale Law Journal* n.º 81, 1972.; J. WROBLEWSKI, *Le rôle des principes du droit dans la théorie et l'idéologie de l'interprétation juridique*. *Archivum Iuridicum Cracoviense*, n.º 17, 1984, pp. 5-27.

Como hemos anteriormente indicado, la característica de los criterios extra-sistémicos recurridos por los jueces en el proceso decisonal es muy relevante para el ámbito de la discrecionalidad creada por las expresiones abiertas. En el caso de sistemas bien definidos y estructurados en los mencionados criterios extra-legales (por ejemplo, los sistemas morales de grupos formalizados), se podría hablar incluso sobre la posible eliminación, casi por completo, de las esferas de discrecionalidad. El juez, aplicando el derecho, formularía solamente valoraciones relativizadas a los indicados sistemas de criterios²².

Last but not least, la ideología de la decisión judicial, legal y racional indica los valores y los fines y objetivos que tiene que realizar la regulación jurídica y, sobre todo, el juez en el proceso de aplicación del derecho²³. El juez, en el proceso decisonal, actúa dentro del marco discrecional establecido de modo explícito por el legislador. Para asegurar la legalidad de las decisiones judiciales se exige que éstas siempre se ajusten a los criterios preestablecidos, es decir ya aquí mencionados, el «marco formal» —los rasgos formales de los sistemas jurídicos continentales— y, lo que es más importante, el «marco axiológico» —el trasfondo axiológico de un sistema jurídico determinado—.

III

Para la recapitulación, podemos indicar que el legislador, independientemente de sus intenciones, tiene que tomar en consideración las características del lenguaje jurídico y prever las posibles interpretaciones de la regulación establecida²⁴. La interpretación operativa del juez ocurre cuando existen dudas sobre el significado de una regla jurídica y por supuesto, en estos casos, la opinión si *lex clara est* depende normalmente de las valoraciones del órgano que aplica la ley²⁵.

Según la axiología jurídica, las expresiones valorativas en la interpretación jurídica, pueden ser reconocidas como claras o no, pero también lo mismo podemos opinar sobre los términos de carácter descriptivo, por ejemplo, «el secreto profesional»²⁶. Por esa razón, parece

²² J. WROBLEWSKI, *Stosunki między systemami norma* (Relaciones entre sistemas de normas), *Studia Prawno-Ekonomiczne*, n.º VI, 1971, pp. 12-16.

²³ J. WROBLEWSKI, *The Judicial Application of Law...*, cap. XIV; también: L. PRIETO SANCHÍS, *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid 1987.

²⁴ J. WROBLEWSKI, *Teoría racjonalnego tworzenia prawa...*, cap. XI.

²⁵ J. WROBLEWSKI, *The Judicial Application of Law...*, p. 118.

²⁶ R. LEGROS, *Notions à contenu variable en droit pénal*. En *op. cit.: Les notions à contenu variable...*

demasiada simplificación el reconocimiento de que la «delegación del poder decisivo» por parte del legislador al juez es únicamente el aspecto de mera técnica legislativa. Independientemente de esa solución técnica, son los órganos que aplican el derecho los que deciden sobre la necesidad y, en cierto modo, sobre el resultado de la decisión interpretativa.

En relación a estas consideraciones teóricas, podemos distinguir cuatro tipos de situaciones del funcionamiento de los conceptos del contenido variable en la aplicación jurídica:

- a) El legislador envía (*renvoi*) de modo expreso a las reglas extra-sistémicas (por ejemplo, en el derecho de familia francés²⁷ o en el derecho suizo²⁸).
- b) El legislador crea una discrecionalidad (*lee-ways*) al órgano de aplicación del derecho.
- c) La discrecionalidad interpretativa existe gracias a las propiedades del lenguaje jurídico.
- d) La discrecionalidad interpretativa aparece en el nivel pragmático porque se reconoce como poco clara o dudosa la regla jurídica en el contexto de su aplicación.

Podemos considerar que los casos a) y b) son ejemplos de la técnica legislativa, mientras que el caso c) está determinado por la semántica o la sintaxis del lenguaje jurídico, y el tipo d) depende de la función pragmática del lenguaje jurídico y/o de las características de la interpretación jurídica.

La estimación general de los conceptos de contenido variable no es fácil. La opinión común los ve como los elementos que permiten evitar «el bloqueo» del funcionamiento del sistema legal. Es un modo necesario para el legislador quién no quiere y/o no puede, de manera estricta, regular determinadas dimensiones de la realidad social y por esa razón es imprescindible que el juez o administrador posea una esfera de la «libertad» para su decisión. Esa técnica legislativa es bien conocida desde los tiempos pasados cuando la regulación jurídica demasiado caustica provocó la famosa «*Die Flucht in die Generalklauseln*»²⁹.

Independientemente de estas reconsideraciones, hay que reconocer la necesidad de las formulaciones suficientemente precisas y determi-

²⁷ J. CARBONNIER, *Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille* En, *op. cit.: Les notions à contenu variable...*

²⁸ J. Fr. PERRIN, *Comment le juge suisse détermine-t-il les notions à contenu variable.* En *op. cit.: Les notions à contenu variable...*

²⁹ J. W. HEDEMANN, *Die Flucht in die Generalklauseln*. Tübingen, 1933.

nadas en el lenguaje jurídico, a la vez teniendo en cuenta que esto no va a eliminar la interpretación jurídica, porque ésta depende de las propiedades del lenguaje jurídico como un registro del lenguaje natural.

En el nivel axiológico, podemos indicar que el funcionamiento de las nociones del contenido variable está relacionado con la implicación de los valores en la aplicación del derecho³⁰ Estas expresiones, en muchos casos, envían al juez a los valores, sobre todo extra-legales, y en estos casos tiene menor importancia el valor básico de todo sistema jurídico —la seguridad jurídica—. La influencia de esos conceptos en determinadas situaciones decisionales provoca que en el proceso de aplicación del derecho se realicen otros valores por encima del valor de la seguridad y certeza jurídica, aunque, a veces, estas actuaciones pueden poner en peligro la coherencia y uniformidad de todo sistema jurídico.

Este punto de vista axiológico permite, de alguna manera, definir el significado del término «la noción de contenido variable» como la situación en la que no es posible establecer la uniformidad, la previsibilidad de la decisión jurídica y la igualdad ante la ley. Este punto de vista pragmático permite diferenciar los términos del contenido variable en los textos legales, pero no soluciona el problema de su identificación definitiva. La definición, en última instancia, va a depender de la práctica legislativa y de la práctica de aplicación del derecho porque en estas actuaciones se manifiestan los modos de la utilización del lenguaje jurídico.

