

Estudios de Deusto

Vol. 50/1 Enero-Junio 2002

Sumario

**Sobre las palabras
«responder»,
«responsable» y
«responsabilidad»**

Ricardo de Angel Yáguez

**Universales versus
absolutos:
Una crítica filosófica del
relativismo cultural**

Pablo Figueroa Regueiro

**El ordenamiento
jurídico de la Seguridad
Social frente al
envejecimiento de la
población española**

Víctor Fernando Manrique
López

**Responsabilidad del
juez en el ejercicio de
su deber: Textos
romanos y visigodos**

Olga Marlasca Martínez

**El deber de
colaboración con la
Administración en el
ámbito de la seguridad
vial (art. 72.3 LTSV). A
vueltas con su discutible
constitucionalidad**

Javier Oraá González

**Parejas de hecho y
conflictos de leyes
internos**

María Aurora Ruiz Ferreiro

**Los problemas
derivados de la
coexistencia de
las reglamentaciones
sobre los créditos
documentarios *stand-by*
y sobre las garantías
independientes**

Javier San Juan Crucelaegui

**Aproximaciones al
concepto de interés
general**

Manuel María Zorrilla Ruiz

La mirada de la víctima
Reyes Mate

Universidad de
Deusto

.....

Estudios de Deusto

Estudios de Deusto

Revista de la Universidad de Deusto

Segunda época. Vol. 50/1
Desde su fundación vol. 68
(Fasc. 108)
Enero-Junio 2002

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

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

Publicación impresa en papel ecológico

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

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

Impreso en España/Printed in Spain

Fotocomposición: IPAR, S. Coop. - Bilbao

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

Sumario

Estudios

- Ricardo DE ANGEL YÁGÜEZ, *Sobre las palabras «responder», «responsable» y «responsabilidad»* 11
- Pablo FIGUEROA REGUEIRO, *Universales versus absolutos: Una crítica filosófica del relativismo cultural* 45
- Víctor Fernando MANRIQUE LÓPEZ, *El ordenamiento jurídico de la Seguridad Social frente al envejecimiento de la población española* 77
- Olga MARLASCA MARTÍNEZ, *Responsabilidad del juez en el ejercicio de su deber: Textos romanos y visigodos* 103
- Javier ORAA GONZÁLEZ, *El deber de colaboración con la Administración en el ámbito de la seguridad vial (artículo 72.3 LTSV). A vueltas con su discutible constitucionalidad* 133
- María Aurora RUIZ FERREIRO, *Parejas de hecho y conflictos de leyes internos* 141
- Javier SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Los problemas derivados de la coexistencia de las reglamentaciones sobre los créditos documentarios stand-by y sobre las garantías independientes* 173
- Manuel María ZORRILLA RUIZ, *Aproximaciones al concepto de interés general* 201

Conferencias

- Reyes MATE, *La mirada de la víctima* 229

ESTUDIOS

SOBRE LAS PALABRAS «RESPONDER», «RESPONSABLE» Y «RESPONSABILIDAD»¹

Ricardo de Angel Yágüez

Sumario: 1 y 2: Propósito y límites. 3 a 8: «Responder». 9 a 16: «Responsable». 17 a 20: «Responsabilidad». 21: Las tres palabras, en el Código civil.

1. Siempre me ha intrigado el significado de la palabra «responsabilidad», como creo que ocurrirá a muchos juristas. No en vano es una de las que más presentes están en nuestro lenguaje y en nuestras categorías *técnicas*, disputándose la primacía con términos como *ley, norma, deber, obligación, derecho, facultad, culpa, daño, contrato, sanción*, y otros sin los que nos sería imposible expresarnos².

Son muchos los casos en los que cabe preguntarse qué idea encierra de verdad el vocablo *responsabilidad*. Por ahora, dejo constancia de lo justificado de la incertidumbre cuando, por ejemplo, nos referimos a la dualidad *responsabilidad* contractual-*responsabilidad* extracontractual, o a la *responsabilidad objetiva*³, o a la *responsabilidad por hecho ajeno*. Y no digamos cuando el empeño está en distinguir entre responsabilidad jurídica y otras formas de responsabilidad (por ejemplo, la moral o la política).

Si acudimos a la *palabra-origen*, la de *responder*, los motivos de reflexión suben de tono al advertir que por ella se entiende tanto el hecho de *contestar* (a alguien o a algo) como el de *estar obligado a cumplir* (algo) y, más concretamente, *a reparar* (un daño causado).

Y no son menores las causas de (aunque superable) admiración al observar que atribuimos a alguien la condición de *responsable* de un

¹ Este trabajo constituye la aportación del autor al Libro Homenaje al Profesor D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, que preparan algunos de sus más directos discípulos.

² No es ningún descubrimiento, sino pura consecuencia de que el Derecho es el paradigma de las ciencias sociales, advertir que esas palabras están también presentes en el hablar del común de los mortales.

³ Expresión esta última que, como es sabido, ha dado lugar a tantas reservas, incluyendo la que ve en ella una *contradicción*.

accidente de tráfico, mientras que de otra persona decimos que es *muy responsable* en sus negocios.

El texto que sigue es fruto de algunas modestas indagaciones que he hecho al respecto. Quizá no sean impropias en el homenaje al maestro DíEZ-PICAZO, que a la responsabilidad ha dedicado, precisamente, algunas (es un decir: son muchísimas) de sus mejores páginas⁴.

Cabría pensar que referirme a las tres palabras es superabundante, pues todas ellas tienen la misma raíz, pero creo que podrá observarse que no es así. Tanto su diferente origen en lo filológico, como la evolución de sus significados, justifican —a mi entender— un tratamiento en parte separado. No significan necesariamente lo mismo las afirmaciones «*X responde del incendio*», «*X es el responsable del incendio*» o «*la responsabilidad del incendio es de X*».

Para empezar, se distinguen, y a veces entrecruzan, los significados moral y jurídico; y dentro de este último, básicamente, el penal y el civil. Además, no pocas veces lo importante es distinguir entre responder *por un acto* y responder *de un resultado*. De otro lado, y a veces como cuestión previa, se hace necesario determinar qué criterio de imputación es el que lleva a *responder*. Añádase que decir que existe *responsabilidad* entraña muchas veces la puesta en juego de «*juicios*» no siempre fáciles (por ejemplo, sobre capacidad o sobre ilicitud). Por si fuera poco, y como luego pondré de relieve a la vista del significado «académico» de alguno de los vocablos que me ocupan, la *responsabilidad* puede predicarse *ex ante* (antes de producirse el hecho, o antes de que un tercero resuelva sobre ella), pero también —y esto suele ser lo importante en el caso de la responsabilidad en Derecho— *ex post*, esto es, por medio de una *resolución* (es decir, la solución, el desenlace) constitutiva de la *verdad jurídica*.

Y esto, sin considerar por ahora aspectos filosóficos a los que más adelante haré breve alusión⁵.

Los alrededor de cien lugares en que nuestro Código civil utiliza el verbo *responder*, como tal o con palabras derivadas, según diré al final de este trabajo, permiten que mis apreciaciones giren sobre todo en torno al Derecho civil, pero debe advertirse algo tan obvio como es

⁴ Sin ir más lejos, téngase presente su libro *Derecho de daños*, Madrid, 1999, en el que sobresale el objetivo de mostrar cómo es y cómo funciona el «sistema» de responsabilidad, pero sin descuidar, naturalmente, la noción misma. Esto último, sobre todo, en los capítulos XI y XII.

⁵ Menciono ya el «saboroso opúsculo», como lo califica su traductor al español, titulado *Sobre la responsabilidad (sus fundamentos ópticos)*, de Roman INGARDEN; con prólogo y traducción de J.M. PALACIOS, 2.ª ed. española, Madrid, 2002.

que, siendo esta aportación un análisis, por así decirlo, «gramatical», las principales observaciones sobrepasan el ámbito de dicha disciplina e incluso de lo jurídico.

Desde este último punto de vista, el estrictamente jurídico, PANTALEÓN PRIETO ha puesto de relieve, refiriéndose a la palabra «*responsabilidad*», que con ella aludimos a tres cosas diferentes: en primer lugar, al «*tener que responder*» del daño sufrido por otra persona, resultando el responsable obligado a indemnizar dicho daño al perjudicado; en segundo término, en un sentido completamente diferente, «*responsabilidad*» forma binomio con «*deuda*», integrando la posición pasiva de la relación obligatoria, esto es, reflejando la idea de «sumisión al poder de agresión del acreedor»; en tercer lugar, a veces empleamos «*responder*» como otro modo de decir «*estar obligado*», y no necesariamente, aunque será lo más frecuente, a indemnizar daños y perjuicios (por ejemplo, cuando hablamos de responsabilidad directa o principal y de responsabilidad subsidiaria, o de responsabilidad solidaria y de responsabilidad mancomunada)⁶.

2. No es raro que, al estudiar la responsabilidad, los civilistas dediquemos alguna atención a la raíz del vocablo⁷, pero es infrecuente encontrar trabajos monográficos dedicados a análisis semánticos.

Contamos, sin embargo, con un interesante y documentado trabajo de SCHIPANI⁸, cuyo subtítulo (aportaciones para una reflexión sobre problemas de la elaboración del concepto sistemático general designado por el término responsabilidad) da una pista sobre los propósitos del autor; propósitos que él mismo, como no podía menos de ser, declara inacabados.

Mi presente estudio persigue en parte el mismo objetivo, aunque por otro camino. Innecesario es advertir que no se trata del trabajo de un filólogo, que no lo soy, ni de un filósofo del Derecho, pues tampoco

⁶ F. PANTALEÓN PRIETO, *La responsabilidad civil de los auditores: extensión, limitación, prescripción*, Madrid, 1996, pp. 16 ss.

⁷ Así sucede, de manera especial, en las enciclopedias jurídicas. No obstante, es tan grande la «diversificación» que ha alcanzado la palabra «*responsabilidad*», que lo habitual ahora es abordar los significados específicos, más que el genérico del vocablo. Esto ocurre, por ejemplo, en *Enciclopedia jurídica básica*, Madrid, 1995, IV, pp. 5910 ss., donde se estudian nada menos que 15 «tipos» (jurídicos) de responsabilidad. Algo parecido se ve en *Novissimo Digesto italiano*, 3.^a ed., Turín, 1957, voz *responsabilità civile*, de SCOGNAMIGLIO.

⁸ Me refiero al que en su versión en español se titula «Apuntes sobre el origen del término responsabilidad», *Revista de responsabilidad civil y seguros* (Buenos Aires), año II, núm. VI, noviembre-diciembre 2000, pp. 145-162.

quiero incurrir en intrusismos⁹. Las que siguen son unas breves reflexiones sobre lo que —en esta materia— me hace pensar el lenguaje, en su aplicación al Derecho.

Lo mucho que da de sí el «análisis semántico» o, como él dice ser mejor, la «semántica conceptual» aplicada al término «responsabilidad», queda muy bien puesto de relieve en uno de los ensayos del libro *Le Juste*, de RICOEUR¹⁰. Este autor se pregunta, por ejemplo, acerca de la razón por la que, siendo la palabra *responsabilidad* un término tan sólido en el plano jurídico, tenga sin embargo un origen tan reciente y carezca de significativa relevancia en la tradición filosófica. El sentido jurídico originario lleva a la idea de obligación: obligación de reparar o de sufrir una pena; pero el adjetivo *responsable* entraña tal diversidad de acepciones («empleos difusos») que *responsabilidad* refleja una obligación de hacer que excede el marco de la reparación y del castigo¹¹.

A parecida conclusión llega INGARDEN¹², cuando, al terminar su brillante ensayo, dice: «Mas, si en ulteriores investigaciones se mostrara que estas cuestiones han de responderse de otra manera, se cerniría entonces el peligro de que se tuvieran que poner en cuestión los postulados universalmente aceptados del obrar responsable, del asumir la responsabilidad y del hecho de hacer responsable a alguien. Pero puede que el camino futuro de tales consideraciones mostrase que no son las soluciones de los problemas dadas aquí las que habría que mejorar, sino solamente sus formulaciones lingüísticas, para que pueda fundamentarse mejor el que tenga sentido y el que sea posible la realización de la responsabilidad».

No obstante, como antes decía, yo no intento entrar en las profundidades filosóficas a las que RICOEUR e INGARDEN llegan (o pretenden llegar) a partir de la semántica. Tampoco lo permitiría el lugar de este trabajo.

⁹ En este terreno, merece muy especial consideración y me ha sido muy ilustrativo, entre la bibliografía en español, el libro de Pablo LARRAÑAGA, *El concepto de responsabilidad*, México, D.F., 2000. En él se analiza el significado jurídico del concepto en KELSEN, ROSS y HART; me referiré a él más adelante. La bibliografía extranjera al respecto es muy copiosa.

¹⁰ P. RICOEUR, *Le Juste*, París, 1995, pp. 41 ss. (*Le concept de responsabilité. Essai d'analyse sémantique*). Después de hecha esta cita, llega a mi conocimiento la existencia de una traducción al español, en edición chilena: *Lo justo*, Santiago de Chile, 1997.

¹¹ Aun sin desaparecer, realmente, la referencia a la *obligación*; ésta se ha convertido en la de cumplir ciertos deberes, asumir ciertas cargas, hacer frente a ciertos compromisos.

¹² *Op. cit.*, p. 102.

Pero creo que esta línea de indagación puede ser provechosa en muchos conceptos jurídicos. Pienso, por ejemplo, en lo útil que sería descubrir, en la noción de *contrato*, más que la perspectiva «clásica» de *acuerdo de voluntades*, la de «promesa». Se trataría de profundizar más en lo que *cada parte* del contrato promete dar, hacer o no hacer. Este punto de vista —ver el contrato, sobre todo, como *un acto de cada parte* del mismo— permitiría entender y justificar mejor ciertos mecanismos jurídicos (modificación sobrevenida de las circunstancias, facultad resolutoria, «influencia continuadora de la causa», frustración del fin del contrato, «condición implícita», alcance de la indemnización en caso de incumplimiento, etc.), partiendo de la base de que esa «promesa» del contratante se encuentra sometida a su presuposición de que no van a ocurrir (o, en su caso, de que van a acontecer) ciertos hechos. En síntesis, sería una promesa fundada en una *razonable previsión*¹³. Mas no es cuestión de que me enfrasque en este asunto y me aparte del que me ocupa.

3. Tomando como punto de partida la forma verbal, que parece ser el método ortodoxo para los lingüistas, es cuando menos curioso que en el Diccionario de la Lengua Española¹⁴ la palabra «*responder*» tenga como primera acepción la de «contestar, satisfacer a lo que se pregunta o propone», siguiéndolas otras entroncadas con ese significado, mientras que queda para la acepción 16 la que a los juristas nos interesa más. De ella se manifiesta que es (dicho de una persona) «*estar obligada u obligarse a la pena y resarcimiento correspondientes al daño causado o a la culpa cometida*».

Es muy probable que no sea casual, en primer lugar, que se distinga entre «estar obligada» y «obligarse» (la persona). Es tentador pensar que cuando el Diccionario se refiere a «estar obligada», quiere aludir al caso en que la «obligación al resarcimiento» viene impuesta por la ley; vale decir, es ajena e independiente a la voluntad del *obligado*. ¿Se está refiriendo el texto a lo que los juristas llamamos *responsabilidad extracontractual*? Y el «obligarse» parece sugerir la idea de que quien queda sujeto al deber de resarcimiento es porque lo quiere o porque lo acepta, esto es, por su propia voluntad (¿la *responsabilidad contractual*?)¹⁵.

¹³ Esta reflexión me viene inspirada —aunque no constituye la intención de su autor— por la lectura de Hernán CORRAL TALCIANI, «La definición de contrato en el Código civil chileno y su recepción doctrinal. Comparación con el sistema francés», en *Roma e America. Diritto romano comune*, 12/2001, pp. 131-155.

¹⁴ Me refiero a su 22.^a edición, Madrid, 2001 (en adelante, DRAE).

¹⁵ Esta misma doble perspectiva se encuentra en el *Diccionario del uso del español* de María MOLINER, Madrid, 1989, II. En la palabra *responder* recoge la acepción de «tener o

En segundo término, es significativo el contraste entre responder como *contestar* y como *resarcir o reparar*. Por expresarlo de forma sintética, y haciendo uso de locuciones que utilizaré también más adelante, se trata, respectivamente, del *responder a alguien (o a algo)* y *responder de (o por) algo*.

Esta diversidad de significados no se da sólo en español, sino también en otros idiomas.

En francés, por ejemplo, el verbo *répondre* tiene en los diccionarios más autorizados una primera acepción de «dar a conocer a cambio su pensamiento, su sentimiento (a aquel a quien se dirige la persona representada por el sujeto)». Es decir, «dar respuesta». Y es en una acepción muy posterior cuando se encuentra, complementada con alguna preposición, la idea de «comprometerse en favor de alguien» o «ser responsable de»¹⁶. Igual, en italiano: *rispondere di* es «responder por», equivalente a *essere garanti di*¹⁷.