Cristina Wojcik Radkowska
Julio 2002

³⁰ Sobre los valores de la seguridad y de la certeza jurídica: Ch. PERELMAN, *Justice, Law and Argument*. Dordrecht-Boston-London, 1980, cap. X ; y también: J. WROBLEWSKI, *Wartosci a decyzja sadowa* (Valores y decisión judicial) Ossolineum, 1973, cap. IV.

CONFERENCIAS

RECIPROCIDADES DE LA MEDICINA Y EL DERECHO*

Manuel María Zorrilla Ruiz

Catedrático de la Universidad de Deusto
Profesor Visitante de la Universidad «Montesquieu» de Burdeos (Francia),
de la Universidad de Łódz (Polonia) y del Instituto Pernambucano de Derecho
del Trabajo de Recife (Brasil)

1. Interacciones del Derecho y de la Medicina

Las interacciones de lo *justo* y de lo *saludable* —respecto al bienestar individual y la prosperidad común— muestran uno de los puntos de la convergencia de los empeños del jurista con las adquisiciones de la Medicina. Lo *justo* fue, en principio, algo confusa y costosamente adivinado por un entendimiento que, cautivo del *discurso idealista* del orden natural, descuidaba la *realidad sensible* de las personas y las cosas que poblaban su entorno. El conocimiento de lo justo se hacía posible y se facilitaba gracias a una síntesis de intelección y de emoción. Lo *saludable* designaba un concepto que —aplicado de antiguo al destino sobrenatural de la persona— desatendía, por juzgarlas intrascendentes y perecederas, las contingencias de su aventura en este mundo.

Cuando el humanismo renacentista y, más tarde, la filosofía de las luces exaltaron el ansia de vivir y adiestraron en el arte de hacerlo dignamente, lo justo se sometió a los correspondientes cambios. Tomó cuenta y razón de los intereses y clamores con que, ante lo pluridimensional de los proyectos vitales, los juristas y los reformadores sociales volvían la mirada —para depositar en ellos su fe y sus esperanzas— a los avances y respuestas de la ciencia de la Medicina.

Los desvelos de la Medicina restituyen la energía y el ímpetu que la naturaleza animal o racional de la persona ha perdido o está en peligro

Texto de la conferencia de clausura del *1.º Curso de Patología Forense*, que, organizado por la Facultad de Medicina de la Universidad del País Vasco y el Instituto Vasco de Medicina Legal, tuvo lugar, en Donostia-San Sebastián, de 25 a 27 de octubre de 2001.

de perder. Esta naturaleza tiende a liberarse de sus trabas depresivas o empobrecedoras y se rehabilita —rescatando los elementos de su identidad e integridad— tan pronto como el éxito de la Medicina elimina los males que le aquejan. Las peripecias de la Medicina ponderan y dependen de las reacciones de la naturaleza, que, unas veces, cooperan afortunadamente con la ciencia, sin resignarse a la derrota y, otras, mantiene enhiestas las barreras que entorpecen la restauración. El recobro de lo *natural* —que la Medicina persigue indefectiblemente y sólo alcanza en ocasiones— conduce a la *vida en dignidad* de la persona, ya que, si el Derecho no cuenta con los mínimos de animación y de sobrevivencia que le son inherentes, tiene que renunciar a ordenar justamente la evolución de la vida individual y social.

El *bien común* —rotulación aristotélicotomista del que hoy se denomina *interés general*— resume las exigencias de la *coexistencia personal*, la *colaboración solidaria* y la *participación gratificante*. Los avances de la Medicina recaen sin tregua ni descanso, en los dos últimos aspectos, que respectivamente atañen a la conciencia de la solidaridad y al uso adecuado de los bienes sociales. Un número creciente de sus problemas y expresiones requiere el auxilio de los cultivadores de esta ciencia.

Los saberes de la Medicina —prometedores de un *vivir saludable* que, ante el futuro que se acerca, genera compromisos muy arduos— tienen, ante todo, a la vista el requisito de la *coexistencia*. Coexistir es ejercer la sabiduría de poblar —armonizando las posturas pacificadoras y la distensión de los conflictos sociales— los espacios habitables de una sociedad en la que sólo se vive saludablemente, si se produce un equitativo reparto del bien —escaso y ansiado por todos— que la libertad significa.

La *demanda de salud* y el *goce de sus excelencias* —reveladores de las dosis óptimas de clarividencia y optimismo— espiritualizan una coexistencia que, al dejar de ser una acumulación insolidaria e inerte de seres humanos, se reconcilia con los proyectos que la magnifican y enriquecen. La *acción salvífica* de la Medicina —individual y social, preventiva o terapéutica— propone a cuantos, aun cuando incomprendidos y obstaculizados, prefieren coexistir socialmente, un *estilo de vida saludable*, sin el que los arrestos para defender las causas de los intereses generales se debilitan o evaporan.

Sobran argumentos para demostrar el valor que adquieren las aportaciones de la salud individual y colectiva —respaldada por la solitud de la Medicina— a la coexistencia esperada y exigible en los interiores de la familia humana. Sólo la coexistencia saludable engendra la disposición estimulante de las actitudes de colaboración y desenca-

dena los efectos de participación que promueven y acrecientan el bienestar social.

Se cuenta, así las cosas, con la convivencia pacífica de quienes no renuncian a frecuentar las formas saludables de vida, con la contribución de todos ellos a perfeccionar objetivos comunes de costosa individualización y con el derecho a beneficiarse de los efectos útiles de ese compromiso. El Derecho diagnostica tales situaciones —cuya posibilidad es consecuencia del medio saludable en que surgen y se robustecen— y construye las soluciones aptas para satisfacer las nuevas necesidades que se multiplican.

El Derecho no puede reconstituir directamente —acudiendo a sus exclusivos recursos— los estados de naturaleza caída cuyas medidas de renovación son de cuenta de la Medicina. El Derecho presupone que, gracias a esa *faena de rescate*, la adquisición y el goce de la salud individual y colectiva aceleran el ritmo de las que, mereciendo el nombre de *conductas normales*, rehacen los procesos formativos de la opinión pública, y determinan la cantidad y calidad de sus criterios. Una opinión pública informada, activa y eficiente no se perfecciona sin la contribución del bienestar indispensable para su ejercicio y sin las garantías de la plenitud sicofísica de quienes deben transmitir sus pareceres. El Derecho selecciona los criterios de la opinión así constituida, porque necesita de su fiabilidad y su asistencia para conquistar el prestigio de un *Derecho Natural* que, al apropiarse este adjetivo, trasluce la voluntad de *acomodarse, en su acepción más terminante, a las exigencias de la naturaleza*. No en el ingenuo sentido idealista de un Derecho sobrenatural y cuasirrevelado. Menos aún, en el crudo sentido realista del Derecho que sirve a quién sabe qué *demandas sociales*, emanadas —muchas de ellas— de círculos cuya estima del modo de vivir saludable apenas consta o brilla por su ausencia. Sí, del Derecho ajustado a los sentimientos y juicios de una mayoría cuya razonabilidad aconseja vivir saludablemente, y no de cualesquiera pobladores discrepantes o grupos exaltados que ofician en una de tantas ceremonias de la confusión.

La conservación de la naturaleza humana —fruto del esmero científico y técnico de la Medicina— no dicta al Derecho sus imperativos por la sola evidencia de *encontrarse ahí*, como si aquélla fuese un modelo mecánicamente imitable por los legisladores, por el ordenamiento jurídico que van extendiendo y por los jueces que cuidan de aplicarlo. Esa naturaleza pertenece a una realidad social y su análisis requiere precisiones a la hora de publicar sus preferencias y anunciar los proyectos anejos a su descubrimiento. La condición humana —mejorada por el progreso de la Medicina que le obsequia con la excelencia de un

modo de vivir saludable— abunda en defectos y pasiones que la Medicina vigila cuando el deber de corregir aquéllos y de mitigar éstas compromete sus dedicaciones.

Es entonces cuando el Derecho pondera esos hábitos —de cuya existencia y dimensiones la Medicina le ha informado— y reacciona en consonancia con las actitudes que debe adoptar. Lo que de orden y recta intención hay en el comportamiento natural de la persona, engrandece su *vida en dignidad* y edifica una voluntad social que, acompañada de los hábitos individuales, estabiliza el modo de vivir saludable. El Derecho atiende a sus demandas, porque así lo exigen la densidad moral de dichos hábitos y las adhesiones que su práctica alcanza en el resto de la sociedad. La Medicina aprecia, en cambio, lo que —atentando contra el modo de vivir saludable— hay de avidez incontrolada o falsa demanda social en muchas peripecias o aventuras de la condición humana. Como, las más de las veces, no es de su incumbencia el remediar esos males, la Medicina traslada su conocimiento al Derecho que, enmienda, en lo posible, las flaquezas de la naturaleza caída a causa de sus extravíos. Las ciencias de la naturaleza —entre las que la Medicina se comprende— no se encaminan a reprimir lo censurable de las pasiones humanas, aunque toman cuenta y razón de que hacen acto de presencia, mientras que las disciplinas del espíritu —de las que el Derecho forma parte— se apresuran celosamente a combatirlas, para dejar a salvo la salud individual y colectiva.

Entre otras consideraciones a que las anteriores reflexiones dan lugar, merecen atención las relativas a la *diligencia exigible* en la actividad profesional de restauración de la salud, a los *problemas de la investigación* efectuada para *mejorarla* y a la *descripción del contenido esencial* o núcleo invulnerable del derecho fundamental a su protección, que, a veces, no se reconoce con el vigor constitucional inherente a su modernidad y magnitud.

2. Diligencia en la actividad profesional

El Derecho sería infiel a sí mismo si, renunciando al exhaustivo examen de los comportamientos personales, se redujese a los aspectos colectivos que dictan esas exigencias. Su enlace con la ciencia de la Medicina incluye, como tema primario de curiosidad, la ponderación de la diligencia o dosis de atención y aptitud inseparables de las actuaciones profesionales que propenden a estabilizar el modo de vivir saludable, bien devolviendo la salud perdida, bien conservando la que está disminuida o en peligro.

La diligencia profesional reúne los elementos de previsión, conocimiento y voluntad que convergen en la ejecución de los actos técnicos llamados a concretar lo que por *propósito saludable* ha de entenderse. El Derecho Penal y el Derecho de la responsabilidad civil han apelado a la *concepción normativa de la culpabilidad* para objetivar —con éxito didáctico— el tratamiento de las *obligaciones de medios* o de simple actividad en que consisten las prestaciones profesionales de la ciencia de la Medicina.

Las obligaciones de fines o de resultado se caracterizan por el dato de que la puesta en práctica del acto o actos en que reside su realización, no tropieza con dificultades cuya envergadura destruya el interés del acreedor o convierta su satisfacción en una tarea impracticable o demasiado gravosa. La serie de operaciones que entonces deben realizarse, no encierra, por definición, impedimentos que obsten al fin perseguido, siempre y cuando la persona obligada use de la diligencia que, esperada de ella, puede y debe poner a contribución. Si el interés del acreedor resulta defraudado, es porque, fuera de toda duda plausible, el deudor no se ha conducido con la solicitud que, sin recabar un esfuerzo superior a sus capacidades, bastaba para facilitar la utilidad que el acreedor aguardaba de una conducta esmerada y atenta. El fracaso del acreedor de una obligación de resultado —que no se beneficia de la prestación a que, por parte del deudor, tiene derecho— lleva a concluir que, salvo en los casos de la injerencia causal negativa de terceras personas o de fuerzas mayores que bloquean el proceso incoado, el deudor ha incumplido la obligación frustrada por lo insuficiente de su comportamiento.

Otros son los rasgos que definen la cualidad de las *obligaciones de medios* o de simple actividad, en cuyo molde encajan los actos del ejercicio profesional de la Medicina y de la consecución del modo de vivir saludable. El sendero que dice llevar a su buen fin, lejos de estar franco y exento de tropiezos, registra obstáculos interpuestos entre la diligencia profesional más esmerada y la resistencia opuesta por la naturaleza que aminora o frena su eficacia. La pericia profesional —que ha de ponerse en juego— arrostra aventuras de rostro proteico. Tiene que predecir los impedimentos peculiares de cada naturaleza personal, fijar su magnitud en el contorno saludable del paciente, graduar la dosis de agresividad variable que les caracteriza, y hallar la fórmula que convincentemente enuncie la posibilidad estadística de vencerlos. Aún contando con estos vaticinios, la predicción final no está exenta de relatividad e imprecisión, porque le aquejan defectos de conocimiento y/o percepción que, unas veces, enrarecen sus dificultades, y, otras, reducen sus probabilidades de certeza.