Y otro tanto ocurre en inglés, donde el verbo *to respond* es tanto *to answer* (contestar a una pregunta, por ejemplo), como *to be answerable*. Esto último equivale a *to be responsible*. Es decir, significa también *responder de algo*. Algún diccionario añade: «*to render satisfaction*»¹⁸.

Sin embargo, hay que hacer notar que el verbo *to respond* no se encuentra siquiera citado en acreditados diccionarios jurídicos del mundo anglosajón¹⁹. Circunstancia que, a mi juicio, es reveladora de que en el

contraer alguien la obligación de compensar cierto daño posible». Es claro que, desde el punto de vista jurídico, *tener* y *contraer* responden a fenómenos y conceptos diferentes. El doble sentido, sin embargo, no se encuentra en el *Diccionario Ideológico de la Lengua Española* de Julio CASARES, Barcelona, 1944, donde por *responder* se dice: «estar uno obligado a la pena y resarcimiento correspondientes».

¹⁶ *Le Grand Robert de la Langue Française*, 2.^a ed., París, 2001. Ciertamente, no existe en francés una palabra que se corresponda con el *contestar* español, en el sentido de *responder* (a una pregunta, a una carta o a una reclamación). El *contester* francés, en cuanto expresivo de poner en duda, impugnar, negar, recusar, se aparta del *contestari* latino —«poner a uno por testigo, invocar el testimonio de alguien»— tanto como el *contestar* español, al menos en la primera acepción del DRAE. Esta es la de «responder a lo que se pregunta, se hace o se escribe», mientras que la 2, en la misma línea, define el vocablo como «responder a una llamada». No obstante, y aunque en estas acepciones pueda tratarse de un galicismo, no cabe ignorar que la acepción 3 de *contestar* en el actual DRAE es «replicar, impugnar», mientras que la 6 es «adoptar actitud polémica y a veces de oposición o protesta violenta contra lo establecido ...»

¹⁷ M.V. NOCETI, *Diccionario bilingüe de terminología jurídica (italiano-español, español-italiano)*, Buenos Aires, 1995, p. 280, entre otras.

¹⁸ Este último «dar satisfacción» equivale a nuestro *satisfacer*, en cuanto aplicable a «pagar enteramente lo que se debe».

¹⁹ Por ejemplo, en BURROWS, *Words and phrases judicially defined*, Londres, 1944, vol. IV, p. 576, *Black's Law Dictionary*, 5.^a ed., St. Paul, 1979, p. 1.179, HANDLER, *Ballen-*

inglés jurídico la idea de *estar obligado a reparar*, como verbo, no en otras formas gramaticales, no tiene demasiado relieve; a diferencia de lo que, obviamente, ocurre con ese verbo en español.

4. En el apuntado contraste entre responder como *contestar*, y como *resarcir* o *reparar*, acaso la aparente diversidad no lo sea, o no lo sea tanto.

Para tratar de hallar el posible origen de la eventual divergencia, parece inexcusable acudir al antecedente latino; esto es, al verbo *respondere*.

En los diccionarios se encuentran criterios diferentes.

Por ejemplo, en el *Oxford Latin Dictionary*²⁰ la primera acepción de *respondeo* es la de «hablar en contestación a una pregunta o petición, etc.» Con motivo de esta acepción se hace referencia a la palabra *sponsio*, que a su vez significaba promesa (oral y solemne), seguridad, garantía, compromiso oral y recíproco entre dos partes de pagar cierta suma, etc.²¹ Las acepciones 2 a 6 son variantes que giran en torno a la idea de «respuesta», y es sólo la 7 la que entiende por *respondere* «satisfacer las reclamaciones (de un acreedor)» o «garantizar el pago (de una deuda)».

Es decir, en la autoridad citada parece que el significado de «contestación» o «respuesta» de la voz latina *respondeo* es previo o anterior al sentido que esa misma palabra tendría a efectos jurídicos, equivalente al del *deber de reparar* que diríamos hoy.

A modo de inciso, no está de más señalar que, por lo que parece, la voz latina *sponsio* se corresponde con el vocablo griego *spondé* (en nuestra grafía). El verbo griego *spendo* entraña originariamente una noción religiosa: concluir un tratado, o una tregua, bajo la garantía de una libación a los dioses. En formas compuestas, por ejemplo con el prefijo *epi*, representa la idea de «garantizar, comprometerse a dar». En definitiva, *spendo* experimenta el tránsito de un sentido religioso a un sentido jurídico y político²². En latín, añade la fuente en que ahora me baso, *spondeo*, derivado del griego *spendo*, se corresponde con el sentido jurídico de este último vocablo, esto es, el de «comprometerse solemnemente, hacerse garante de».

tines's Law Dictionary: Legal Assistant Edition, Albany, 1994, p. 477, o STEWART, *Scottish Contemporary Judicial Dictionary of Words and Phrases*, Edimburgo, 1995, p. 513.

²⁰ Oxford, 1968, pp. 1633 ss. (en adelante, OLD).

²¹ SEGURA MUNGUÍA, *Nuevo diccionario etimológico latín-español y de las voces derivadas*, Bilbao, 2001.

²² *Dictionnaire étimologique de la langue grecque. Histoire des mots*, de P. CHANTRAINE, París, 1968, p. 1036.

Volviendo a la conclusión que sugiere el *Oxford Latin Dictionary*, es la misma que puede alcanzarse a la vista de la voz *respondeo* en el *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*²³, donde a *respondeo* se atribuye un primer significado, gráficamente ilustrado con la adición «ad interrogationem»; lo que hace que la primera acepción del verbo gire en torno al hecho de *ser preguntado o interrogado*. Las acepciones segunda y tercera y cuarta se ajustan a la misma significación, siendo digno de señalarse que la segunda hace referencia a aspectos jurídicos (procesales): se trata de un *respondeo* «ad accusationem, citationem, actionem, similia». Y es sólo en un quinto significado cuando aparece la idea de pagar, satisfacer, cumplir; esto es, la relacionada con lo que hoy entendemos por *responder de algo*.

En el diccionario conocido por «*Forcellini*»²⁴ se observa que aunque el significado propio y etimológico de *respondeo* es el de «prometer» o «responder de», otra acepción (que no se señala como posterior, lo que permite entender que fue simultánea) es la de *dar satisfacción al que pregunta o al que pide*, esto es, «contestar»²⁵.

Sin embargo, en el diccionario de LEWIS y SHORT²⁶, la primera acepción es «prometer una cosa a cambio de algo», u «ofrecer a cambio». Y, como significado más general, el de «contestar, bien a una pregunta, bien a una afirmación, bien a un comentario».

Por tanto, en esta última obra se encuentra la idea de que *respondere* es, en su origen, «obligarse a su vez, responder a una obligación contraída solemnemente»²⁷.

Esta misma opinión es la formulada en *Dictionnaire étimologyque de la langue latine (Histoire des mots)*²⁸, donde se atribuye a *spondeo* el significado de «contraer un compromiso solemne», mientras que la forma compuesta *respondeo* significa «responder a un compromiso solememente contraído». En la fuente a que ahora me refiero, se señala que esa acepción de *respondeo* fue propia, en un principio, del lenguaje religioso, aplicado por ejemplo a las respuestas de los oráculos obteni-

²³ BEROLINI, 1939.

²⁴ *Totius Latinitatis Lexicon*, edición de Prati, 1871, tomo 5, pp. 206-208.

²⁵ En nuestra mente está una forma de *respondere* —como contestar—, que tuvo un notable sentido jurídico. Me refiero a las *responsa*, respuestas de un jurisconsulto a preguntas sobre Derecho.

²⁶ LEWIS y SHORT, *A Latin Dictionary*, localizable en Internet bajo www.perseus.tufts.edu/lexica.html.

²⁷ En la misma línea, recientemente, SEGURA MUNGUÍA, cit. Este autor señala también como segundo significado el de «dar una respuesta oral o escrita, contestar».

²⁸ *Dictionnaire étimologyque de la langue latine (Histoire des mots)* de A. ERNOUT y A. MEILLET, tercera edición, a cargo de J. ANDRÉ, París, 1979, pp. 643-644.

das como consecuencia de un compromiso previamente contraído. Este significado, añade la misma fuente, se ha conservado en el participio *responsum*, que ha quedado como término técnico del Derecho o de la religión. Y al pasar a la lengua común —se añade—, el verbo tomó el sentido general de «responder a una pregunta»²⁹.

De otro lado, existe en latín el verbo *responso*, -are, forma frecuentativa o iterativa de *respondeo*. Significa «responder, replicar», pero también «satisfacer a».

A la vista de estos datos, e insistiendo —para no defraudar al lector— en que mi presente aportación no pretende ser el estudio de un filólogo, me acojo a la hipótesis de que *respondere*, en su origen, significase por igual «contestar a una pregunta» y «obligarse a algo». No es descartable, como decía antes, que la acepción de *responder a* («contestar») fuese anterior o simultánea a la de *responder de o por algo*.

En todo caso, aun dando por bueno que el «contestar a una pregunta» fuera anterior al «responder de algo», es decir, aunque esta segunda acepción tuviese un sentido *figurado* derivado de la primera, aventuro la idea de que cuando en latín *se respondía* por el deudor frente al acreedor, o por un contratante respecto al otro, o por el causante de un daño respecto a la víctima, no se estaba sino *contestando* (en el sentido que en el lenguaje común tiene la expresión «dar respuesta») a la interpelación, pregunta o cuestión que *alguien* hubiera hecho al *responsable* (o *posible responsable*; que lo sea o no, puede depender de la decisión u opinión de un tercero —piénsese en el caso de un pleito—).

Por expresarlo de forma más gráfica, sería como si la víctima de un daño, en un ejemplo «jurídico» de los posibles, plantease al causante del mismo preguntas³⁰ como cualquiera de las siguientes: «¿Sabes lo que has hecho?»; «¿qué va a ocurrir ahora?»; «¿cómo se va a reparar el daño que me has causado?»³¹.

²⁹ En PLAUTO, y después en la lengua de la poesía imperial, el derivado *responso* equivale a «responder a», «replicar».

³⁰ En definitiva, *pregunta* es tanto como «cuestión» (asunto, tema, problema, punto de discusión: SEGURA MUNGUÍA, cit., voz *quaestio*).

³¹ El hecho de que utilice la palabra «víctima» no debe hacernos pensar sólo en los casos que conocemos como de *responsabilidad civil* (extracontractual), que es donde esa palabra está más afincada, sino que con ella quiero designar a todo aquel que sufre el daño atribuible al *responsable*. Lo que nos conduce a cualquier situación regulada por el Derecho. Pero prefiero utilizar el término «víctima» por ser el más habitual en el lenguaje jurídico. «Víctima» sería, en general, el que sufre una lesión injusta. Esta idea de «lesión» —en la que se mira más al que la sufre que al que la causa— puede encontrar acomodo en una de las sugerencias del Profesor Díez-PICAZO, que hace muchos años rubricó como

Dicho de otro modo, habida cuenta de que el verbo latino *respondeo* expresa dos grandes significados (el de *deber de reparar* y el de *contestar*), quizá quepa entender que el primero, el deber de reparar, no es sino una forma de *contestar* a una *interpelación* (la del que tiene derecho a ser resarcido).

En suma: la «víctima» pregunta, requiere, demanda. No deja de ser revelador que el DRAE diga que *interpelar* es «requerir, compeler o simplemente preguntar a alguien para que dé explicaciones o descargos sobre un hecho cualquiera»³². En el español «jurídico» llamamos *interpelar* a «demandar», e *interpelado* al demandado³³.

Así se entiende, por ejemplo, desde algunas perspectivas éticas. En la voz «*Responsabilidad*», del *Diccionario Enciclopédico de Teología Moral*³⁴, se dice lo siguiente sobre la determinación positiva del problema ético de la responsabilidad: «El estudio positivo de la definición de la responsabilidad ética tiene que partir del análisis del significado común que tiene este término. El contenido de este significado es primordialmente el de una *respuesta* dirigida a una *palabra* determinada: uno responde en cuanto que es interpelado, en cuanto que se le ha dirigido una palabra. Pues bien, esta palabra no es indiferente ni deja indiferente al destinatario: de suyo está exigiendo una *contrapalabra*, una respuesta. Por tanto, para el destinatario se trata de una llamada, de una interpelación, de una evocación que le pone en condiciones de ser responsable, o mejor dicho, de *poder responder*, de ser *responsable* (en el doble sentido: el que *puede* responder y el que *debe* responder)»³⁵.

Desde un punto de vista metafísico, creo que la misma idea de *responder* como *contestación* (a algo o a alguien) se encuentra expresada por INGARDEN³⁶, cuando escribe: «*Mas ¿qué quiere decir que el agente es “responsable” de su acción y de su resultado? Significa, primero: que el agente es “culpable” de la realización de un estado de cosas de valor negativo y de la ejecución de una acción de consecuencias negativas, “nocivas”, “malas”: es decir, que éste, “manchado” él mismo*

«lesión del derecho de crédito» lo que tradicionalmente venimos llamando *responsabilidad contractual*.

³² En latín *interpellare* significa tanto «dirigirse a uno», como «pedir», como «apremiar, emplazar (a un deudor)»: SEGURA MUNGUÍA, cit.

³³ Nótese que en inglés jurídico *respondent* es el demandado.

³⁴ Dirigido por ROSSI y VALSECCHI, ed. esp., Madrid, 1980, pp. 942-950. Autor de la voz: A. MOLINARO.

³⁵ El autor, previamente, realiza la «determinación negativa» de la responsabilidad ética, poniendo de relieve que *no es* la responsabilidad civil, ni la responsabilidad penal (responsabilidades jurídicas), ni la imputabilidad psicológica.

³⁶ *Op. cit.*, pp. 31-32.

por su mal paso, por su delito, carga con un disvalor, y, en el caso de que haya realizado un estado de cosas de valor positivo y ejecutado así un acto “bueno”, adquiere un mérito y, con él, un valor positivo. Segundo: que, en la consecuencia de la acción ejecutada y de la realización de un valor o un disvalor, se da al agente la exigencia de eliminar los daños ocasionados o lo que es incorrecto respecto de la justicia y ofrecer una indemnización, así como de borrar el disvalor de un acto mediante el acto de valor positivo del arrepentimiento. Y, tercero: que esta exigencia del agente le impone la obligación de cumplirla. El hecho de que tal deber pese sólo sobre él es el reverso de que él sea responsable de su acto».

Por mi parte, añado que quien *responde* (en ambas acepciones del verbo) *hace frente* a algo que, en el fondo, es la misma cosa: un «problema» (el que entraña la pregunta a la que *se contesta*), o una «situación comprometida» (la derivada del hecho *por el que se responde*³⁷).

Si se tiene presente, además, la equivalencia semántica entre *preguntar* y *pedir* (véase que, aunque con la observación de «desusado», el DRAE atribuye a «pedir», entre otros, el significado de «interrogar, preguntar»; y que la palabra «demandar» significa en primer término *pedir, rogar, pero también preguntar*)³⁸, la interpretación quedaría completa pensando que la víctima *pregunta* y a la vez *pide* al responsable. Y éste *responde*, tanto en el sentido de *dar respuesta* como de *quedar obligado al resarcimiento*. La construcción encuentra su expresión más acabada (pero no es la única) cuando la víctima *pregunta* y *pide* ante un Tribunal, exigiendo satisfacción al (que dice o cree que es) responsable de su daño³⁹.

En este pasaje, bueno será tener presente lo que ocurre con una palabra estrechamente vinculada con las que me vienen ocupando en las últimas líneas. Me refiero al vocablo *requerir* y a su derivado *requerimiento*. De ambos resulta la idea de intimar o solicitar de otro que se haga o se deje de hacer alguna cosa, pero sin que sea posible olvidar

³⁷ Repárese en que «hacer cara a un problema o situación comprometida» es uno de los significados del verbo español *afrontar*. Y *tenir tête à, résister à*, esto es, «hacer frente, hacer cara», son significados que se encuentran en Horacio para el verbo latino *responso*. Se deja constancia de esto último en *Dictionnaire étimologique de la langue latine (Histoire des mots)*, cit., p. 643.

³⁸ En inglés, *to ask* es «preguntar», pero también «pedir»; y *to ask for* quiere decir «preguntar por, buscar», pero también «solicitar, pedir». En francés, *demander* es «pedir», «formular una demanda (ante la Justicia)», pero también, aunque antiguo, «preguntar». Y *demande* expresa tanto «pregunta» como «demanda», «reclamación». En italiano, *d domanda* es «demanda» y «pregunta».

³⁹ Lo hace *demandándole*. Y forzoso es repetir la ambivalencia *pedir/preguntar* del verbo «demandar».

que esas palabras tienen su origen en el verbo latino *requirere* y éste, a su vez, en el *quaerere*. Y *quaerere*⁴⁰ es «buscar», pero también «preguntar», «informarse», «tratar de saber», etc.; y, asimismo, «reclamar», «exigir»⁴¹.

Y, visto que en el lenguaje los conceptos se encadenan con una lógica implacable, bueno será advertir que la noción que se corresponde⁴² con la de «contestar», y con la de «deber de hacer algo», modalidades ambas del *responder* en español, es la de «reclamar». Este verbo, cuyo significado jurídico no nos deja lugar a dudas («exigir algo»), tiene su origen en el latino *clamare*, que es a su vez una forma *cualificada* de interpelar a otro, haciéndolo «a gritos» o «en voz alta»; en definitiva, llamar a alguien en actitud de exigencia y de manera particularmente *formal*, esto es, en términos de *Derecho*⁴³.

Todo ello, desde luego, no impedirá que quien formule la pregunta de *quién responde*, o de *si X responde*, sea un tercero; bien si es un simple observador, bien —con más motivo— si es juez de lo ocurrido⁴⁴.

Hay que hacer notar que en el *Diccionario* de ESCRICHE (un diccionario jurídico, no «común») se atribuye a la palabra *responder* el primer significado de «replicar a un pedimento o alegato». Y es claro que «replicar» entraña la idea de «contestar», según está implícito en la acepción 1 del DRAE y explícito en la 2⁴⁵.

También puede ser expresivo a este respecto lo que revela la palabra *corresponder*. No es que este verbo tenga en sí mismo una acepción que sugiera *directamente* un significado jurídico, pero la introducción en la última edición del DRAE de las palabras *corresponsabilidad* («responsabilidad compartida») y *corresponsable* («que comparte la

⁴⁰ SEGURA MUNGUÍA, cit.

⁴¹ Las cosas se ven todavía con más claridad en el italiano *jurídico*, en el que *richiesta* procede de *richiedere* (pedir la atribución de cuanto se considera que corresponde en Derecho), y a su vez de *chiedere* («pedir a alguien para obtener algo»): *Nuovissimo Vocabulario della lingua italiana*, de DEVOTO y OLI, Milán, 1997. Los autores señalan el origen en el latín *quaerere*.

⁴² Nótese que también en este último verbo está presente el *responder*.

⁴³ Interesa recordar que en inglés, por ejemplo, *to claim* es «reclamar», «exigir», en la misma medida en que lo es *to call for*, expresión esta última en la que el hecho de «llamar» es evidente.

⁴⁴ Es posible recordar aquí tanto la conocida pregunta bíblica de Dios a Caín sobre la muerte de Abel, como la que Karl JASPERS se formuló en su día (ciertamente, no fue el único), sobre la posible *responsabilidad* de Alemania por los crímenes del nacionalsocialismo: *El problema de la culpa. Sobre la responsabilidad política de Alemania*, ed. esp., Barcelona, 1998.

⁴⁵ Joaquín ESCRICHE, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, 3.ª ed., Madrid, 1847, II.

responsabilidad con otro u otros») hace pensar en una forma figurada de *correspondencia*, entendida en su sentido de comunicación entre personas. Podría ocurrir algo parecido a lo que luego diré sobre la palabra *irresponsable*, pues en los dos casos parece clara la procedencia de *responsum*, supino de *respondere*.

5. Es posible que este modo de ver las cosas pueda tener también su reflejo en la lengua inglesa.

Quizá no nos lleve muy lejos la semántica de la palabra *responsibility* (en ningún caso *responsability*), porque cualquier análisis al respecto estaría lastrado por el prejuicio en torno a lo que se pudiera considerar «primer significado» del verbo latino *respondeo*, en el que es obvio que *responsibility* tiene su origen.

Por eso, me parece más significativo acudir a la palabra «*accountability*», sinónimo de *responsibility*⁴⁶. Siendo así que *accountability* es «la cualidad de ser *accountable*», es esta última palabra la que debe guiar nuestros pasos. Y de *accountable* se desprende la noción de «ser llamado a rendir cuentas de algo» o a «*contestar por* responsabilidades y conducta»⁴⁷. Este es también el significado primero de la palabra, en los diccionarios jurídicos anglosajones⁴⁸.

Por tanto, en inglés, «dar cuenta de algo» es una forma de «*contestar*», que a su vez es una de las dos acepciones del *respondeo* latino y del *responder* español⁴⁹.

Y manteniéndonos en la lengua inglesa, quizá sea interesante señalar también que la palabra *liability* —equivalente a *responsibility*, con las salvedades que luego diré— responde a la idea de «ser *liable*». Este

⁴⁶ *The Oxford English Dictionary*, reimpresión de 1970, vol. I (p. 65). En adelante lo citaré como OED.

⁴⁷ El mismo «Diccionario Oxford», *loc. cit.* Si he subrayado las palabras «*contestar por*», ha sido por imperativos del lenguaje. Imperativos que, precisamente, me parece que reafirman lo que vengo sosteniendo. En efecto, la expresión del OED, literalmente, es la de *to answer for responsibilities and conduct*. No podía traducir *to answer* por «responder», ya que eso habría conducido a una notoria redundancia: *responder de responsabilidades*. Lo que sucede es que el OED, para representar la idea de *responder*, no utiliza el verbo *to respond*, que habría sido también correcto, sino el de *to answer*, que es el que más exactamente se ajusta a la idea de «contestar». Todavía me parece más clara la cuestión cuando vemos que el mismo Diccionario considera sinónimos las palabras «*accountable*», «*answerable*» y «*responsible*».

⁴⁸ Por ejemplo, en BURROWS, *op. cit.*, I, p. 85, en *Black's Law Dictionary*, *cit.*, p. 18, y en HANDLER, *op. cit.*, p. 7.

⁴⁹ Es revelador que, aunque en español usemos la expresión *de cuenta de alguien* en varios sentidos («ser a cargo de», «ser a expensas de»), la definición del DRAE es la de «bajo su responsabilidad».

último adjetivo, que el OED considera posiblemente procedente de la palabra del antiguo francés de la misma grafía, se define como «atado u obligado por la ley o la equidad, o de acuerdo con una regla o un convenio». No deja de ser significativo que la palabra en cuestión —*liable*— refleje la idea de «atadura» (*vinculum*) que está presente en el concepto (jurídico y no jurídico) de *obligación*⁵⁰.

6. Creo que puede decirse lo mismo del alemán, idioma en el que *antworten* es «contestar, replicar, responder» (pero también, significativamente, puede ser «reponer»), mientras que *verantworten* se ajusta a la idea de *responder de*⁵¹. De ahí *Verantwortung*, una de las acepciones del español *responsabilidad*⁵².

Quizá no sea atrevida la sugerencia de que en *verantworten* el «polifacético» prefijo *ver-* entrañe la idea de «unión» o «correlación», de suerte que ese verbo revele la idea de *responder positivamente* (esto es, *contestar* de esa misma manera positiva). Si así fuese, lo que *verantworten* añadiría a *antworten* sería que «el que contesta» hace suyo o asume un deber, esto es, *se hace cargo* de tal deber. De ser así, podría llegarse fácilmente a la «coincidencia» con el verbo inglés *to account for* y, en definitiva, con el sustantivo *accountability* como sinónimo de *responsibility*.

7. Es también muy reveladora la circunstancia de que en otra lengua no latina, como es el euskera, se dé el mismo fenómeno que vengo señalando.

El término que comúnmente corresponde en euskera al castellano «responder» (en el sentido de «tener una obligación», «responder de algo o de alguien») es *erantzun*. Este vocablo, etimológicamente, deriva del verbo *entzun* («oír», «escuchar») y el interfijo «-ra-», utilizado para formar factitivos; con lo que se tiene «e-ra-ntzun». Desde el punto de vista semántico, como tal factitivo, tiene el significado que etimológicamente le es propio: «hacer oír», «obligar a oír», que, por extensión, adquiere también el sentido de «recriminar», «reprender».

⁵⁰ BURROWS, *op. cit.*, III, pp. 250 ss.

⁵¹ *Diccionario alemán-español, español-alemán*, de E.M. MARTÍNEZ AMADOR, Barcelona, 1981. Sobre las «proximidades» de *antworten* y *verantworten* (en definitiva, con el *wort* —«palabra»— en el fondo), v. Brockhaus Wahrig, *Deutsches Wörterbuch*, Stuttgart, 1980.

⁵² Distíngase de la noción de *responder de alguien*, a lo que correspondería el verbo *verbürgen*, derivado a su vez de *bürgen*. La palabra *Bürge*, «fiador, garante», es la más significativa en Derecho.

Es decir, *erantzun* tiene tanto el significado de *contestar* como el de *responsabilizarse*⁵³.

8. Siempre había tenido yo la intuición de que entre el *responder a* y el *responder de* podía existir una estrecha relación, a pesar de su —aparentemente— diferente significado. Pero carecía de elementos de juicio en que fundar mi suposición. Y, de hecho, no había encontrado ninguna sugerencia al respecto en obras jurídicas.

No obstante, he aquí que, precisamente con motivo del presente trabajo, he hallado dos autoridades que anticiparon lo que hasta ahora he venido proponiendo.

Una de ellas es DORADO MONTERO⁵⁴, que dice de la palabra: «Por lo pronto, significa a veces la mera susceptibilidad o capacidad abstracta de responder, aun no respondiendo ni teniendo que responder de hecho nadie por no haber practicado nada malo que necesite respuesta». Y añade: «Pero a veces también significa esto último, una respuesta concreta y efectiva, es decir, una obligación en que de hecho alguien se ha constituido, de hacer, dar o cumplir algo por causa de una mala conducta, regularmente propia, aun cuando también puede ser ajena, la cual haya producido resultados que quien puede mandar e imponer su voluntad a otros estima inconvenientes e intolerables».

Poco más adelante, DORADO MONTERO escribe: «Pues habiendo modos distintos de intervenir causativamente, la base de la responsabilidad y, consiguientemente, la responsabilidad misma, serán también por fuerza diferentes. La *respuesta* (responsabilidad) habrá de ser proporcionada a la *pregunta* (actividad causadora)». Y todavía más adelante, el autor insiste: «No parece posible la duda sobre que la responsabilidad implica *respuesta*, ni tampoco que esta respuesta, como todas, presupone *pregunta*. Se responde siempre a algo, por algo o con motivo de algo... Cuando a alguno se le hace responsable de algo es porque de antemano él se ha conducido mal y *se le piden*

⁵³ MITXELENA, L.: *Diccionario General Vasco-Orotariko Euskal Hiztegia*, Bilbao, 1993, vol. 6., pp. 772 ss., y *Elhuyar Hiztegia, Euskara-Gaztelania/Castellano-Vasco*, Usurbil, 1996, pp. 178-179 y 576. La palabra *ardura* («preocupación», «diligencia», «responsabilidad») y su derivado verbal *arduratu* («preocuparse», «responsabilizarse») se aproximan semánticamente a *erantzun*, pero les falta el matiz de obligatoriedad o de exigibilidad que tiene este último término. Lo mismo se encuentra en M. AGUD y A. TOVAR, *Diccionario Etimológico Vasco*, San Sebastián, 1991, IV, voces *en-tzun* y *erantzun*.

⁵⁴ Voz «Responsabilidad», en *Enciclopedia Jurídica Española (Seix)*, Barcelona (s.a., pero es de poco después de 1910).

entonces cuentas de lo malo que ha hecho, para que lo pague y, pagándolo, lo repare y remedie»⁵⁵.

La otra autoridad que se manifiesta en la misma línea es MAIORCA⁵⁶, que, después de aludir al origen de la palabra *responsabilidad* en el *spondere* (que entraña la idea de un determinado equilibrio, de un determinado orden, con carácter de solemnidad), sugiere que *respondere* presuponía la ruptura de tal equilibrio, *expresando con ello la idea de una respuesta reparadora de tal ruptura*.

En el sentido actual de *responsabilidad* —dice— se mantiene aquel carácter de solemnidad que fue propio del antiguo significado de *sponsio*. No es, desde luego, una «respuesta» cualquiera, sino una respuesta solemne, que es la que sigue a la ruptura del equilibrio.

Y MAIORCA dice después: «El juicio de “desvalor” que lleva consigo el hecho de la ruptura encuentra contrapartida en el juicio de valor que entraña la “respuesta” reparadora. Por lo que, en vista de esto, puede decirse que la responsabilidad (entendida como ritual para restablecer un equilibrio roto) es un “bien” contrapuesto a un “mal”, un valor contrapuesto a un desvalor».

9. Lo que ocurre con la palabra *responsable*⁵⁷ es particularmente digno de atención.

Acudiendo de nuevo al DRAE, la primera acepción la define como «obligado a responder de alguna cosa o por alguna persona»⁵⁸. El «de alguna cosa» parece referirse a una *acción propia* o, al menos, a una *situación propia*. Esto último, pongamos por caso, por ser dueño de un animal, de un edificio o de una industria. Las palabras «por alguna persona», por el contrario, sugieren lo que llamamos *responsabilidad por hecho ajeno*, cuya expresión más acabada es la de los casos del artículo 1.903 del Código civil.

No obstante, no sería correcto llevar la idea de «responsable por alguien» sólo al terreno de la que denominamos responsabilidad extra-

⁵⁵ Pp. 403-407. Los subrayados son míos.

⁵⁶ Voz «*Responsabilità (teoria generale)*», en *Enciclopedia del diritto*, Milán, 1988.

⁵⁷ Este vocablo *responsable* es de tardía aparición en español. En el llamado «Diccionario de Autoridades» (Madrid, 1737) se dice que *responsable* es «el que está obligado a responder, a satisfacer por algún cargo». Se advierte que es voz «introducida modernamente». Por cierto, en este Diccionario no aparece la palabra *responsabilidad*. En el *Diccionario Crítico Etimológico* de Joan COROMINAS, Madrid, 1974, III, pp. 1098-1099, se pone de manifiesto cómo la palabra *responder* tuvo hasta épocas recientes el significado de *contestar*, siendo las palabras *responsable* y *responsabilidad* verdaderos neologismos. El vocablo *responsabilidad* se considera —en el mismo Diccionario— como introducido en el de la Real Academia en el siglo XIX.

⁵⁸ De la misma forma, en COROMINAS y en CASARES.

contractual, pues en el ámbito contractual, por ejemplo, el fiador *responde por* el deudor⁵⁹. Por cierto, el Código civil no acude con frecuencia a la palabra *responder* —o derivados— al referirse a la figura del fiador; pero sí lo hace, por ejemplo, en el artículo 1.837, relativo a la llamada «división» *a responder* de la deuda entre los cofiadores.

De otra parte, también *responde* el asegurador de responsabilidad civil en favor de la víctima del daño causado por el asegurado. Pero, por esas misteriosas razones del lenguaje, que no siempre quedan representadas en los diccionarios, seguramente nos resultaría *poco cómodo* decir que el asegurador *es responsable*, o que *tiene la responsabilidad*, de la acción lesiva de su asegurado. Y esas expresiones quedarían también un tanto *forzadas* aunque las aplicásemos a la obligación de indemnizar que deriva del daño.

Una de estas últimas situaciones que acabo de citar, la del fiador como *responsable*, se encuentra en el ya mencionado *Diccionario* de ESCRICHE, donde —en esa voz «*responsable*»— se lee: «El que está obligado a responder o a satisfacer por algún cargo y *el que ha salido por garante o fiador de otro*». Se trata de una específica alusión a *obligación jurídica*, que no se opone a que en el lenguaje común se use la misma palabra a modo de garantía o seguridad «moral»; por ejemplo, cuando se dice *me hago responsable de mis hijos, o de mis empleados* (sin perjuicio de que, además, el que habla así pudiera ser también, llegado el caso, *responsable* por mandato legal).

10. Como acepción 2, el DRAE dice que *responsable* es «la persona que pone cuidado y atención en lo que hace o decide».

No es difícil descubrir el contraste. Decimos que *A* es responsable de un resultado (v. gr., de la muerte de una persona, a causa de un delito, o del daño ocasionado a *B* al venderle un objeto defectuoso). Y por extensión (más que por limitaciones del lenguaje), se afirma que los modos de vida actuales son los *responsables* del descenso de natalidad o que el gobernante *Y* es el *verdadero responsable* de que los sindicatos hayan convocado una huelga general. Todavía más, la aptitud para ser responsable se llega a «cosificar», diciéndose que la actividad industrial incontrolada es la *responsable* del cambio climático, o que el estado de las carreteras es el *responsable* de un 20% de los accidentes de tráfico.

⁵⁹ Esta idea de *responsable*, aplicada al fiador, se encuentra por ejemplo en algunos de los diccionarios latinos que he citado más arriba, si bien, como es lógico, bajo el vocablo *respondere*.

Pero a la vez, como hemos visto, el DRAE atribuye a la palabra *responsable* el siguiente significado: «*Dícese de la persona que pone cuidado y atención en lo que hace o decide*». Eso es lo que queremos afirmar cuando decimos que *M es un niño muy responsable* o que *L es un empresario responsable*⁶⁰.