El Derecho ocupa un espacio experimental del que forman parte las nociones técnicojurídicas de *diligencia profesional* y *excusabilidad del error*. Las obligaciones profesionales de medios o de simple actividad se entienden cumplidas —aun cuando no se den los efectos curativos ni las consecuencias saludables en que los científicos y enfermos han puesto su esperanza— si la actuación profesional o *elemento material* de la prestación incorpora el tanto de diligencia y pericia que, con viendo a las condiciones personales de exigibilidad, constituyen su *elemento espiritual*. Quiere decirse, en suma que, por mucho esmero con que la ciencia de la Medicina aplique su saber a estas intervenciones salvíficas, la respuesta de la naturaleza —que, a veces, reacciona con especial encono— opone dificultades de signo insuperable.

Hay que separar la apreciación de la diligencia profesional, que excluye las responsabilidades civiles, de aquella otra que descarta la culpabilidad de orden penal.

La primera se determina contrastando la acción profesional —objeto de valoración— con una *regla de comportamiento* que se reconstituye y formula en cada caso. Esta norma condensa las particularidades de las conductas observadas —en circunstancias afines a la que es objeto de valoración— por los profesionales adscritos a un círculo suficientemente relevante y en el que desenvuelven actividades semejantes o coincidentes con las del sujeto cuyo cumplimiento se cuestiona. Trátase de una *regla de abstracción reducida*, que, además de atender a la naturaleza de la obligación profesional, repara en las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Una pauta que, según la *teoría normativa de la culpabilidad*, no se diseña echando mano de la sana crítica o la experiencia vulgar, sino acudiendo al auxilio especializado de la Medicina que acumula y elige los datos necesarios para enunciar satisfactoriamente la proposición definidora. Dicha regla se fija, por vía de abstracción, una vez que el proceso inductivo —que discurre de las partes al todo, de lo particular a lo universal— permite establecer el juicio significativo y difundirlo mediante proposiciones comprensibles y técnicamente practicables. La norma deontológica que así se consigue, equivale a una directriz imprescindible para que —al margen del resultado de las operaciones dirigidas a la recuperación de la salud— sus acciones se adecuen a ella y se juzguen impecablemente realizadas. La inducción examina un acervo de conductas cuya pluralidad, diversidad y susceptibilidad valorativa, reflejan cuanto les es común e indivisible respecto a las dosis de cuidado y atención que revelan. Si el comportamiento valorado disiente de la regla que así se ha abstraído, es porque —al no reunir el mínimo de condiciones que esa norma requiere— merece un *reproche de culpabilidad*. Reprobación expresiva

de que no se han dado el cuidado y atención requeridos para advenir a una consecuencia saludable que, en el caso de haberse observado la dirección inductivamente señalada, habría contado con todas las probabilidades razonables de haberse producido.

Cuando se quiere aquilatar la cantidad y calidad de la diligencia que exige de responsabilidad penal, también ha de acudir a la *concepción normativa* de la *culpabilidad* para dar con el juicio de comparación correspondiente. La conducta profesional —que, al tiempo de promover el modo de vivir saludable, observa la persona especializada— se contrasta con una norma de comportamiento forjada con criterios distintos de los que se manejan a propósito de la responsabilidad civil. Esa norma —de factura novedosa y compleja— no proviene de un proceso inductivo que ha seleccionado y puesto en orden las constantes de atención y cuidado registradas en un ámbito relevante de profesionales. Su construcción arranca de aquellas conductas que la misma persona observa, sucesivamente, en cuantas ocasiones —afines a la que se contempla— ha tenido que aplicar los conocimientos privativos de su especialidad. Los elementos que, como es típico de las operaciones inductivas, se reconocen repetidamente en su modo de obrar, fortalecen y animan la norma que se propone declarar correcto o desatinado el comportamiento profesional que se juzga. Hace aparición una *regla de concreción absoluta* que —como es pacífico en la técnica de valoración de la culpa penal— permite concluir si aquél fue correcto o digno de censura. La regla así lograda se debe a una *inducción lineal* que, a diferencia de la *inducción circular*, reduce su campo de metodología a las circunstancias de la persona y del caso en que se dilucida su responsabilidad penal. Se aparta del proceso inductivo que, tras haber seleccionado experiencias de origen diverso, localiza unas coincidencias cuya reiteración no es casual y sí demostrativa del cuidado y atención que la práctica de las acciones enjuiciadas exige usualmente. No en vano, la operación tiene en cuenta unos modos de actuar cuyos aspectos heterogéneos se desprecian y cuyos ingredientes homogéneos se agrupan y analizan para destilar la norma de conducta en cuestión. La sanción penal obedece a objetivos distintos de los fines de reparación patrimonial que caracterizan a las normas del Derecho de la responsabilidad civil. La concepción normativa de la culpabilidad interviene de nuevo, porque el reproche de una diligencia escasa o disipada —que puede atribuir responsabilidades penales— es dable cuantas veces la conducta profesional vulnera la *regla de acción* que se individualiza. Ambas especies de pautas de comportamiento tienen de común el generarse a través de procesos inductivos. Uno de ellos repara en la *pluralidad de las conductas compartidas por la misma comunidad profesio-*

nal, mientras que el otro reflexiona sobre la *continuidad de las conductas observadas por el profesional* cuya responsabilidad penal está en tela de juicio.

Las llamadas, no sin cierta superficialidad definidora, *apreciación en abstracto* de la culpa civil profesional y *apreciación en concreto* de la culpa penal de igual naturaleza, derivan de sendas metodologías. Reconocen, como género próximo, el *tributo a la concepción normativa de la culpabilidad* y refieren sus diferencias específicas a lo singular de los procesos de inducción que, con ese motivo, se consuman. El primero formula la regla de conducta *abstrayendo contemporáneamente* los elementos comunes de origen plural, y el segundo acude a la *concreción* que resulta de regresar al pasado profesional para cribar y contrastar —relacionándolas conceptual e históricamente— las acciones consecutivas del sujeto.

3. Diligencia experimental

Si el Derecho concede importancia a los criterios de valoración de la *pericia o diligencia especializada*, es porque las relaciones entabladas entre los profesionales de la Medicina y los titulares del derecho subjetivo a un modo de vivir saludable, sólo adquieren significación satisfactoria al cumplirse las obligaciones que materializan ese resultado. Hay una concurrencia de intereses legítimos protegidos por las acciones judiciales que favorecen el cumplimiento —frustrado si el efecto curativo fracasa— de las obligaciones en forma específica o que facilitan el resarcimiento del daño que esa imposibilidad ha causado.

Otra es la perspectiva que sugieren los ensayos científicos de experimentación e investigación.