Ateniéndome a la primera de las dos acepciones, que es la que me interesa ahora, me parece mucho más correcta la definición de algunos diccionarios franceses, en los que, a mi juicio, se pone razonablemente el acento más en la percepción subjetiva del *ser responsable* que en la consecuencia jurídica de serlo. Así, en *Le Grand Robert*⁶¹ se dice en primer lugar que *responsable* es (el) «que debe aceptar y sufrir las consecuencias de sus actos, responder de ellos». Y es después cuando se hace alusión a un significado más *objetivo*: «que debe (por la ley) reparar los daños que él ha causado»⁶².

Esta doble perspectiva, la de *imputar a alguien* y la de *tener conciencia de*, se encuentra también, en español, en el diferente sentido de *responsabilizar* y de *responsabilizarse*.

11. La palabra *responsable*, vista en el marco semántico a que acabo de referirme, alude tanto a una posibilidad o eventualidad (*se es responsable si*), como a una realidad, esto es, a algo ya sucedido (*X es responsable de*).

Ahora bien, dado que esa dualidad no es relevante desde el punto de vista de las normas jurídicas (que siempre se expresan con carácter de generalidad y en abstracto), nada tiene de particular que los textos legales utilicen de forma indistinta (y en el fondo por razones de estilo literario, según creo) las palabras *responder*, *responsable* y *responsabilidad*. Así ocurre por ejemplo en nuestro Código civil⁶³.

⁶⁰ En María MOLINER se lee: «Consciente de sus responsabilidades y obligaciones y dispuesto a obrar de acuerdo con ellas».

⁶¹ Cit., voz *responsable*.

⁶² También está presente en este Diccionario francés el significado propio de la expresión «un niño responsable», diciéndose de esta última palabra que es «persona razonable, reflexiva, seria». Lo mismo acontece en inglés, puesto que la acepción 5 de *responsible* (distingase de *responsive*), según el OED, es la de (sujeto) de fiar, digno de confianza.

⁶³ «Responsabilidad» se encuentra en los artículos 1.102 y 1.103, mientras que en los 1.902 a 1.910 es más frecuente el uso de la palabra «responsable», en singular o en plural, o el de formas verbales de «responder» (por ejemplo, *responderá*, artículos 1.906 y 1.908); esto último también se halla en los artículos 1.105 y 1.107. No obstante, «responsabilidad» se halla asimismo en el último párrafo del artículo 1.903. Con todo, no se me escapa que la palabra «responsable», utilizada por ejemplo en los artículos 1.596, 1.902, 1.905, 1.907 o 1.910, sin reflejar exactamente la idea de que *alguien* es responsable en el momento en que

Pero, desde luego, no es esto último lo que más me interesa subrayar. Lo que me propongo es advertir que la palabra *responsable*, en cuanto reveladora de una condición o cualidad de *una persona* (no de cualquiera), entraña la puesta en juego de conceptos que, por su propia generalidad, no tocan tan de cerca ni el verbo *responder* ni el sustantivo *responsabilidad*.

El actual DRAE (no así en ediciones anteriores) dice del sufijo *-ble* que «forma adjetivos casi siempre verbales». Indica posibilidad pasiva, es decir, capacidad o aptitud para recibir la acción del verbo. Si el verbo es de la primera conjugación, el sufijo toma la forma de *-able* (prorrogable). Si es de la segunda o tercera, toma la forma *-ible* (reconocible, distinguible). Los derivados de verbos intransitivos o de sustantivos suelen tener valor activo (agradable, servible).

El caso de la palabra *responsable* es peculiar, porque, a pesar de su terminación, cuando el propio DRAE la define, habla de «obligado a responder», que no se corresponde con la acepción general de *-ble*, esto es, la de capacidad o aptitud «para recibir»⁶⁴. Aquí parece que se trata más de «valor activo», porque se habla de *quién responde*, no de aquel *ante quien se responde*.

Por eso, creo que también en este punto procede hacer no una corrección, sino una puntualización al DRAE. Puntualización que consiste en advertir cómo muchos de los vocablos de nuestro idioma tienen, a efectos del Derecho, acepciones que el Diccionario a veces no recoge. Y esto, sin perjuicio de que en ocasiones se ocupe de hacer la observación sobre el sentido especial de una palabra «en Derecho»⁶⁵.

No me parece dudoso, pues, que *responsable* refleja tanto la idea de *deber responder* como de *poder responder*.

se habla, alude a una eventualidad que está presente en el lenguaje común: ser «responsable de algo» se entiende como quedar sujeto a *responsabilidad* si ese «algo» ocurre.

⁶⁴ Por otro lado, es digno de señalarse que la terminación no es *-ible*, como correspondería a un verbo de la segunda conjugación, sino *-able*, que es lo propio de la primera. Y esto, sin contar con la circunstancia de que la raíz no sea *respond-* sino *respons-*, quizá consecuencia de la irregularidad del participio del verbo latino (*responsum*). Al *responder* como *contestar* se ajustaría una extraña (por eso, inexistente) palabra *respondible*.

⁶⁵ No es la primera vez que me ocupo de ese tipo de cuestiones. En un trabajo reciente (DE ANGEL YÁGÜEZ: *Una nueva forma de inmisión: los campos electromagnéticos. Lo tolerable y lo que no lo es*, «Actualidad Civil», núm. 40 de 2001, pp. 1397 ss.) puse de manifiesto que el DRAE atribuye a «tolerable» el sentido de «lo que se puede tolerar». Este significado, por lo demás irreprochable, no puede impedirnos observar que en lo que se refiere a las inmisiones, pongamos por caso, *tolerable* es «lo que *se debe* tolerar»; esto es, aquellas injerencias o intrusiones que, por no superar los límites de lo legalmente establecido o dictado por la razón, *tenemos que* soportar como consecuencia del convivir. No es que *podemos*; es que *debemos*.

12. Llegado este momento, interesa hacer una breve mención (aunque podrían dedicarse tomos) a un ingenioso texto que propuso HART⁶⁶. Este autor «construyó» un ficticio pasaje literario que ahora reproduce⁶⁷:

«Como capitán del barco, X era *responsable* por la seguridad de sus pasajeros y carga. Pero en su último viaje se embriagaba todas las noches y fue *responsable* por la pérdida del barco con todo lo que llevaba. Se rumoreaba que estaba loco, pero los médicos lo encontraron *responsable* de sus acciones. Durante el viaje, X se comportó muy irresponsablemente; y varios accidentes, que tuvo en su carrera, demostraron que no era una persona *responsable*. El capitán siempre sostuvo que fueron las tormentas excepcionales las *responsables* de la pérdida del barco, pero en un proceso judicial que se le siguió fue encontrado *responsable* por la pérdida de vidas y bienes. Todavía vive y es moralmente *responsable* por la muerte de muchas mujeres y niños»⁶⁸.

Este texto tiene el innegable valor de que en él se recogen casi todos los posibles valores o significados (jurídicos) que la palabra *responsable* puede tener⁶⁹. En el original de HART, la palabra es *responsible*, no otro de los sinónimos o equivalentes que posee el inglés.

Desde un punto de vista ontológico, INGARDEN⁷⁰ se planteó también la cuestión relativa a las diferentes situaciones en las que se presenta el fenómeno de la responsabilidad. Y él distinguía cuatro. En primer lugar, uno *tiene la responsabilidad* de algo; o, dicho de otro modo, *es responsable* de algo. En segundo término, uno *asume la responsabilidad* de algo. Tercer significado: uno *es hecho responsable* de algo. Y en cuarto lugar: uno *obra responsablemente*.⁷¹

Según el propio autor, la diferencia entre las tres primeras situaciones se revela por de pronto en el hecho de que son independientes entre sí, a pesar de que existan indudablemente ciertas conexiones de sentido

⁶⁶ Ensayo o capítulo IX, titulado *Postscript: Responsibility and Retribution*, en su libro *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, 1984, pp. 210-267. Estudio cuidadosamente analizado por LARRAÑAGA, cit., pp. 85-190 y 194-196.

⁶⁷ LARRAÑAGA, cit., p. 98, en traducción de NINO. Página 211 del original de HART.

⁶⁸ Los subrayados son del autor.

⁶⁹ Digo casi todos, porque no habría sido inverosímil, como luego advertiré, que el capitán del barco hubiese dicho que el *responsable* del naufragio fue el timonel, que no cumplió sus instrucciones.

⁷⁰ *Op. cit.*, pp. 15-16.

⁷¹ Este último término significa, en la voluntad de INGARDEN, que una persona actúa con conciencia de ser responsable de lo que hace. No se refiere a la acepción, antes citada por mí, según la cual una persona *es responsable* cuando lleva a cabo sus acciones con cuidado y esmero.

entre ellas. Se puede *ser responsable* y *no ser hecho responsable*, ni *tampoco asumir la responsabilidad* (cargar con ella). Y, a la inversa, uno puede *ser hecho responsable* de algo *sin ser en realidad responsable de ello*. Y de hecho, *puede uno también asumir la responsabilidad* de algo *sin ser efectivamente responsable* de ello. Tan pronto como *uno es responsable* de algo, sigue diciendo INGARDEN, *debe así mismo asumir la responsabilidad* de ello y *también ser hecho responsable*. Cuando, a pesar del hecho de que *se tiene la responsabilidad* de algo, no se asume ésta o se declina el hacerlo, *se es entonces responsable* de comportarse así. Pero *también la asunción de la responsabilidad de algo de lo que no se es responsable* parece caer bajo la cláusula de responsabilidad⁷².

De ahí que INGARDEN advierta que, a pesar de la real independencia de todas esas situaciones entre sí, parezca existir entre ellas una «esencial conexión de sentido». Cuestión, dice el autor, que constituye un problema que es necesario aclarar. Y lo hace diciendo que las relaciones que existen entre las tres primeras situaciones y la cuarta parecen ser algo diferentes. Así, cuando se ha obrado responsablemente en una determinada ocasión, se tiene *eo ipso*, y además en mayor medida, la responsabilidad de la acción realizada y parece que lo único consecuente es asumir la responsabilidad de ella, aunque esto no suceda de hecho forzosamente. Y otro tanto —añade el autor— ocurre con la relación entre el obrar responsable y el ser hecho responsable. Esto último no tiene por qué seguirse efectivamente cuando ha acontecido lo primero, pero constituye su natural consecuencia.

13. Vuelvo ahora sobre la dualidad *deber responder-poder responder*.

Como hemos visto antes, el significado de la palabra *responsable*, según el DRAE, sugiere el *deber responder*, esto es, una circunstancia objetiva como es la derivada de las palabras «obligado a responder» que utiliza ese Diccionario.

Pero, de otro lado, el significado que se asigna a la terminación *-ble* sugiere más un punto de vista, por así decirlo, *subjetivo*, en la medida en que revela la idea de *capacidad o aptitud*.

Y ambos significados coexisten en el lenguaje jurídico, si bien me parece claro que en los textos legales predomina el primero sobre el segundo.

Decir de alguien que es *responsable* entraña, desde el segundo de los dos puntos de vista que cito, el *subjetivo*, la idea de que el indivi-

⁷² Los subrayados son míos. Aunque hacen recargado el texto, tienen el propósito de representar más vivamente el aparente «juego de palabras».

duo tiene capacidad para responder, porque posee el suficiente discernimiento y goza de libertad de decisión. No obstante, cuando en Derecho utilizamos este sentido solemos acudir, para evitar equívocos en el lenguaje, a la palabra *imputable*⁷³.

Hay que tener en cuenta, no obstante, que ese significado de *responsable* cede ante el otro (el *objetivo* de «estar obligado a responder») cuando el criterio de atribución de responsabilidad no es la culpa. Sería el caso de cualquiera de las expresiones o formas de lo que llamamos *responsabilidad objetiva*, que, aunque los juristas nos resistamos a admitirlo, son hipótesis de «responsabilidad por el resultado». E incluso sería también el supuesto en el que, en virtud de interpretación jurisprudencial, el reproche subjetivo de *culpabilidad* se difumina y aun llega a desaparecer⁷⁴.

Mientras que la acepción de *responsable* como «apto o capaz para responder» suscita un juicio de *imputabilidad*⁷⁵, la de «obligado a responder» nos lleva más al terreno de la *atribuibilidad*.

A estos efectos, el DRAE vuelve a ser muy preciso, cuando, como acepción 1 de «atribuir», se dice: «Aplicar, a veces sin conocimiento seguro, hechos o cualidades a alguna persona o cosa». Y como acepción 3, figurada, «achacar, imputar».

El Diccionario es muy atinado cuando, al referirse a la «atribución» de un hecho a una persona, puntualiza con el interesante inciso de «a veces sin conocimiento seguro». Con estas últimas palabras se está poniendo de relieve algo que en el discurso jurídico resulta ser normal: hablamos de la *atribución* de un hecho a una persona (o, según diré en seguida, de un resultado) como algo que es una pura hipótesis; bien sea «de laboratorio» —cuando analizamos un problema con el carácter de estudio o doctrinal—, bien se trate de un caso «real» —piénsese en el debate de un pleito—.

⁷³ Esto se observa con más claridad cuando nos expresamos en sentido negativo, esto es, negando la «aptitud o capacidad». En efecto, la palabra «*irresponsable*» (además de una acepción 2, que no es relevante en sentido jurídico: «que adopta decisiones importantes sin la debida meditación») tiene en el DRAE un significado 1, que es el de «a quien *no se puede exigir* responsabilidad». Y este no poder exigir responsabilidad tiene su fundamento, sobre todo, en el hecho de que el sujeto no goza de capacidad para entender y querer. Lo que no impide, desde luego, que a veces entren en juego otros criterios de *inimputabilidad*; por ejemplo, cuando se afirma que al Presidente del Gobierno no se le puede exigir responsabilidad de lo hecho por un Ministro.

⁷⁴ Nada impide que, por ejemplo, un niño de cuatro años sea *empresario*, y como tal responda en los términos de lo que la jurisprudencia dice en torno al párrafo cuarto del artículo 1.903 del Código civil.

⁷⁵ En el más estricto sentido jurídico, porque el del lenguaje común es más amplio (DRAE: *imputar* es «atribuir a otro una culpa, delito o acción»).

14. Al haber hablado, como lo he hecho, de *imputación*, me parece oportuno señalar que no faltan quienes ponen en esa palabra la clave de la *responsabilidad*. Así, por ejemplo, RICOEUR⁷⁶, cuyo análisis arranca de la afirmación de que es fuera del campo semántico del verbo *responder* (bien se trate de *responder de* o de *responder a*) donde es necesario buscar el «concepto fundador», esto es, en el campo semántico del verbo *imputar*.

No sé si esta opinión es del todo correcta, porque el significado propio de *responder* queda, a mi juicio, y según he dicho antes, en la acepción «natural» de *contestar* a alguien que interpela o reclama (en definitiva, *pregunta*), pero en todo caso es ingeniosa la construcción de RICOEUR, que, refiriéndose a un texto francés de 1771, anuda o vincula las ideas de *imputación* y de *retribución*.

El texto que RICOEUR cita es: «*Imputer une action à quelqu'un, c'est la lui attribuer comme à son véritable auteur, la mettre pour ainsi parler sur son compte et l'en rendre responsable*».

A partir del concepto de *attribuir*, RICOEUR especula sobre la proximidad semántica entre este último verbo y el de *retribuir*; sin duda, más a la vista de lo que *tribuere* significaba (entre otras cosas, «abonar, dar»), que en función de lo que por *retribuir* se quiere decir, tanto en francés como en español, idiomas en los que dicho verbo sugiere sobre todo la idea de recompensar o pagar un servicio, más que el de reparar un daño.

Lo cierto es que RICOEUR, sobre la expresión francesa «*sur compte*», construye una interesante teoría, según la cual la «metáfora de *a cuenta de*» nos conduce a la conclusión de que *imputar* es *poner a cuenta de alguien* (el imputado) las consecuencias de su «responsabilidad».

Es ésta una interpretación que resulta sugestiva desde el punto de vista semántico, en la medida en que hablar de *X* como responsable de *Y* es tanto como decir que *Y se pone a cargo de X*. Lo que, de otro lado, nos conduce al significado natural de la palabra inglesa *accountable*, como antes he puesto de relieve. Tanto *imputer* en francés, como *imputar* en español, como *to account* en inglés, reflejarían la idea de «liquidar, ajustar una cuenta», que es lo que corresponde al verbo principal latino *putare* en uno de sus significados⁷⁷. Con ello, y a pesar de sus (evidentemente) muy diferentes raíces, *ser responsable de* y *ser imputable a* obedecerían a la misma idea de *poderse poner a cargo de alguien* la consecuencia de *algo* (utilizo este último vocablo, precisamente, por su neutralidad, puesto que *algo* puede ser el producto de

⁷⁶ *Le Juste*, cit., pp. 43-51.

⁷⁷ SEGURA MUNGUÍA, cit., voz *puto*.

una acción intencionada, de una actuación negligente o, simplemente, un resultado acaecido)⁷⁸.

15. Hablar de «atribución» (*atribuibilidad*, como licencia del lenguaje) implica dos juicios que se sitúan en diferente plano.