Todos ellos comparten —debido a lo arriesgado e inédito de las actividades que desencadenan y abarcan— las características de la *reserva y discreción* de sus operaciones. Cabe, a lo sumo, identificar escasos incentivos de corte humanitario, unas veces, y, las más de ellas, descarada o inconfesablemente técnicos. Unos y otros alientan las ilusiones científicas y la esperanza puesta en los resultados progresivos que, al ritmo de los avances y descubrimientos de la ciencia, parecen estar al alcance de la mano. La imposibilidad o, al menos, la dificultad de *controles jurídicos preventivos* de la experimentación, así como la *aceptación de los riesgos* conexos con los intereses generales de la salud y la curiosidad científica, provocan tensiones de todos conocidas. Invitan y excitan —porque, si falta audacia para afrontar los riesgos, se anulan las expectativas de resultados creadores— a desbordar, aún

transgrediéndolas, las normas de prudencia y diligencia acomodadas a las relaciones de prestación profesional. El Derecho se resigna a implantar —con denuedo no libre de algún escepticismo— criterios cautelares cuya efectividad deontológica no está, pese a todo, en condiciones de ofrecer a las comunidades integradas en una sociedad pluralista. Ante lo impermeable del acceso a las experiencias investigadoras, el Derecho —de cuyas *imposibilidades dramáticas* esas limitaciones forman parte— sólo aprecia, deplorando los obstáculos que encuentra para responder al desafío, la *supervivencia de fenómenos* que, para bien de todos, preferiría conocer minuciosamente y regular con eficacia, en vez de atisbarlos, entre luces y sombras, con gran incertidumbre. Harto penoso es que se le oculten su existencia y progreso, y que se le impida adoptar decisiones políticolegislativas que, cuando dimanen de una reflexión sensata y delicada, no hacen peligrar los adelantos de la curiosidad científica, ni entorpecen el buen fin de las investigaciones iniciadas.

El Derecho de Familia se distinguió de antiguo por la intensa *impregnación ética* de unas normas que, a cambio de su sobrevalor, no han sido de fácil exigencia en los círculos a que se destinan sus prohibiciones y/o mandatos. El Derecho de las experimentaciones e investigaciones en que abunda la ciencia de la Medicina, acusa dificultades parecidas e inconvenientes de no menor enjundia. La tentación investigadora —sobre todo, si se penetra en el umbral de la verdad científica y se está cerca de los descubrimientos cuyas nieblas e incertidumbres se van disipando— se recrudece sumamente. Lo hace hasta el punto de que, invocando quién sabe qué *causa de impunidad*, no vacila en aclamar la necesidad —consecuente con los fines salvíficos a que se endereza— de que sus consecuencias escapen a las censuras con que el Derecho puede controlarlas y, si es del caso, proscribirlas. La *tentación de la genialidad inmune* —resonancia del... *seréis como dioses...* de la más antigua y ensoberbecida de las rebeliones— se transmitió también a la política que, tras el autosuficiente amanecer del humanismo, se declaró extramuros de los mundos moral y jurídico. No sorprende que —con ejemplos, distintos, distantes y, a ciencia cierta, nada edificantes— se ensalce la idea de que la protección de la familia humana prohíbe reprochar o condenar los riesgos que —aún contrariando lo que el Derecho manda— se asumen para aumentar el bienestar de sus individuos y comunidades, aunque disimulen la persecución de inconfesables objetivos. Revive así el debate —ínsito en lo natural, irreprimible y creativo del conflicto social— que engendran las tensiones entre el *derecho a la indemnidad de los bienes particulares* —que la experimentación y la averiguación científica minusvaloran o ponen en peligro— y los *intere-*

ses generales que, con el inconveniente de su cualidad de concepto jurídico indeterminado, se traen a capítulo para demostrar lo valioso de las adquisiciones habidas a ese precio.

La dignidad de la persona humana prima sobre las valoraciones de este signo y prohíbe que la invocación —sistemática y laxa— de los intereses generales se manipule para contrariar las reglas de respeto al contenido esencial o núcleo invulnerable del derecho fundamental a la vida individual y la integridad física. El Derecho, muy moderado en este punto, se resigna a un ejercicio persuasivo de sus admoniciones. Quiérase o no, deviene *menos Derecho* frente al empuje irrefrenable de una investigación cuya existencia, evolución y particularidades no está en condiciones de conocer y, menos aún, de criticar. La eficacia coactiva de que el Derecho queda privado entonces, se suple —de modo incompleto e insistente— con las compulsiones ejercidas sobre la sensibilidad y las conciencias de quienes moran en ese universo inaccesible.

Sabedoras de estas insuficiencias y alarmadas ante la imposibilidad de corregirlas, las confesiones religiosas de mayor prestigio y los celadores de la *moralidad secular* multiplican sus llamamientos y advertencias frente a las temibles demasías de la investigación y los impredecibles resultados de su abuso. Intentan compensar la dificultad jurídica de proteger aquellos aspectos de la vida de relación que al Derecho —comprometido en su aprehensión y captura— se le están yendo de las manos.

La dimensión individual de este problema da idea de la etiología y envergadura de los intereses en conflicto. Sentado que el paciente de la experimentación no ha dejado de ser titular de un *derecho constitucional a la supervivencia*, parece claro que —aún deplorando la carga consistente en la cosificación de su ser personal— le asiste, con independencia de la operación en que pasivamente participa, un *derecho a mejorar*. Derecho ejercitable y respetable en el curso de un experimento gobernado por las obligaciones de medios o de simple actividad que son propias del mismo. Entra también en juego la *defensa del progreso científico* que presenta a la traza de un derecho fundamental. Ahora bien, si ese derecho genera un beneficio colectivamente compensado con el sacrificio del interés individual del paciente, no exime de los deberes de agotar, con la máxima solicitud, los esfuerzos encaminados a paliar los riesgos del experimento.

4. Derecho objetivo de protección de la salud

Toda *visión aseada* del Derecho protector de la salud ha de conjugar el *respeto a la dignidad individual* —privilegiada y concebida, en

general, como el troquel de los derechos fundamentales, y, en especial, como el derecho subjetivo de cada uno a la estima y progreso creciente de su individualidad— con un *proyecto de participación*. Perspectiva que, una vez apoyada por los grupos sociales significativos, tiene vocación de reordenar los problemas jurídicos que atañen a su funcionamiento eficiente y que, so pena de absoluto fracaso, ha de afrontar en actitud consciente y responsable.

La fisonomía del Derecho protector de la salud mental se describe a través de sus conexiones con la noción de *salud básica*, con el aumento de las existencias de la *reserva de salud* y con la figura de la *autorrealización*. Esta se beneficia de un criterio de fomento que encarece la atención requerida por el tratamiento, rehabilitación e integración de las personas disminuidas, y pretende asegurar su acceso al disfrute del más amplio abanico de derechos. Puesto que la salud equivale a la *ausencia de enfermedad*, su integridad no es pensable sin el mínimo de salud mental que despierta la conciencia de esa condición y de las vicisitudes que soporta. Si el nivel superior de su concepto coincide con el *equilibrio del ser personal*, hay que ocuparse de las afecciones de la salud mental que atentan contra la intangibilidad del concepto o determinan su depreciación.

El tratamiento axiológico del Derecho protector de la salud obliga a concretar las circunstancias —de atraso o de progreso— influyentes en las soluciones adoptadas por el Derecho constituido. Ello es así, porque su perfección depende de un criterio de insuficiencia de recursos que se someten a criterios de prioridad y justificación. No menos, hay que predecir, si cabe, los cambios que demandan su revisión y puesta al día. El examen del ritmo temporal —acelerador, inmovilizador o reversor— de la política legislativa, permite conocer si, con independencia de la antigüedad o la modernidad de sus normas, la ordenación vigente sigue siendo aceptable o goza de escasa credibilidad en un mundo que, afrontando el desafío de los riesgos, aspira a la multiplicación y fertilidad de los descubrimientos. Hay que precisar si se trata de un cúmulo o agregación de soluciones obsoletas, insensibles a las demandas sociales y, lo que es muy grave, lastradas por *prejuicios discriminatorios* que los países civilizados no quieren o no pueden dejar fuera de juego.

Hay que estimar también —como referente que la ciencia de la Medicina pone al servicio de la Política Legislativa— la proporción de enfermos que, al iniciarse las operaciones de reforma del Derecho protector de la salud, se hallan sometidos a tratamientos voluntarios. Dato éste que, amén de otros alcances, repercute en las operaciones de *análisis económico del Derecho* que los ordenamientos jurídicos no pueden descuidar a la hora de distribuir razonablemente la tutela que se

les encomienda. La distancia interpuesta entre la actual eficacia de las acciones sanitarias y el nivel de adelanto que reclaman los cambios deseables, constituye un aspecto de la realidad social —expuesto al celoso tratamiento de la Política Legislativa— y un punto de partida para lograr una interpretación flexible de las normas rectoras de las transformaciones anunciadas.

Hay que verificar —con sinceridad y sentido crítico— si los contenidos del Derecho protector de la salud abundan en innovaciones merecedoras de este nombre o se contraen a reforzar las bases de los *movimientos de reforma*. En el primer caso, deben acreditar, con audacia y verosimilitud, los adelantos constitutivos del *esfuerzo de transformación* que pretenden llevar a buen fin. En el segundo, preservan una estructura que, amparada en criterios minimalistas, se limita a evitar injerencias que minen la solidez del sistema y acaso desestabilicen su equilibrio.

Los residuos históricos de los tratamientos fragmentados o anti-funcionales de las enfermedades mentales, han caducado ante la irrupción de los ensayos colectivos y sistemáticos que emprenden las instituciones especializadas. El proceso de reinserción social de estos enfermos exige adoptar medidas complementarias que disminuyan el número de afectados crónicos y aceleren el retorno de los recuperados a los grupos sociales de que se segregaron tiempo atrás. Desaparecen las situaciones de desigualdad perpetuada, que, además de demorar la eficacia curativa, trivializaban el remedio definitivo de las enfermedades mentales. El Derecho protector de la salud fomenta estos efectos con fórmulas de rápido diagnóstico y nuevas terapias, cuya originalidad acelera la reintegración social de los pacientes.

La técnica legislativa —que se adhiere a esos valores culturales y revisa sus normas de organización— parte de postulados varios. Los servicios dedicados al tratamiento de enfermos mentales han de integrar, a su vez, los servicios médicos generales, so pena de frustrar el enfoque racionalizado de la enfermedad y reafirmar los estados de discriminación que lo impiden. La conversión en Derecho objetivo y, si es posible, la codificación de los *derechos individuales del enfermo* —como tal y como ciudadano— emanan del dictado de ese Derecho de los pueblos y de los principios constitucionales en que se reproducen y resuenan. Hay que plantear un régimen educativo y unas garantías —reconocidas al enfermo y a su entorno familiar— que ofrezcan información veraz e inteligible sobre los instrumentos jurídicos de que disponen unos y otros. A la satisfacción de estas demandas se añaden cuantas medidas contribuyen a redefinir un trata-

miento sanitario completo —apto, pues, para desvanecer los males que aquejan al enfermo— e imprescindible para rescatar las expresiones de su dignidad personal.

Los *estilos represivos* de antaño defendían la marginación de los enfermos, cuya antisocialidad se presumía sin prueba en contrario, ni atisbos de solidaridad y templanza. La corrección de estos desmanes es obra, en buena parte, de las propuestas del Derecho Penal humanitario y de las soluciones reconstructivas de la personalidad del enfermo. A la perspectiva de una atención irregular y discontinua, sucede la de un régimen comunitario permanente, racional y acreditado por el éxito de sus experiencias. La degradación de los enfermos mentales —sujetos, hasta entonces, de un género diverso— cede ante la exigencia de que, a causa del respeto que su dignidad personal requiere siempre, ocupen un *espacio habitable* en el seno de la familia humana. Se descartan los tratamientos jurídicos devaluados por el recurso —fatigoso y precario— a fórmulas normativas residuales y se incorporan las organizaciones resueltas a asegurar el éxito social de la moderna noción de *salud pública*. Se asientan objetivos que, aderezados con las pautas de la ciencia de la Medicina, marcan unos propósitos tan ambiciosos como indispensables para el bienestar de la sociedad pluralista.

El legislador —presto a seguir las orientaciones que la Medicina señala— no pierde de vista que la *razón de ser de su autoría* consiste en adoptar las medidas necesarias para la prosperidad de una política sanitaria que se caracteriza por ser, a la vez, social y económica. Lo primero, porque beneficia a todas las personas y comunidades integradas en una sociedad cuyo pluralismo y crecimiento constan a todas luces. Lo segundo, porque su ejecución urge, de modo inaplazable, a los poderes públicos que financian y realizan sus encarecimientos. Ello prohíbe que —pese a la insuficiencia o distribución racional de los recursos aplicables— las adquisiciones primordiales del Derecho protector de la salud se difieran más allá de lo que —llegado el momento de redefinir los contenidos esenciales de un haz de derechos tan innovador como exigente— reclaman la sensatez de las demandas sociales y el parecer de una opinión pública verazmente informada.