Uno primero, al que el DRAE se refiere, es «aplicar un hecho a una persona». Esto, llevado al mundo del Derecho, es llegar al conocimiento, o a la convicción, de que una persona es *autora* de un hecho. El hecho, como tal, es una realidad, *un dato*; de lo que se trata es de determinar a quién *es atribuible* ese hecho, por haber sido su *autor*. Pero, en realidad, en el discurso jurídico las cosas no suelen plantearse en términos tan amplios, sino en los más concretos de *si X fue o no autor del hecho N*.

En el «relato» de HART que antes he citado, cuando el capitán del barco dice que él no fue *el responsable* de que la embarcación naufragara, añadiendo que fueron las tormentas excepcionales las *responsables* de la pérdida de la nave, el capitán está negando la autoría de cualquier hecho, a él atribuible, por el que el buque se perdiera⁷⁹.

Y cuando en el mismo pasaje se dice que los médicos encontraron al capitán *responsable* de sus acciones y, más adelante, que en el juicio fue encontrado *responsable* por la pérdida de vidas y bienes, se están formulando dos juicios.

En primer lugar, en un orden lógico, se está diciendo que fue la actuación del capitán la que dio lugar a que el buque se perdiera; es decir, se le está atribuyendo una *autoría*. Con ello se excluye que fuera otra circunstancia la determinante del naufragio, aun admitiendo que, en efecto, había habido tormentas excepcionales⁸⁰.

⁷⁸ La expresión «a cargo de» se encuentra en los más clásicos textos de la filosofía jurídica. Así, en HEGEL, *Principios de la Filosofía del Derecho o Derecho natural y Ciencia política*, ed. esp., Barcelona, 1999, traducción de J.L. VERMÁL, p. 210, se encuentra, en relación con la responsabilidad del propietario, el siguiente pasaje: «Estos daños corren, sin embargo, *más o menos* a mi cargo, ya que esas cosas son mías y de acuerdo con su naturaleza están sometidas en mayor o menor medida a mi dominio, vigilancia, etc.»

⁷⁹ Obsérvese que huyo de la palabra «*causa*», aunque no sea incorrecta en este caso, para evitar que se piense en problemas *jurídicos* de «causalidad».

⁸⁰ Procede poner de relieve que el relato de HART podría complicarse aún más si la cuestión no se formulara en los amplios términos de si el capitán del barco fue el *autor* o no de la pérdida del buque. Cabría pensar en la hipótesis de que se atribuyera al capitán la ejecución u orden de ejecución de una maniobra determinada: virar en una dirección, no arriar las velas —conducta negativa—, etc. Si así fuera, la cuestión previa sería la consistente en decidir si, efectivamente, el capitán *fue o no autor de la acción (o de la omisión) que se dijo realizada u ordenada por él*. Y tampoco es descartable el caso de que alguien dijera que el responsable de lo ocurrido fue el armador del buque, por haber elegido

En segundo término, siendo esa autoría otro *dato* (es decir, algo comprobado), se está manifestando que el capitán *no era un inimputable*, desmintiéndose así el rumor de que estaba loco.

16. Pero la *atribución* de un hecho, en el sentido de considerar a alguien autor del mismo, no agota el análisis.

Muy al contrario, hay un segundo plano de *atribuibilidad* que no se refiere propiamente a un hecho, entendido como acción de una persona, o simplemente a un suceso, sino a un resultado *determinado*.

Es decir, se trata del caso en el que el «hecho» como tal es incuestionablemente atribuible a una persona, siendo lo dudoso si cabe «*atribuir*» a ese hecho un resultado que acabó sobreviniendo.

Nos encontramos ahora en el espinoso problema de la llamada *causalidad jurídica*. Hablando de ella, PANTALEÓN PRIETO hizo uso de la expresión «puesta a cargo», que no es sino una forma de denominar lo que vengo llamando *atribución*⁸¹.

Como bien pone de relieve JONAS⁸², el daño causado tiene que ser reparado, y eso aunque la causa no fuera delito (léase, un acto injusto), aunque la consecuencia no estuviera ni prevista ni querida intencionadamente. Basta con que yo haya sido la causa activa. Pero el autor añade: «Sin embargo, eso sólo ocurre *cuando se da una estrecha conexión causal con el acto, de modo que la atribución sea inequívoca y la consecuencia no se pierda en lo imprevisible*. El famoso clavo que faltaba en la herradura del caballo no hace realmente responsable al obrero (que trabajaba en la fragua) de la batalla perdida ni de la pérdida del reino». JONAS se refiere al conocido poema —canción infantil inglesa— en el que se describe cómo el herrero puso mal el clavo en la herradura del jinete que iba a transmitir instrucciones para la batalla; el jinete no llegó a tiempo, la batalla se perdió y el monarca perdió su reino.

Y JONAS, con agudeza, añade: «Pero el cliente directo, el jinete que cabalgaba el caballo, él sí tendría seguramente derecho a exigir una in-

un capitán inadecuado. O que lo fue el constructor de la nave, al incorporar a ella un elemento gravemente defectuoso.

⁸¹ PANTALEÓN PRIETO, *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación*, en *Centenario del Código civil*, Madrid, 1990, pp. 1561-1591. El autor identificó esa «causalidad jurídica» con el problema de si el resultado dañoso, causalmente ligado a la conducta del posible responsable, puede o no ser «puesto a cargo» de aquella conducta como «obra» de su autor, de acuerdo con los criterios establecidos al efecto por el legislador, o deducidos por el operador jurídico de la estructura y función de las normas de responsabilidad correspondientes (p. 1562).

⁸² H. JONAS, *El principio de responsabilidad (Ensayo de una ética para la civilización tecnológica)*, ed. esp., Barcelona, 1995, sobre todo pp. 161-163.

demnización al dueño de la fragua, el cual es “responsable” de la negligencia de su obrero, aunque a él mismo no le alcance el reproche».

Estos textos me sirven para ilustrar lo que venía diciendo: el requisito de *atribuibilidad* —en su versión o expresión de «causalidad jurídica»— es, a su vez, un requisito (o, si se quiere, una forma) de *ser responsable*.

En efecto, y como a todo el mundo se le alcanza, no es lo mismo que el herrero del caso respondiera del *efecto inmediato* de su torpeza (por ejemplo, que el cliente perdiera un transporte que tenía contratado, en el que el caballo había de intervenir), que el que se le hiciese responder de lo que la narración describe como *último resultado*, esto es, la pérdida del reino por el monarca.

17. Me refiero ahora a «responsabilidad».

SCHIPANI⁸³ pone de manifiesto que esta palabra es de tardía aparición en las lenguas europeas; a tal fin, realiza un análisis que comprende el francés, el inglés y el español (este último, tanto de España como de países hispanoamericanos). Y su utilización inicial fue, sobre todo, en el ámbito del Derecho público («responsabilidad política», por ejemplo). De otro lado, advierte también que la palabra *responsabilitas* surgió quizá por inducción del contexto de los usos que se desarrollaron en las lenguas modernas. Es decir, no porque fuera un genuino vocablo del latín⁸⁴.

Y no puedo dejar de señalar un dato llamativo con el que me he topado. Se trata del hecho de que en un diccionario inglés de 1755, de Samuel JOHNSON⁸⁵, no aparece la palabra *responsibility*, aunque sí la de *responsible*, con los significados de «*answerwerable, accountable*», probablemente como consecuencia del fenómeno del lenguaje por cuya virtud los vocablos más complejos (si se quiere, más largos) son posteriores a los más sencillos. Al igual que, en español, *responsabilidad* aparece más tarde que *responsable*⁸⁶.

⁸³ *Op. cit.*, pp. 151 ss.

⁸⁴ Por mi parte, señalo como significativo que ese término *responsabilitas* no aparece en los diccionarios latinos, por así decirlo, «clásicos». Es el caso de OLD, de LEWIS y SHORT o de SEGURA MUNGUÍA, por citar algunos de los que hasta ahora he mencionado y para no hacer innecesariamente larga la referencia. Tampoco encuentro en esos diccionarios el derivado (otro neologismo) *responsabilis*.

⁸⁵ Manejo la reproducción en facsímil publicada en Hildesheim, en 1968, bajo el título *A Dictionary of the English Language*.

⁸⁶ En el mismo diccionario inglés que acabo de citar, por cierto, tampoco aparece la voz *liability*, pero sí la de *liable*, aunque con significados tan variados y genéricos como «odioso», «no exento» o «sujeto».

Por lo que se refiere al español —añado también yo—, interesa señalar los siguientes datos:

El DRAE atribuye a la palabra *responsabilidad* una primera acepción de «cualidad de responsable». Esto parece significar que el vocablo-base es *responsable*, como derivado directo de «responder». A modo de segunda acepción, el Diccionario dice que responsabilidad es «deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal».

Como acepción 4, responsabilidad es «capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente».

Pero, además, hay que hacer notar que se atribuye a la locución adjetiva «*de responsabilidad*» el significado de «persona de posibles y digna de crédito». Y me parece que no es gratuito entender que también aquí está presente la idea de *responder* como «respuesta a una pregunta», en los términos que antes he dicho. En efecto, si *crédito* es el «derecho que uno tiene a recibir de otro alguna cosa» (DRAE), la persona *de responsabilidad* es la que *responde* (también en sentido de «contesta») a las *expectativas* —jurídicamente, pretensiones— de la otra (aquella ante la que *se debe responder*)⁸⁷.

En el *Diccionario* de María MOLINER, ya citado, y creo que para (alguna) sorpresa del lector, se dice en primer término de la palabra *responsabilidad* que es la «cualidad de responsable (consciente de sus obligaciones)». Y sólo en segundo lugar se refleja la acepción de «circunstancia de ser alguien responsable (culpable) de cierta cosa»⁸⁸. Poco después se añade otro significado, como «mera circunstancia de sentirse responsable de cierta cosa; particularmente, de cierta cosa que puede resultar mal».

De las acepciones del DRAE, parece claro que es la segunda la que inspira el uso de la palabra *responsabilidad* en Derecho.

18. Es digna de resaltarse la presencia (o, en su caso, la ausencia) de la palabra *culpa* —o similares— en algunas de las definiciones que estamos viendo.

En efecto, creo que merece la pena detenerse en el significado que pueda tener el hecho de que los diccionarios anuden o no al vocablo

⁸⁷ *Crederere*, en latín, no es sólo *tener fe o confianza en*, sino también *asentir* (esto es, una forma de *responder*), e incluso *entregar*. Esto último acaso pudiera ser la consumación o efectividad de la obligación que la *responsabilidad* lleva consigo.

⁸⁸ Se ilustra con el ejemplo de «tiene la responsabilidad de toda la oficina».

responder, o a sus derivados, la idea de *culpa* como «criterio de imputación»; que es tanto como referirse a la cuestión de *por qué se responde*. No en vano es éste, como sabemos, uno de los más arduos problemas de la llamada (aquí, en el sentido más amplio) *responsabilidad civil*.⁸⁹

Hemos visto antes cómo el DRAE, al referirse al significado jurídico de *responder*, alude «a la pena y resarcimiento correspondientes al daño causado o a la *culpa cometida*».

Al intercalarse la conjunción «o», que denota diferencia, separación o alternativa, un análisis puramente gramatical del texto permite llegar, a mi juicio, a la conclusión de que para el DRAE el *responder* puede obedecer (sólo) a la producción de un daño, *aunque no haya habido culpa*; esto es, aunque no haya existido ninguna «culpa cometida», en palabras del propio Diccionario.

Similar es el caso de la definición que el propio DRAE asigna a la palabra *responsabilidad*, como acabamos de ver. Cuando el Diccionario habla de obligación de reparar «a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal», este texto, en sus últimas palabras («o de otra causa legal»), mueve a pensar —precisamente como contraste con la responsabilidad derivada *de una culpa*—, en una subyacente idea de que el deber de responder puede tener su origen, sin más, en la ley; dicho de otro modo, me hace imaginar la categoría de lo que conocemos como *responsabilidad objetiva*.⁹⁰

Pero no ocurre lo mismo en el *Diccionario* de María MOLINER, ya citado, puesto que como «acepción jurídica» de la palabra *responsabilidad* se formula la de «circunstancia de ser alguien responsable (*culpable*) de cierta cosa».

Tampoco es el mismo el criterio en el caso de la definición de la palabra *responsabilité* en el diccionario francés *Le Grand Robert*, en el que se dice de ella que es la «obligación de reparar un daño que se ha causado *por su culpa* en ciertos casos determinados por la ley».

Parece claro, pues, que en algunos textos académicos sobrevive la idea, de innegable raíz moral, de que sólo se responde si hay culpa. Es decir, se sigue la ecuación *responsabilidad igual a culpabilidad*.⁹¹

⁸⁹ No ya problema de su pasado, sobre el que me parece estéril discutir, sino de su futuro.

⁹⁰ En la medida en que en ella la culpa no interviene, no se tiene en cuenta.

⁹¹ La relación entre *responsabilidad* y *culpa* se pone de manifiesto por ejemplo en el idioma alemán. J.L. VERMÁL, en su traducción de HEGEL, *op. cit.*, p. 209, nota, advierte que en alemán *Schuld* es más estrictamente «culpa», pero poseyendo, además del sentido moral que tiene este último término español, el significado más amplio de «responsabilidad».

19. Antes he aludido de pasada a la diferencia entre el significado de *responsabilidad* como eventualidad y como realidad. Lo primero revela la conciencia de la persona de tener que reparar *si ocurre algo*, mientras que la segunda alude a un juicio *ex post*, por cuya virtud se atribuye a alguien el concreto deber de reparar por *algo que ya ha ocurrido*.

Es habitual leer que *responsabilidad* es la «obligación de calcular las consecuencias de las propias acciones antes de actuar». Así se dice, por ejemplo, por BOBBIO⁹², si bien ha de tenerse presente que el contexto de su trabajo lleva más a la idea de responsabilidad moral que a la de la jurídica. Se trataría de la acepción 4 de *responsabilidad* en el DRAE, según acabamos de ver.

Si pongo esto de relieve es porque no creo que la *responsabilidad*, como estado de ánimo o actitud de una persona, sea tanto una cuestión de «obligación» —salvo, quizá, que hablemos en el terreno de la Moral—, sino de *necesidad* de someterse a las consecuencias de hacer o no hacer algo⁹³. Incluso más, desde el punto de vista jurídico sería «necesidad de someterse a las consecuencias *de haberlo o no haberlo hecho*», en pasado, porque en Derecho *responsabilidad* sugiere, creo, un juicio *ex post*; es decir, habla de la *consecuencia* de algo que ya ha ocurrido. Otra cosa sería llevarnos al terreno de la *persona responsable*, esto es, la «consciente de sus obligaciones».

Dicho de otro modo, *responsabilidad*, en sentido jurídico, suscita la idea de algo que ya ha ocurrido; es razonable, pues, que el DRAE acuda, como acepción básica, a la obligación de reparar y satisfacer, esto es, a una «obligación» ya nacida. Por eso, y en el mismo terreno jurídico, la *responsabilidad* no es en rigor una obligación, sino lo que técnicamente llamamos «*carga*»⁹⁴.

Diferente, repito, es la «máxima de la ética de la responsabilidad», según la cual *responsabilidad* es «lo que ordena tener en cuenta las consecuencias previsibles de la propia acción»⁹⁵.

⁹² N. BOBBIO, ensayo titulado *Sobre la presencia de la cultura y la responsabilidad de los intelectuales*, en el libro *El filósofo y la política*, México, 1996, pp. 471 ss.

⁹³ SCOGNAMIGLIO, *loc. cit.*, p. 633, dice que la palabra *responsabilidad* expresa, en síntesis unitaria, «la idea de sujeción a las consecuencias desfavorables de la propia conducta».

⁹⁴ Así se manifiesta JONAS, *op. cit.*, p. 163, cuando dice que la *responsabilidad* puede entenderse como «*carga formal* que pesa sobre toda acción causal y que dice que pueden pedirse cuentas de ella». Repárese en que de nuevo está presente la idea de pedir y dar cuentas, preguntar y contestar (es decir, *responder*). El autor, p. 162, puntualiza que la responsabilidad jurídica, a diferencia de la moral, se refiere a *actos hechos*. La «responsabilidad legal» adquiere realidad en el *hacer desde fuera* responsable a alguien, por lo que ha hecho.

⁹⁵ Max WEBER, *El político y el científico*, ed. esp., Madrid, 1994, p. 164.

20. Llama la atención lo que ocurre en inglés, idioma en el que existen dos palabras, *responsibility* y *liability*, que reflejan casi por igual lo que en español queremos decir con la palabra *responsabilidad*; o lo que significan sus equivalentes en otros idiomas procedentes del latín⁹⁶.