5. Contenido esencial del derecho a la protección de la salud

La enfermedad y la salud se relacionan mediante un *protagonismo antagónico*, evocador de las confrontaciones con que los principios

maniqueos del bien y del mal asediaban la libertad de la persona y se disputaban su cautividad. El reconocimiento del derecho a la protección de la salud, como un simple *principio rector de la política social y económica*, encierra contradicciones que han de superarse. La protección de la salud no puede estar al margen de las finalidades que, animadas por los *compromisos colectivos de transformación* del Estado social y democrático de Derecho, condensan ese acervo de principios. Procede que, de acuerdo con la naturaleza de las cosas, allí donde sólo parece lucir una consigna programática, se descubra la enérgica presencia de un derecho constitucional.

La delimitación del *contenido esencial* o núcleo invulnerable del derecho a la protección de la salud presupone que —dejando a salvo las *inercias autodestructivas* que nacen de elecciones infaustas del arte de vivir— la persona tiende a mejorar por mor de su instinto bondadoso de conservación y de progreso. Las reacciones —no siempre previsibles ni evitables— del *mundo circundante*, introducen modalidades de agresión que debilitan y/o sofocan los esfuerzos positivos de la razón vital. El óptimo de *estado saludable* pretende reflejar el imperio que la razón conquista, merced al equilibrio individual y el proceso siguiente de autorrealización. Se trata de objetivos que atraen las atenciones de la ciencia de la Medicina en las relaciones individuales, beneficiadas por su auxilio, y en las relaciones colectivas que —mantenidas con las comunidades y los grupos sociales— aportan los resultados de sus hallazgos e investigaciones.

El contenido esencial del derecho a la protección de la salud implica que —no obstante la vigorización de los lazos que entreteje la sociedad pluralista con los individuos que forman sus grupos— la persona y la sociedad se contradicen con más frecuencia de la conveniente para la prosperidad de sus contactos. Los factores colectivos —variables de una ecuación que, como eco de la estructura social, facilita el conocimiento y la convicción de sus cambios— prueban la intervención de fuerzas que arriesgan e inclusive arruinan las expectativas de cada proyecto existencial. Los grupos sociales —llamados a contribuir a los ciclos de perfección individual y a paralizar los ataques que su espontaneidad experimenta— se exponen a deformaciones que invalidan su condición de coadyuvantes a la causa de la dignidad personal y hacen de ellos sus más encarnizados adversarios. Todo proyecto integrador —en cuanto sanamente antropocéntrico y accesible al resto de la comunidad— lo es también de un modo saludable de vivir, aunque adolezca de las claudicaciones causadas por los *episodios de miseria moral* que le abruman y, a veces, secuestran de por vida.

El que fue, en principio, un proceso armonizador del papel de los grupos sociales y de los individuos, se muda en un *haz de realidades* de orígenes varios, que, quiérase o no, exhuman y exhiben el *estado de conflicto* que enfrenta a la persona con las expresiones negativas de esa perversión.

El dilema *salud-enfermedad* pertenece a la evidencia de un conflicto que asumen, de mejor o peor grado, cuantas personas o grupos cultivan la alternativa de sobrevivir o perecer. Las agresiones del medio social —que, para mal, no siempre constituye, al modo de excelencia, la *circunstancia complementaria del yo del sujeto*— aumentan las flaquezas del *ser desfalleciente* que se advierte en la condición de la *persona caída en este mundo*. La situación se salda con el prevalecimiento de la sociedad agresiva —cuyos atentados privan de consistencia a la persona y la sumen en el abismo de la enfermedad— o con la victoria de quienes, persuadidos de la posesión de los recursos de su *salud básica* y consumiendo los elementos de su *reserva de salud*, continúan el camino emprendido en pos de su *autorrealización*. Hay que sobrepasar los minimalismos del *concepto normativo* de salud y edificar un *concepto polivalente y positivo* que informe de lo que la *salud básica*, la *reserva de salud* y la *autorrealización* son y significan.

La *salud básica* —que consiste en la *ausencia de mal* o menoscabo análogo— equivale a un valor de cuya posesión se es consciente y de cuya privación no cabe duda ante el ataque de la enfermedad que la deteriora o destruye. Es poco menos que axiomática la idea de que, conceptualmente hablando, esta noción no admite grados intermedios. De la salud básica se dispone, sin detrimento alguno, o, en otro caso, no se cuenta —ni en todo ni en parte— con el goce del bien que constituye.

La *reserva de salud* equivale al conjunto de bienes sicofísicos que, además de ayudar a resistir el asedio de la enfermedad, capacitan para combatir los desmerecimientos derivados de la erosión de la voluntad, la fatiga y el progreso de la desilusión. Es claro que toda persona cuenta con la correspondiente dosis —abundante o escasa— de su reserva de salud.

La *autorrealización* designa la plenitud del equilibrio personal, al subrayar lo vigoroso de una existencia autónoma que, a diferencia de la reserva de salud, puede lograrse plenamente, lo que parece harto difícil o imposible, o sólo en parte, lo que se considera más probable. La autorrealización comprende la consciencia del bienestar físico que tiende a conservarse, el disfrute razonable y útil de los bienes materiales, la morigeración de la avidez desordenada, la búsqueda de la serenidad interior

y la estabilidad del humor, la frecuencia de las actividades predilectas, y la gratificación de los contactos con el entorno personal y social. La autorrealización trasluce, a las claras, la saturación de la —tan discreta como ambiciosa— *libertad mundana del sujeto*. Equilibrio que surge cuando no existen tensiones anormales que aten la libertad de decisión con que el entendimiento y la voluntad —uno y otra, potencias del alma— se aplican al justo reparto de sus energías. Quizás reside ahí la clave definidora del concepto —tan familiar como indeterminado— que se ha dado en llamar *áurea mediocritas*.

La autorrealización es un dato empíricamente normativo e independiente de las circunstancias del tiempo y del lugar en que se localiza y estimula. Se atiene a la máxima de que la *persona dispone de una naturaleza esencialmente biológica* que, en parte, le pertenece como propia y, en parte, corresponde al acervo común de la familia humana. Sus dimensiones conceptuales prueban una bondad intrínseca que la eleva a *principio rector de la vida*. Si, consumida por los demonios interiores o por las agresiones venidas de fuera, la naturaleza decae y se empobrece, la persona —cuya capacidad de resistencia no acierta a encajar la contrariedad de esa derrota— se ve oprimida por la enfermedad que la sojuzga. Lo paradójico de la naturaleza —optimistamente rescatada frente al pesimismo de la *convivencia antisocial* y destructiva— es que, aunque afectada por los desalientos que le aquejan, se regenera, reacciona contra los ataques de que ha sido víctima, y no desiste del propósito de resituarse en su *espacio habitable* y propagar su influjo a cuanto le rodea.

La realidad —de cuyo conocimiento y relativo control depende ese equilibrio— se presiente, entiende e interpreta mediante el ejercicio de las aptitudes superiores del sujeto. La persona no ignora que su existencia —condición de la lucidez y efectividad de las actividades electivas— está cercada por numerosos riesgos de flaqueza que hay que conjurar. Su autoconciencia se refuerza a medida que, más allá del *pienso luego existo*, administra con tino las prevenciones y avisos que sus experiencias le deparan. Toma cuenta y razón de que la *suma de incentivos* —que, al poblar su interior, constituyen la razón de ser de su *existencia ilusionada y ambiciosa*— se ha de complementar con las acciones exteriores que aventajen sus capacidades. El cultivo de la espontaneidad —moderado por la virtud de la prudencia— proviene de una necesidad física cuya satisfacción, si es recta y tempestiva, no se parece en nada a los excesos del desorden síquico o lo exagerado de ciertas apetencias.

La aceptación que hace la persona de sí misma y del medio en que se desenvuelve, confirma el principio que —al descubrir el *verdadero*

rostro de la teoría y denunciar sus falsificaciones— exige que *el sujeto individual se apegue a la realidad y se obligue a explicarla en lo múltiple de sus manifestaciones*. Esta *dependencia relativa de lo ajeno* invita, por compensación, a defender la libertad personal y preservar, aún con más energía, los reductos de la intimidad. La persona —que, aunque dotada de salud, soporta estas tensiones— comparte la necesidad de actuar en el campo de su autonomía, de ejercitar su entendimiento y de satisfacer cuantas opciones le sugieren las potencias del alma. De reaccionar, en suma, frente a la tentativa invasora que —contrariando sus aspiraciones a razonar y decidir por cuenta propia— pretende imponerle una *cosmovisión autoritaria y sofocante*.

La adquisición de los niveles de madurez que aproximan a la plenitud saludable, despierta *actitudes de asombro* ante los fenómenos que ponen a prueba el siquismo personal, especialmente si sus estímulos emocionales demandan respuestas de mejora y progreso. Además de esta *totalización optimista*, la autorrealización transmite a la existencia personal una continuidad o cúmulo de experiencias cuya *autoselección instintiva* determina la elección de las vivencias superiores que prevalecen sobre las de signo inferior.

La persona tiene cumplida noticia de que, gracias a esta evolución perfectiva, su condición existencial —regenerada en ella misma y reconocida en la actuación de los demás— vigoriza sus afanes de curiosidad, le invita a analizar la magnitud de las cuestiones afrontadas y, lejos de disuadirla o abrumarla, le identifica más intensamente con los problemas de la familia humana. La salud es disponibilidad y prosecución del proyecto de ocupar y mantenerse en los espacios de la comunidad donde —para regenerar sus expectativas y revitalizar sus ilusiones— la persona trata de encontrar un refugio lo menos precedero posible.

Si el individuo autorrealizado asume riesgos que, no obstante la entereza de su vigor vital, debilitan su conexión con otras existencias personales, la voluntad de consolidar sus adquisiciones —cuales la independencia, la protección de la intimidad, y la aversión al dogmatismo— testimonia la receptividad de un carácter que, salvo insuperables obstáculos, se engrandece con la incorporación de esos valores.

Los elementos definidores del contenido esencial o núcleo invulnerable del derecho subjetivo a la protección de la salud, ofrecen un insustituible valor para el Derecho objetivo, cuando se sirve de ellos al amparo de la Medicina que constata su presencia o ausencia. Descansan en la idea de que la igualdad —fundamento de las libertades accesibles y nunca freno de su tendencia expansiva— es inherente al mensaje puesto en circulación para divulgar el *concepto moderni-*

zante de salud. He ahí el lugar en que confluyen la ciencia de la Medicina —que casi obliga a realizar actos de fe en la existencia de los mismos— y el Derecho obligado a aceptarlos, para ordenar su régimen jurídico y señalar sus consecuencias. La dignidad de la persona humana desmerece si, al fracasar ese proceso ideal de perfección, con él se esfuman las aspiraciones que imprimen carácter a la *posesión de estado saludable*.

No huelgan algunas consideraciones sobre la relación que, desde perspectivas distintas, guardan los elementos del derecho a la protección de la salud.

A la hora de pormenorizar su contenido, *la salud básica sólo es*, ya que consiste en la ausencia de enfermedad y carece de elementos tangibles. *La reserva de salud*, en cambio, *se posee*, mientras que *la autorrealización se persigue y alcanza en magnitud variable*.

Si se parte de la *vinculación al individuo*, *la salud básica es un hecho* explicable por el dilema del todo o de la nada, mientras que *la reserva de salud incluye riesgos* cuya entidad variable les expone a una toma directa de conciencia. *La autorrealización proviene de una norma de conducta personal* cuya prosperidad explica lo directo de esa concienciación. La salud básica presupone la dosis de salud necesaria para llevar al mejor de los fines las opciones de la autorrealización.

A la vista de sus relaciones *con la enfermedad*, la salud básica *sufre siempre los efectos de su destrucción*, mientras que la reserva de salud *actúa y multiplica la capacidad de resistencia* neutralizadora de las agresiones que le aquejan, y la autorrealización *elimina las expresiones patológicas* en que el activismo de las enfermedades consiste.

Desde una *perspectiva orgánica*, la salud constituye un estado corporal, no absoluto, que consta de la ausencia de enfermedad y de la aptitud refleja para rechazar sus ofensivas. La salud pasa a ser el *modo de relación preferible* entre la persona —realizada a través de su pleno equilibrio— y los medios en que, de presente, se aprecia su existencia y, de futuro, se ordenan sus esperanzas y proyectos.

El contenido esencial o núcleo invulnerable del derecho a la protección de la salud se transmite a las *cláusulas legislativas de reconocimiento reveladoras*, de una institución o figura que, hoy por hoy, se precia de su condición innata, de su adhesión al crédito moral en que la dignidad de la persona está presente, y del clamor creciente —como parte, que es, del orden natural— por su inserción en los textos constitucionales. El Derecho Positivo de los países civilizados debe aplicar a esta incorporación las soluciones de técnica jurídica que, con energía

normativa y ánimo de transformación, ponderen las ventajas de las consideraciones expuestas y no duden en remover cuantos obstáculos desaceleren su expansión o impidan alcanzar la plenitud de su prosperidad.

Manuel María Zorrilla Ruiz
Julio 2002

Estudios de Deusto



Universidad de
Deusto