En este punto, es del todo digna de compartirse la interpretación que LARRAÑAGA⁹⁷ hace de la distinción formulada por HART entre *responsibility* y *liability*. Este segundo vocablo, traducido por él como «sancionabilidad», correspondería a una noción abstracta de *punibilidad*, como posibilidad genérica de sufrir las consecuencias de una sanción legalmente impuesta, mientras que el primero (*responsibility*) implica la concurrencia de ciertos requisitos específicos existentes *en concreto*.⁹⁸

En versión del propio LARRAÑAGA, «... si bien las expresiones generales “responsabilidad” y “sancionabilidad” (*liability*) son expresiones equivalentes en muchos contextos, el significado de la afirmación de que una persona es responsable de algo, o por algún acto o por algún daño, no es siempre idéntico al significado de la afirmación de que una persona es sancionable por el acto o el daño causado. Esta última afirmación se relaciona con el tema general de la punibilidad o sancionabilidad en un sentido amplio, haciendo referencia a todas las cuestiones relativas a la aplicación de una sanción (antijuridicidad, tipicidad, etc.), mientras que la primera, la referente a la responsabilidad, se refiere a un tema más concreto: si se satisfacen, o no, ciertos requisitos específicos, habiendo asumido que las otras condiciones se han cumplido».

Los diccionarios anglosajones reflejan, desde luego, la distinción. Ocurre en los «generales»⁹⁹, pero, sobre todo, en los jurídicos¹⁰⁰.

⁹⁶ Por cierto, no deja de ser curioso (recurso de nuevo a este adjetivo) que el origen de la palabra francesa *responsabilité* se sitúe en la inglesa *responsibility*: así se dice en *Le Grand Robert*, cit.

⁹⁷ *Op. cit.*, pp. 102-105 y 176-189.

⁹⁸ Se entiende que no haya encontrado el autor ninguna palabra española que refleje con exactitud lo que *liability* quiere decir en inglés. Dado que el término español *obligatoriedad* refleja la idea de *lo que obliga*, pero no la de *estar obligado a*, acepción esta última que llevaría a la inexistente palabra *obligabilidad*, se comprende el recurso a la palabra *sancionabilidad*, aunque no deja de ser un artificio en el lenguaje. Como en tantas otras ocasiones, la traducción exacta obliga a un circunloquio o expresión compleja; por ejemplo, la ya señalada de *estar obligado a*, que en nuestro idioma no parece muy precisa, por la gran amplitud de lo que sugieren el verbo *obligar* y su modalidad de *obligarse*.

⁹⁹ Es significativa la diferente definición que en OED se da a *responsibility* y *liability*.

¹⁰⁰ No suele suceder lo mismo en los diccionarios, vocabularios o estudios «bilingües». Por ejemplo, en E. ALCARAZ VARÓ, *El inglés jurídico*, Barcelona, 1998.

Esto último se observa, por ejemplo, en *Black's Law Dictionary*¹⁰¹, donde de *liability* se dice que es un «amplio término legal», que ha sido utilizado para el más extenso significado, incluyendo casi todo tipo de riesgo o de responsabilidad, absoluta, contingente o posible; mientras que *responsibility* se define como «la obligación de responder de un acto realizado, y de reparar todo daño que se haya podido causar».

En *Bouvier's Law Dictionary*¹⁰², aunque se señala la sinonimia de *liability* con *responsibility*, la acepción más amplia del primer término es la de «la circunstancia de estar atado u obligado por ley o por justicia»¹⁰³.

En HANDLER¹⁰⁴ se lee que, aunque hablando en sentido amplio, *liability*, como se usa en la ley, significa «responsabilidad legal», se trata de un término general cuyo preciso significado depende del contexto en que aparece. Entre sus usos están: una deuda cuyo pago se requiere a uno, la obligación que uno debe cumplir, la circunstancia en que uno se encuentra cuando ha incumplido un contrato, la responsabilidad de una persona cuando ha cometido un *tort* que causa daño, etc.

En la obra *English as a Legal Language*¹⁰⁵ se define *liability* como «una palabra extremadamente amplia que describe la circunstancia de estar legalmente obligado¹⁰⁶ por cualquier tipo de acto, deuda, deber, obligación o *responsabilidad*». La utilización de este último vocablo, *responsibility*, como una de las manifestaciones (o causas, o fuentes) de *liability*, pone de manifiesto el significado mucho más amplio de esta última palabra que de la primera.

Todavía más, el hecho de ser *liability* la palabra que revela en inglés la idea de *poder ser responsable* (una eventualidad, como es propio de los textos legales), más que la de *responder por algo que ya ha ocurrido*, situación que entraña una valoración jurídica de las circunstancias concurrentes en un caso concreto —a esto último respondería el término *responsibility*—, hace que este último vocablo no se encuentre ni siquiera citado en algunos diccionarios jurídicos de los que he hecho uso¹⁰⁷.

¹⁰¹ Cit., pp. 1059 y 1476, respectivamente.

¹⁰² Buffalo, 1984, 2, p. 1950.

¹⁰³ Se señala que esta *liability* puede derivar tanto de contratos, expresos o tácitos, como de «daños» (*torts*) cometidos.

¹⁰⁴ *Op. cit.*, p. 306.

¹⁰⁵ C. ROSSINI, La Haya, 1999, p. 221.

¹⁰⁶ Al utilizar esta última palabra (en inglés *bound*), es necesario recordar que *to bind* es tanto atar, liar, como *obligar*.

¹⁰⁷ Así ocurre, por ejemplo, en BURROWS, cit., donde se cita *responsible*, pero no *responsibility*; en *Osborn's Concise Law Dictionary*, Londres, 1993, en *A Dictionary of Law*

Todo ello explica, según creo, que las variantes o modalidades específicas de *responsabilidad*, como conceptos o categorías, se construyan en inglés a partir de la palabra *liability*, no de la de *responsibility*¹⁰⁸.

De todo lo anterior viene a resultar la significativa circunstancia de que en el inglés jurídico se llega por dos palabras a la idea de *responsabilidad* (las de *responsibility* y *liability*), siendo así que en otras lenguas europeas, de raíz latina, es sólo un vocablo el que expresa la misma noción: *responsabilidad* en español, *responsabilité* en francés, *responsabilità* en italiano; salvo que se tenga que acudir a una expresión compuesta (por ejemplo, *ser responsable de*) o a otra (*estar obligado a*) que, por su propia generalidad, resulta poco descriptiva.

Y lo verdaderamente llamativo del asunto está en que, como paradoja, a las dos palabras inglesas, *responsibility* y *liability*, se llegó —por parte de los juristas ingleses— arrancando de dos diferentes verbos latinos: *respondere* y *ligare* (este último, a través del adjetivo del antiguo francés *liable*).

21. Ahora es posible —siempre lo sería— formular unas consideraciones sobre la presencia en nuestro Código civil del verbo *responder* y de sus derivados sustantivos, *responsable* y *responsabilidad*.

Sin pretensiones de exhaustividad, cabe señalar que esos términos, en diferentes formas gramaticales, se encuentran alrededor de cien veces en el texto legal, en casi otros tantos artículos¹⁰⁹.

Sería muy caprichoso tratar de hacer una especie de catalogación «cerrada» sobre el significado de esos vocablos en el Código. Y esto,

—E.A. MARTIN—, 3.^a ed., Oxford, 1994, en HANDLER, cit., en W. J. STEWART, *Scottish contemporary judicial dictionary of words and phrases*, Edimburgo, 1995, o en *English as a Legal Language*, cit.

¹⁰⁸ Son muy expresivos los ejemplos de acepciones derivadas que cita HANDLER, cit., p. 306: *absolute liability*; *derivative liability*; *employer's liability acts*; *fixed liability*; *joint and several liability*; *joint liability*; *legal liability*; *limitation of liability*; *limited liability acts*; *parental liability*; *personal liability*; *primary liability*; *product liability*; *secondary liability*; *several liability*; *strict liability*; *stockholder's liability*; *vicarious liability*.

¹⁰⁹ Recuérdesse que el artículo 6 del Código civil, antes de la nueva redacción del Título Preliminar por Decreto de 31-5-74, utilizaba la palabra «responsabilidad» para referirse a una circunstancia que propiamente no es de Derecho privado. Me refiero al pasaje en el que aquel precepto decía: «*El Tribunal que rehúse fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las Leyes, incurrirá en responsabilidad*». La palabra «responsabilidad» está presente, al menos, en 19 lugares del Código.

no sólo porque en todos ellos está presente la idea de *obligación*, en su sentido más amplio, e incluso la más genérica todavía de *deber jurídico*, sino porque, en definitiva, todo nos conduce siempre al significado de *dar cuenta de* o de *hacerse cargo de*, que está presente en lo que creo es el más genuino sentido de «responder».

No obstante, estimo que sí pueden advertirse algunas acepciones más significativas, que permiten una cierta clasificación.

Parece claro que la manifestación jurídicamente más rigurosa de «responder», esto es, la de *deber de reparar un daño*, se encuentra en los preceptos que reglamentan las que llamamos responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual.

Los primeros son, sobre todo, los artículos 1.102, 1.103, 1.105 y 1.107, que aluden al contrato no cumplido, o cumplido mal o tarde.

Por otro lado, los artículos 1.903, 1.905, 1.906, 1.907, 1.908 y 1.910 emplean las palabras que me ocupan para expresar la obligación de *dar cuenta de* los daños producidos al margen de cualquier relación preexistente entre dañador y víctima. También a este caso se refiere el artículo 1.968¹¹⁰.

Una segunda acepción del «responder» se encuentra en el artículo 1.911, en el que se formula el principio de la llamada responsabilidad patrimonial del deudor. Un deudor que no es sólo el que con este nombre conocemos en la teoría general de las obligaciones, sino todo aquel que está sujeto a un deber jurídico susceptible, en caso de incumplimiento, de la forma de coerción consistente en la agresión contra sus bienes. Es una acepción más próxima al *Haftung* que al *Schuld*, por tomar la conocida «disección» de BRINZ.

Se hallan luego los preceptos en que cualquiera de las palabras examinadas responde a la idea del *deber jurídico* que para alguien deriva de ostentar una determinada posición¹¹¹: la de propietario, la de heredero, la de albacea, la de cónyuge o la de parte en un contrato. En no pocos de estos casos, el propio Código da muestras, desde el punto de vista puramente gramatical, de que *responder* es tanto como *deber*

¹¹⁰ Creo que puede señalarse la circunstancia, aunque no sea por sí sola significativa, de que ni el artículo 1.101, ni el 1.902, como representativos de los «principios» en materia de responsabilidad, contractual y extracontractual, respectivamente, utilicen ninguno de los términos a que vengo refiriéndome. Son los inmediatamente siguientes a ellos, 1.102 y 1.903, los que hablan ya de «responsabilidad».

¹¹¹ Se trata, por ejemplo, de los artículos 168, 422, 620, 705, 712, 713, 858, 869, 896, 995, 1.031, 1.032, 1.071, 1.072, 1.136, 1.146, 1.175, 1.176, 1.319, 1.373, 1.401, 1.440, 1.474, 1.475, 1.476, 1.484, 1.485, 1.489, 1.529, 1.530, 1.531, 1.532, 1.560, 1.563, 1.564, 1.591, 1.596, 1.691, 1.745, 1.771 y 1.784.

de cumplir una determinada prestación; o como *deber de indemnizar*¹¹²; o como —a veces— «garantizar»¹¹³.

Es un tanto *anómalo* que en estos casos se trate de «deberes legales», esto es, no resultantes de lo expresamente *querido* por el *responsable*; dicho de otro modo, de algo *no prometido* por él, frente a lo que sugeriría el originario sentido del *respondere*.

No puede dejar de señalarse —circunstancia notable— que en algunas ocasiones el Código hable de *cosas que responden*. Es el caso del artículo 1.860 (disposiciones comunes a la prenda y a la hipoteca), o el de los artículos 1.366, 1.367, 1.368, 1.369, 1.370 y 1.372, sobre *responsabilidad* —o no— de los bienes comunes o de los privativos de uno de los cónyuges.

Lo que en todo caso parece evidente es que, en la mayor parte de los textos del Código, ni «responder», ni «responsable», ni «responsabilidad», reflejan el significado latino *primitivo* de dar satisfacción a una obligación contraída solemnemente.

¹¹² Parece advertirse una mayor tendencia a hablar de *indemnizar* (o derivados) en todas aquellas «situaciones» que tienen su origen en un determinado *estado de hecho*. En concreto, se observa en el ámbito de la disciplina de los derechos reales. Mientras que prevalece el *respondere* (y también sus derivados) cuando se trata de hipótesis que arrancan de un *acuerdo de voluntades*.

¹¹³ Esto último ocurre en los artículos que regulan el saneamiento por evicción y por vicios ocultos.

UNIVERSALES VERSUS ABSOLUTOS: UNA CRITICA FILOSOFICA DEL RELATIVISMO CULTURAL

Pablo Figueroa Regueiro

Sumario: 1. Introducción. 2. El Problema Práctico. 3. El Problema Filosófico. 3.1. El Relativismo y la fundamentación de los Derechos Humanos. 3.2. El Relativismo Metaético de Renteln. 3.2.1. Tolerancia y Auto-refutación. 3.2.2. Absolutos versus Universales Transculturales. 3.2.3. Los tres tipos de desafíos morales propuestos por Renteln. 3.3. Relativismo y Nihilismo. 3.4. Derecho Natural de los Mínimos. 4. Apéndice: Un ejemplo práctico de progreso. 5. Bibliografía.

1. Introducción

Estas páginas versan sobre la versión moderna más profunda de lo que ha venido a ser llamado el «relativismo cultural» y su solución al problema de la fundamentación de los Derechos Humanos a través de los «universales transculturales». La teoría en cuestión es de A.D. RENTELN y es relativamente bien conocida, con lo que no será repetida aquí. Lo que se tratará de demostrar no es que esta solución sea falsa, sino que presenta al menos la misma cantidad de problemas filosóficos para poder ser aceptada que un enfoque de Derecho Natural en términos de valores absolutos. Se defenderá este enfoque de Derecho Natural como la única base adecuada para los Derechos Humanos, porque de lo contrario quedan como únicas alternativas el nihilismo y la ley del más fuerte. El nihilismo («la postmodernidad») es hoy en día el paradigma dominante y la ley del más fuerte es como hoy en día, el mundo occidental, hace respetar sus estándares «universales», y lo que RENTELN, sutilmente, argumenta puede hacerse tras pasar los derechos humanos por el tamiz del relativismo cultural. El autor de este artículo no afirma que el nihilismo pueda no ser cierto, solamente que espera que no lo sea, porque no le gusta.¹ Si se puede encontrar alguna moral

¹ Alasdair MACINTYRE resume la historia de la filosofía moral occidental en la dicotomía ARISTÓTELES-NIETZSCHE. Esta puede explicarse en términos de Nihilismo-Derecho Natural o existencia-no existencia de valores absolutos. Esta dicotomía irresoluble es lo que

y si se pueden hacer universalmente efectivos unos ideales mínimos de Derechos Humanos, la única base que considera posible para ello es el Derecho Natural. LOCKE, el Preámbulo a la declaración de Independencia de los EEUU de 1776 y la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 hablaron de derechos que pertenecían al hombre por su mera condición de tal y estas líneas pretenden defender la tradición clásica frente a los ataques relativistas de la antropología.

Este artículo es la reelaboración de un trabajo realizado para una asignatura de antropología jurídica de la Universidad de Leuven (Lovaina, Bélgica). Un trabajo en el que pretendía centrarme en el aspecto filosófico de la dicotomía Universalismo-Relativismo dentro de los Derechos Humanos. La Antropología cultural y la Antropología jurídica en concreto han sido construidas como ciencias sobre la base del paradigma del relativismo cultural, con lo que esta cuestión debería interesar a los representantes de las mencionadas ciencias. Pero no sólo a ellos. Las sociedades occidentales son cada vez más plurales y los problemas de relativismo y derechos humanos se presentan no sólo cuando la UE evalúa si Túnez cumple la cláusula de respeto a los derechos humanos que figura en su acuerdo de asociación con la Unión, sino que son cada vez más frecuentes en nuestras propias sociedades, como luego veremos y como nos recuerda la relativamente reciente controversia sobre el multiculturalismo en nuestro país al hilo de, entre otros sucesos, la traslación a España del viejo problema francés del velo en las escuelas.

Pero, ¿por qué tanto énfasis en el artículo de RENTELN? Porque antes de leerle no tenía apenas contacto con antropólogos, como tampoco con sus trabajos y fue por ello para mi del todo punto impactante leer el rechazo de la existencia de valores absolutos y de la noción de progreso en boca no de filósofos nietzscheanos al estilo CIORAN, sino de gente absolutamente desligada de la filosofía (y mucho más «grass-rooted», como gustan de verse los antropólogos). En el artículo de RENTEL podemos encontrar una percepción mucho mejor fundada del relativismo cultural que lo que los estudiantes de derecho tienen la oportunidad de leer normalmente. Dado que no soy ni un antropólogo, ni un filósofo (en realidad soy licenciado en derecho malamente especializado en De-

yo (pretenciosamente tal vez) llamaría el Estancamiento Filosófico de la Modernidad, donde nadie puede vencer con argumentos y sólo es posible elegir. Espero que esto esté más claro al final de este artículo. Una mente preclara como Bertrand RUSSEL dijo en su *History of Western Philosophy* que él no podía refutar a NIETZSCHE, pero que aun así sí que podría decir que no le gustaban las consecuencias de su pensamiento. No pretenderé lograr lo que RUSSEL no pudo.

recho Comunitario) ruego se perdonen los errores de bulto en que pueda incurrir.

Siendo éste un problema eminentemente teórico, tal vez más propio de la filosofía y no de la antropología, la última vez que hablé con mi profesora en Lovaina² me pidió que diera ejemplos. Llegar desde los problemas filosóficos del relativismo cultural a soluciones concretas requeriría una solución mucho más clara de aquellos problemas que la que yo doy aquí (si en verdad llegar a tal claridad es posible). Lo que traté de hacer fue dar ejemplos de casos concretos donde estos problemas filosóficos tienen consecuencias directas. Y he incluido como apéndice lo que considero es un buen ejemplo del progreso como algo objetivo: las mejoras de las condiciones causadas por la ley seglar en las vidas de las mujeres rurales turcas.

2. El Problema Práctico

D. VELASCO habla del «carácter problemático de los Derechos Humanos»³, no sólo en relación al hecho de que nacieron bajo situaciones revolucionarias⁴, sino también que a las tensiones y conflictos que conlleva su progresiva universalización.

² Melle. Claire FOLETS, una brillantísima antropóloga, filósofa y jurista que defendía ideas completamente opuestas a las que aquí se exponen, con lo que no puedo más que estarle agradecido por aprobarme la asignatura y esperar que si un día una de sus hijas se casa con un emigrante musulmán recién llegado de Nigeria (vaya por delante todo mi respeto por los nacionales de dicho país y los creyentes de dicha religión), polígamo y partidario de la circuncisión femenina, acaso vea la luz y me reconozca entonces mi parte de razón.

³ Ver bibliografía para referencias completas. Aquí: VELASCO CRIADO, D., ..., p. 121.

⁴ Siguiendo a N. BOBBIO (*El Tiempo de los Derechos*, Ed. Sistema, Madrid, 1991), VELASCO hace algunos apuntes interesantes al diferenciar las declaraciones primeras francesa y estadounidense, en el sentido de que la primera de ellas es mucho más individualista que la segunda, que relaciona los derechos individuales con el bien de la comunidad, y que fue escrita según una concepción de la fraternidad cristiana por la que hay un «nosotros» que precede al intercambio del «tú» y del «yo», y que no es solamente el resultado de nuestro consenso. Que esto pueda ser verdad en relación al documento fundacional del país individualista por excelencia, nos debería hacer tener más cuidado cuando hablemos del «individualismo» occidental frente al «comunitarismo» no-occidental. MÜLLERSON, en la misma línea de pensamiento (ver bibliografía, pp. 939-941), afirma, primero que «incluso en el liberalismo occidental hay una serie de análisis que reivindican la comunidad (por ejemplo ROUSSEAU); y, segundo, que la mayoría de los instrumentos de los Derechos Humanos occidentales permiten limitaciones sobre los derechos y derogaciones de los Derechos Humanos en interés público, o por razones de Estado.» MÜLLERSON habla asimismo de la creciente preocupación en las sociedades occidentales con los deberes. Estos no son desconocidos en el pensamiento occidental, como muestra el muy olvidado artículo 29.1 de la Declaración

La tensión entre universalidad y diversidad con respecto a los Derechos Humanos es bien conocida. Pero debemos de distinguir, según mi opinión, dos niveles dentro de dicha tensión: el práctico y el filosófico. Primero está el debate práctico. Con ello me refiero a los problemas que podemos encontrar cuando unos Derechos Humanos, que se declaran a sí mismos Universales, como el mismo título de la declaración de la ONU en 1948 nos indica, chocan con los valores de los grupos no-occidentales y no son aceptados por éstos. El problema tanto más importante porque, como siempre insistirá todo antropólogo, nuestras sociedades son mucho más plurales de lo que se tiende a creer, y así podemos ver que no hay conflictos con otras culturas, como el ahora célebre Samuel HUNTINGTON parecía creer,⁵ sino que también **dentro de nuestras sociedades**. ¿Qué tipo de equilibrio se debería encontrar entre la universalidad y la pluralidad? ¿Debería Francia permitir el velo en sus escuelas? ¿Debería Holanda introducir reducciones en el grado de castigo por los crímenes cometidos para proteger la idea turca del *namus*?⁶ ¿Deberían los países occidentales reconocer la poligamia y otras formas «no usuales» de matrimonio? ¿Deberían tolerarse la circuncisión femenina en Europa? ¿Están los países desarrollados legitimados para condicionar su ayuda a los países en vías de desarrollo a la sumisión de estándares que no comparten? ¿Qué significa el derecho a la autodeterminación, sobre todo cuando se trata de pueblos indígenas? Estas cuestiones son las que normalmente les preocupan tanto a juristas como a los antropólogos, principalmente a aquéllos implicados en trabajos en el terreno, solucionando problemas concretos, siempre bajo algún concepto de los Derechos Humanos de bordes borrosos que aparece porque a lo largo y ancho de todo el mundo hay violaciones de la dignidad humana que, independientemente del fundamento que usen para justificarlo, piensan que no pueden tolerar:

Universal («Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad»). Así podría ser que los sistemas basados en los deberes tales como el hindú no fueran tan difíciles de conciliar con los Derechos Humanos reconocidos en los documentos internacionales como MESSER (ver bibliografía, pp. 229-230) señala [para un tratamiento más completo de los deberes en los textos internacionales ver ORAÁ, J., GÓMEZ, F. —ver bibliografía, pp. 69-70].

⁵ HUNTINGTON, Samuel P. «The Clash of Civilizations, next battlefield», *Foreign Affairs*, sept.-oct., 1993.

⁶ De alguna manera «honor», un concepto muy importante para el pueblo turco. [Por otro lado, cómo un concepto similar del honor es la causa última de la violencia que caracteriza a los emigrantes en Holanda naturales de las Molucas lo podemos encontrar en STRIJBOSCH, F., «Cultural Delicts in the Moluccan Community», artículo presentado en el encuentro *Law and Society*, Amsterdam, junio, 1991].

«Hoy en día hay un acuerdo internacional casi universal, al menos en la teoría, aunque no tan a menudo en la práctica, en que ciertas cosas simplemente no pueden ser legítimamente realizadas sobre los seres humanos —sin tener en cuenta las dificultades a la hora de especificar dichas cosas. Dejar de actuar o incluso hablar francamente sobre las ofensas más graves a la dignidad humana allende el mar por causa del relativismo cultural sería percibido —y creo que correctamente— en cualquier lugar como una cobardía moral.»⁷

De hecho, éste ha sido realmente el modo en que los Derechos Humanos aparecieron a lo largo de la historia:

«Son el grito de aquellos que han sentido su propia humanidad en el fondo de un abismo de deshumanización. Por ello, el discurso de los Derechos Humanos no puede ser separado de la experiencia de lo insostenible, de la injusticia. Lo que la humanidad representa como una exigencia moral, aquello a lo que tiene derecho un ser humano por el hecho de serlo es un logro de la conciencia adquirida en la experiencia de la inhumanidad (...).»⁸

Y los antropólogos, desde luego, no son una excepción:

«A lo largo de los últimos 45 años, el mundo, la disciplina de la antropología, al igual que los Derechos Humanos, ha cambiado. Las violaciones de los estándares mínimos de derechos humanos son reconocidas como universales, incluso si la formulación de tales violaciones no lo es, y la necesidad de una ideología universal, un ideal global de los valores, y quizás —volviendo a DURCKHEIM— de incluso un **«sagrado secular»**⁹ (...) están ampliamente reconocidas. Los antropólogos desde 1947¹⁰ se han movido desde la crítica a los Derechos Humanos (...) y están ahora ampliando su campo de acción, completando el contenido y participando en organizaciones para aplicar estos derechos.¹¹

Pero no se parece haber llegado a ninguna conclusión clara en la que se pueda encontrar algún tipo de equilibrio entre por un lado la

⁷ DONNELLY, ver bibliografía, p. 404.

⁸ VELASCO, D. *Op. cit.*, p. 113.

⁹ Palabras que, a propósito, sugieren Absolutos, no Universales Transculturales.

¹⁰ Fecha del *Statement on Human Rights* publicados por la comisión ejecutiva de la Asociación Americana de antropólogos, dirigido a la Comisión de la ONU sobre los Derechos Humanos, y que resaltaba el etnocentrismo cultural occidental del Borrador de la Declaración de la ONU de los Derechos Humanos (MÜLLERSON, *op. cit.*, p. 928; para ver diferentes perspectivas sobre este documento, frecuentemente mostrado como ejemplo de la oposición de los antropólogos al relativismo cultural, ver MESSER, *op. cit.*, p. 224, pero sobre todo, RENTELN, *op. cit.*, pp. 66-68).

¹¹ MESSER, *op. cit.*, p. 240.

Universalidad de estos derechos, necesaria para condenar las violaciones de la dignidad humana, sea cual sea el lugar donde se cometan, y por otro la diversidad cultural en la conceptualización de dichos derechos. A esta diversidad acuden a menudo los países no desarrollados, a veces debido al ansia de poder de sus liderazgos autoritarios:

«(...) en la argumentación sobre los problemas morales, el relativismo es el primer refugio del sinvergüenza.»¹²

Pero a veces también debido a que estos estándares internacionales chocan con el intento de estos países del Tercer Mundo de desarrollar sus economías. Esto es especialmente importante respecto de los estándares laborales internacionales cuyo incumplimiento por parte de los países en vías de desarrollo les hace más competitivos. Hay de hecho un enorme debate sobre si Occidente debería incluir sanciones comerciales en la OMC para los productos que violaran los estándares laborales (hechos por ejemplo con el trabajo infantil)¹³. Fenómeno similar es que algunos países occidentales están perdiendo sus marinas mercantes, debido a que los armadores eligen para sus barcos lo que ha venido a ser llamado «Banderas de Conveniencia», para aprovecharse del no respeto por parte del Tercer Mundo de las regulaciones internacionales relativas al trabajo y la seguridad. Otras veces, el desarrollo de los países no occidentales choca con los derechos de sus indígenas o con el derecho de toda humanidad al Medio Ambiente.¹⁴ La universalidad problemática de los derechos humanos tiene, pues, amplias y variadas consecuencias.

CERNA muestra cómo las diferencias culturales han llevado a acuerdos regionales que destacan la diferente concepción sobre los derechos humanos de cada zona. Así, en Europa tenemos una Convención (por

¹² MÜLLERSON, *op. cit.*, p. 938. Cita extraída de SCRUTON, R., *Modern Philosophy*, Sanclair Stevenson (1994), p. 32. Destaca MÜLLERSON además que a veces en justificación de violaciones de los estándares internacionales se aducen falseadas tradiciones locales (lo cual es explicado en detalle en DONNELLY, *op. cit.*)

¹³ Los Sindicatos Occidentales forman parte de los que desean tales sanciones. [Ver LEARY, V.A., «Labor» en *The United Nations and International Law*, JOYNER, C., (ed.) Cambridge University Press, 1997, pp. 208-231; «Including labour standards in international trade agreements», *European Industrial Relations Review*, Diciembre 1996, pp. 26-30; y LEARY, V. A. «The WTO and the Social Clause: Post Singapore», 1 *European Journal of International Law* (1997), 118- 122; www.icftu.org/english/sclause].

¹⁴ De hecho, en el campo del Derecho Medioambiental ha surgido el principio de «responsabilidad común pero diferenciada» (entre países desarrollados y países en vías de desarrollo) en la Convención sobre el Cambio Climático de 1992 y en el Protocolo de Kyoto a dicha Convención de 1997 [ver BEEWITH, S. *Environmental Law*, Sweet & Maxwell, 1997, pp. 27-46].

cierto, el más efectivo acuerdo en todo el mundo para la protección de Derechos Humanos) que solamente protege los Derechos Civiles y Políticos, mientras que Africa tiene una Carta que habla también de los derechos económicos y de los derechos de los Pueblos, en concordancia con la muchas veces comentada tradición comunitarista africana. Asia no tiene acuerdo regional, pero dejó clara su postura, la cual reza que se le debería dar un gran énfasis a la diversidad cultural, en la Declaración Intergubernamental de Bangkok sobre los Derechos Humanos, adoptada en la primavera de 1993.¹⁵ Los acuerdos regionales deberían defender en teoría los estándares *universales* en dichas regiones, pero CERNA nos muestra cómo a veces no pueden incluso acabar con prácticas muy locales (el caso de la prohibición del divorcio en Irlanda).

Los textos legales internacionales no parecen proporcionar mucha ayuda para solucionar la batalla entre la universalidad y la diversidad. Precisamente es muy discutida la Universalidad de la misma Declaración Universal de los Derechos Humanos (aunque DONNELLY, optimista, piensa lo contrario), y tampoco está muy claro si alguno de sus artículos ha adquirido el status de derecho consuetudinario internacional en consecuencia ha pasado a ser obligatorio. Los libros de Derecho Internacional Público solventan la cuestión con una llamada al diálogo cultural, pero, ¿qué es lo que se quiere decir exactamente con este diálogo?¹⁶

El último texto cuasilegal sobre este asunto, la «Declaración de Viena y Programa de Acción», escrito después de una cruenta batalla entre aquellos que defendían la universalidad y los que defendían las peculiaridades culturales¹⁷, es un magnífico ejemplo de cómo la bús-

¹⁵ MÜLLERSON (*op. cit.*, p. 937), quien siempre se muestra preparado para arrojar dudas sobre la importancia de la Diversidad Cultural, observa que la Declaración de Bangkok de las ONGs sobre los Derechos Humanos adoptada por 110 Organizaciones No-Gubernamentales (ONGs) de la región asiática y del Pacífico, unos pocos días antes de la adopción de la declaración arriba nombrada, acusaba a los círculos dominantes de los países asiáticos, y no a sus culturas, de las violaciones de los Derechos Humanos. La declaración destaca asimismo que «no se pueden tolerar prácticas culturales que deroguen derechos humanos universalmente aceptados, incluyendo los derechos de las mujeres». Naturalmente, la mayoría de tales organizaciones no-gubernamentales nacieron para y ganan dinero con la promoción de Derechos Humanos Universales; y no sólo eso, normalmente sus miembros son o bien occidentales o bien están occidentalizados, por lo que su opinión tal vez no sea imparcial (claro que para RENTELN y sus seguidores ninguna lo es).

¹⁶ ORAÁ, J., GÓMEZ, F., *op. cit.*; ETXEBERRIA, X. «Derechos Humanos: ¿Universales u Occidentales?», *Gaceta Municipal de Vitoria-Gasteiz*, 79, diciembre, 1996, p. 4 del monográfico sobre los Derechos Humanos.

¹⁷ CERNA realiza un resumen de tales discusiones, *op. cit.* Para algunos, todo el tiempo que se ha empleado en estas discusiones se ha perdido en detrimento de otros puntos que deberían haber sido tratados en dicha conferencia.

queda de consenso en los documentos programáticos internacionales lleva a formulaciones muy abstractas, muy próximas a no decir nada:

«Párrafo 1: (...) La naturaleza universal de estos derechos y libertades está fuera de toda cuestión (...).

Párrafo 5: Todos los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes e interrelacionados. La Comunidad Internacional debe tratar los derechos humanos globalmente de una manera justa e igualitaria, en un mismo pie de igualdad, y con el mismo énfasis. **Aunque la significación de las particularidades nacionales y regionales y los diversos trasfondos históricos, culturales y religiosos ha de ser tenida en cuenta**, es tarea de los Estados, sin tener en cuenta sus sistemas políticos, económicos y culturales, el promover todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.»

Para CERNA, MÜLLERSON, y otros muchos, esto fue una gran victoria de la Universalidad. Si ello es o no cierto queda a gusto del lector.

3. El Problema Filosófico

3.1. *El Relativismo y el fundamento de los Derechos Humanos.*

Introducción Histórica

Pero detrás de todo ello (¿muy lejos?) hay claramente un problema filosófico, que es el de la fundamentación de los Derechos Humanos. Resumiendo:

«Hay aquellos que niegan cualquier posibilidad de encontrar una base absoluta, y consideran eso como algo positivo para la causa. Derechos Humanos, mientras que otros afirman que es imposible defender la causa de los Derechos Humanos sin una base teórica sólida y de carácter universal.»¹⁸

¹⁸ VELASCO, D., *op. cit.*, p. 151. VELASCO no parece haber llegado a ninguna solución clara a este problema, porque semeja estar muy influenciado por BOBBIO, N., quien (*El Tiempo de los Derechos*, citado por VELASCO, D., *op. cit.*, pp. 151-153) afirma que hoy en día ya no es posible mantener la ilusión de poder encontrar una fundamentación absoluta de los Derechos Humanos. Menciona varias razones para ello, especialmente al hecho de que su existencia no puede ser probada, ya que, como valores últimos, no pueden ser inferidos. Estoy de acuerdo con esto, que es a lo que me refiero con el anteriormente citado «Estancamiento filosófico de la modernidad» entre Aristóteles y Nietzsche. Se llega a un nivel en el que no se puede *argumentar* más y solamente queda el recurso de la «*evidencia*», como FINNIS, o simplemente *elegir* como en el *Mito de Sísifo*, de CAMUS o, de acuerdo con la típica tradición religiosa española, solamente la *fe*, como en *El Sentimiento*

¿Podemos basarlos en un Derecho Natural Universal, de tal manera que nos podamos sentir legitimados para «intentar cambiar» a aquellos que no sienten la necesidad de respetarlos porque tienen otros valores?¹⁹ ¿O, como diría RENTELN, no hay valores absolutos que podamos usar como ideales, independientes de culturas específicas, con lo que necesitaríamos buscar Universales Transculturales; esto es, valores compartidos por la mayoría de las culturas? Porque las soluciones que damos a los problemas aquí apuntados son en realidad tan sólo la realización de algunos principios generales que, conscientemente o no, tenemos en mente.

Esto es, como dice RENTELN²⁰, la traslación a la antropología de una discusión filosófica muy antigua, de la que, por cierto, nos da únicamente una versión no muy imparcial. Porque, si en los escritos griegos podemos leer a HERODOTO, como nos recuerda RENTELN, podemos también encontrar la Antígona de SÓFOCLES (clásicamente citada como la primera mención de la Ley Natural), y si en la literatura griega podemos ver y encontrar sofistas²¹, podemos encontrar asimismo a SÓCRA-

Trágico de la Vida de UNAMUNO. Pero este es el final de mi historia y todavía estamos en el principio.

¹⁹ Si todo ello se debiera hacer mediante el Derecho Penal o de otra manera, va mucho más allá del objeto de este artículo.

²⁰ *Op. cit.*, pp. 56-57.

²¹ Yo añadiría a HERÁCLITO en esa línea de pensamiento (*panta rei*: no hay absolutos), pero esto conllevaría muchas explicaciones (y el problema de comprender a HERÁCLITO es incluso más complicado y más controvertido en sus círculos que el del fundamento de los Derechos Humanos). Por cierto, hablando de la filosofía griega, no es fácil sostener que los sofistas en bloque defendiesen el relativismo cultural, ya que hay muchos sofistas y dijeron cosas muy distintas, y a veces sólo sabemos lo que otros dijeron de ellos (normalmente sus detractores, lo que es una lástima, ya que reduce la imagen que la gente tiene de un grupo de pensadores bastante interesante y en ocasiones muy moderno). PROÁGORAS fue el que dijo que las normas morales variaban según los diferentes lugares, pero si simplemente quería constatar un hecho, o si defendía un relativismo «metaético» como el de RENTELN no está muy claro. Y, naturalmente, RENTELN se olvida de otro sofista, con el que no debe de estar muy de acuerdo, CALICLES, quien decía que la Justicia es la Ley del más fuerte, pero esta afirmación no pretendía ser positiva sino normativa, es decir, no se constata un hecho (o quizás sí y, después de todo, era de algún modo ¡un pre-marxista!; siempre hay este tipo de problemas a la hora de leer filósofos 25 siglos después de su tiempo), si no se dice cómo *deberían* ser las cosas. CALICLES sostenía que la moralidad convencional era de hecho una forma de injusticia, ya que trataba de privar al fuerte de su derecho natural de explotar al débil, análisis que se asemeja al de NIETZSCHE, quien era un experto en Grecia y parecía odiar en gran medida a SÓCRATES (en cualquier caso en algo estoy de acuerdo con RENTELN, el debate sigue y prosigue a lo largo de la historia). RENTELN no menciona a CALICLES, como tampoco a NIETZSCHE, ¿por qué? ¿No se encuentran ambos entre los mayores detractores de los Absolutos occidentales? ¿RENTELN conoce a los sofistas pero no a CALICLES? ¿a HUME y no a NIETZSCHE? Antes que poner en duda la formación filosófica de una gran antropóloga yo apuntaría otra posibilidad: no los menciona porque sabe que las con-

TES, PLATÓN y ARISTÓTELES. Y de ARISTÓTELES. y el desarrollo de su pensamiento por parte de Santo Tomás de Aquino mana una larga tradición de iusnaturalismo completamente opuesta a HUME (el siguiente autor al que cita RENTELN). E incluso en la tradición empirista inglesa podemos encontrar pensadores como el anteriormente mencionado John LOCKE, que habla de los Derechos que se tienen en un Estado de la Naturaleza. Porque, como trataré de argumentar más adelante, la única base posible para los Derechos Humanos es una aproximación de Derecho Natural.

D. VELASCO²² destaca dos puntos clave en la Historia de los Derechos Humanos antes de las Grandes Declaraciones en el siglo XVIII, los cuales están en el corazón del debate actual. El primero es el Descubrimiento de América, que provocó en los europeos la necesidad de *pensar sobre la cuestión de la dignidad de los individuos a partir de su diferencia*²³, y el segundo es la Reforma Protestante que supuso el reconocimiento de la disidencia como el derecho a decir «no» y la defensa de la tolerancia como garantía de una coexistencia pacífica. Veremos posteriormente la importancia que tienen estas dos ideas.

Centrándose en el relativismo cultural²⁴, RENTELN nos muestra cómo éste «emergió en su forma moderna como una reacción al evolu-

secuencias a las que se llega con su argumentación no le van a gustar. Y es que todo este pequeño embrollo nos muestra cómo, desde los mismos comienzos del pensamiento occidental, el debate sobre el relativismo ha estado conectado con la fundamentación del Derecho. Ello no tiene nada de sorprendente toda vez que ética y política fueron siempre inseparables para los griegos. Las cosas no han cambiado mucho desde entonces en este aspecto, dado que el debate filosófico sobre la universalidad y el relativismo de los derechos humanos es, en el fondo, el debate sobre si el Estado está legitimado para meter en la cárcel a aquellos que practiquen la circuncisión femenina (cuestión sobre la que no tengo una opinión clara, he de decir, siendo en principio el que escribe estas líneas receloso de la efectividad del Derecho Penal para resolver nada); pero hablaré sobre los Derechos Humanos y sobre su necesidad de legitimizar la acción del Estado más adelante. [Para todo esto, ver GUTHRIE, W. K. C., *A History of Greek Philosophy*, Cambridge, 1969, donde se puede observar que los problemas de interpretación parten de las propias traducciones del griego].

²² *Op. cit.*, p. 113.

²³ Siendo éste una de nuestras pequeñas contribuciones a la Historia del Mundo, ¿no deberíamos acusarle de exagerar la importancia de tal hecho para los Derechos Humanos? No necesariamente. En 1550 tuvo lugar en España la «Conferencia de Valladolid», donde BARTOLOMÉ DE LAS CASAS y GINÉS DE SEPÚLVEDA mantuvieron una «Controversia» bastante conocida en nuestro país sobre cómo se debería tratar a las poblaciones indígenas de América. Dado que frecuentemente se habla de la Antropología como hija del colonialismo, haciéndose referencia con ello a los imperios británico y francés, quizás deberíamos ser un poco patriotas y apuntar que aquella conferencia pudo haber sido el primer paso de la Antropología.

²⁴ *Op. cit.*, p. 57.

cionismo cultural» y «fue introducido en parte para combatir esta noción racista y eurocéntrica de progreso». Tal vez el lector encuentre perturbadora la negación de la idea de progreso y no le culpo por ello. Reconozco que quizás los occidentales pueden haber estado ciegos ante otras culturas y que, como apuntaba BOAS, pueden haber otros criterios para medir el progreso que los marcados por nuestra sociedad²⁵, pero no deberíamos, por ello, negar la posibilidad de *cualquier tipo* de progreso, o de *cualquier* estándar desde el que medir el progreso, desde el que poder criticar no sólo las culturas no-europeas sino también nuestra propia cultura. Naturalmente, RENTELN diría que no estaría negando la posibilidad de una crítica moral, pero las tres posibilidades que ella propone²⁶ las encuentro, como veremos, insuficientes.

²⁵ *Ibid.*, p. 57. Una defensa muy interesante de la Universalidad de los Derechos Humanos desde la noción del progreso (bajo el nombre de «desarrollo societal») puede encontrarse en MÜLLERSON, *op. cit.* Este plantea, cómo no es cierto que los Derechos Humanos emanen sólo de la tradición occidental, sino que todas las tradiciones tienen elementos a favor y en contra de los Derechos Humanos (dando numerosos ejemplos de cómo Occidente y la Religión Cristiana han actuado algunas veces en contra de tales derechos). La diferencia en los estándares de derechos humanos, dirá, no estriba tanto en las peculiaridades culturales sino en los diferentes *niveles de desarrollo societal*. También entiende el desarrollo de lo que él considera que ha sido falsamente llamado individualismo «occidental» del mismo modo (esto es, como producto del progreso), y destaca el papel de los crecientes procesos transnacionales en estos niveles de desarrollo societal, dando el clásico ejemplo neo-conservador de cómo el desarrollo económico de algunos países del este de Asia ha llevado a una mejora general de las condiciones de los Derechos Humanos (incluidos los políticos) en aquellos países. Pero su análisis es vulnerable a la crítica por parte de los antropólogos (él es de hecho lo que DONNELLY llamaría un «universalista radical») por ser etnocéntrico y no tener en consideración las diferencias culturales (por ejemplo, no parece ser consciente de las diferentes concepciones del rol de la mujer que hay en el mundo y la importancia de las mismas en sus culturas), y por ser demasiado optimista y cándido al pensar que el desarrollo económico significará el fin de los problemas de la universalidad de los Derechos Humanos. Y, naturalmente, se le puede culpar de ser conservador (el vínculo entre capitalismo y democracia suele ser muy marcado en el pensamiento no-conservador; ver BERGER, P.L., *La Revolución Capitalista. Cincuenta proposiciones sobre la prosperidad. La igualdad y la libertad*, Península, Barcelona, 1989) y de no tener en cuenta si realmente el modelo de evolución occidental es exportable al Tercer Mundo (¿soportaría el Medio Ambiente la presión de toda la población mundial consumiendo al ritmo como hacemos en Occidente?). Esta es la razón por la cual limitaré todas mis referencias a él a esta (ya demasiado larga) nota a pie de página. Pero en todo caso hay algunas observaciones muy agudas en dicho artículo, no siendo la menos importante la relevancia de la pobreza para la realización de los Derechos Humanos, y la explicación dada por RORTY de por qué algunas personas violan los Derechos Humanos, esto es, porque carecen bien de «seguridad» bien de «solidaridad». El primer problema es bien conocido, mientras que el segundo es propiamente un problema ético tan viejo como lo es la presencia del Mal en el mundo (recordemos a Agustín), por lo que ambos van más allá del contenido de este artículo y no diré nada más sobre ellos.

²⁶ *Ibid.*, pp. 63-64.

3.2. *El Relativismo Metaético de Renteln*

3.2.1. TOLERANCIA Y AUTO-REFUTACIÓN

La propia RENTELN no parece estar cómoda con su posición. Es consciente de que debiera ser hasta cierto punto posible hacer alguna evaluación de las culturas, porque, de otra manera, el relativismo cultural llevaría al escepticismo y al nihilismo²⁷. Señala que con una tolerancia absoluta no estaríamos legitimados para luchar contra los nazis²⁸,

²⁷ *Ibid.*, p. 58.

²⁸ ¿No son un grupo con lógica propia? ¿Únicamente los indígenas y los grupos no-occidentales merecen la protección de los antropólogos? dice Steven LUKES (*op. cit.*) en su segunda fábula sobre los Derechos Humanos, en un país utópico llamado «Comunitaria», heredero de un país espiritual-nacionalista («Volksggeist» donde, señala irónicamente, hay mucha gente aficionada a las «metáforas agrarias», muy unidos a su *tierra*, conscientes de sus raíces y un sentimiento de conexión *orgánica* entre ellos). Pero la nueva «Comunitaria» es mucho más pluralista y heterogénea que la vieja *gemütlich* nación de la que proviene. La nueva «Comunitaria es una auténtica Comunidad de Comunidades: un mosaico hecho de subcomunidades, reconociéndosele a cada una de las mismas *el valor peculiar de su manera* específica de vivir. En aquel utópico país la gente cree en la multiculturalidad y se practica una «política del reconocimiento», respetándose de manera escrupulosa la identidad de cada subcomunidad dentro de las instituciones del país. Pero entre los problemas que señala podrían aparecer en dicho estado está el de la «inclusión-exclusión»: ¿Cómo decidir qué comunidades se han de reconocer? LUKES apunta irónicamente que «para estar en la lista, tienes que ser, o decir que lo eres, indígena, o víctima del colonialismo y, preferentemente, ambas cosas». Me puedo imaginar bastante bien cómo reaccionaría un antropólogo al leer esto, pero pienso que hay algo de cierto en sus palabras. Los antropólogos estudian las culturas y nos recuerdan cómo las culturas son importantes para formar *nuestras mentes*, pero ¿son las culturas lo único que determina nuestras mentes? ¿Y, cómo definimos «cultura»? ¿cuánta gente necesita un grupo para que se le reconozca su «cultura»? ¿cómo diferenciar uno «cultura» de cualquier otro grupo de personas (dado que todos ellos, más o menos, tienen una identidad propia)? ¿se puede hacer esa diferencia? ¿no es la «cultura» un concepto al menos tan abstracto como el de «ser humano»? ¿por qué debe reducir un gobierno el grado de castigo de un asesinato de un turco que mate por *namus* y no el de un nazi que mate por *Mein Kampf*? Me doy cuenta de que los antropólogos tratan a menudo con grupos que están muy necesitados de protección, pero habiendo estudiado en el País Vasco sin ser vasco, tengo una visión no tan optimista de todas estas identidades «colectivas». La conexión entre nacionalismo y relativismo cultural que, por cierto, LUKES acertadamente destaca, es que ambas ideologías son más de «colectividades» que de «individuos». Reconozco, si bien ya está bastante claro en estas páginas, que veo poca legitimidad en las culturas si no es la de su utilidad para entender a los individuos. El proyecto de la Ilustración versaba sobre la liberación de los individuos de la tradición y de otras cadenas no-críticas a través de la razón (¡*Sapere aude!*). La escuela de Frankfurt nos mostró algunas críticas que se le podrían hacer a tal proyecto (la «ideología de la sospecha», como D. VELASCO la llamaba: MARX, NIETZSCHE y FREUD criticando cada uno de ellos diferentes pilares del «stablishment» occidental), ¿pero no está el propósito original aún vivo? [DONNELLY y VELASCO destacan el inherente carácter individualista de los Derechos Humanos como derechos sostenidos por los individuos en relación y frente al Estado o la sociedad, si bien ambos concuerdan al afirmar que se puede aprender mucho de las tradiciones comunitarias].

por lo que pone un sorprendente empeño en eliminar la «tolerancia» del núcleo de la Teoría del Relativismo Cultural²⁹. Digo «sorprendente» porque para mí la tolerancia es realmente una de las mayores virtudes del relativismo. Probablemente la más grande, no porque sea el valor de los americanos³⁰ (lo cual es cuando menos dudoso), sino porque lo que para ella es el núcleo de la teoría; a saber, las ideas de «cultura» y «etnocentrismo», son importantes en mi opinión en tanto que nos llevan a entender que puede haber otros modos de pensar distintos al nuestro, y que puede haber algo de verdad en ellos, aun cuando no los entendamos, y que el nuestro no es tan seguro como nos gustaría, porque está culturalmente influenciado. En el fondo «cultura» y «etnocentrismo» son conceptos útiles porque a través de ellos podemos evitar el dogmatismo. ¿Pero, qué es eso sino «tolerancia»?

Pero este no es el único ejemplo de la conciencia de RENTELN de los problemas de su teoría. Hace un interesante cambio de posición durante el artículo. Conocedora de los problemas clásicos de auto-refutación que presenta el relativismo, de los que no creo que lo salven sus inteligentes explicaciones de los diferentes tipos de relativismo existentes, afirma primeramente que el relativismo cultural sólo significa que «*algunas* evaluaciones son relativas al transfondo cultural del que surgen»³¹, para luego, cuando se ha olvidado de los problemas de la auto-refutación:

«Como se trata de una versión de la teoría que me gustaría defender, a veces me referiré a ella simplemente como relativismo. Esta postura sostiene que “no puede haber juicios de valor que sean ciertos; esto es, objetivamente justificables, independientes de culturas concretas.”» (Schmidt, 1955: 782)³²

La auto-refutación es un argumento siempre utilizado por los iusnaturalistas contra el escepticismo en general y el relativismo en concreto. John FINNIS, por ejemplo afirma que:

«Un elemento significativo de la Nueva Teoría Clásica del Derecho Natural³³ es su demostración de las negaciones escépticas de, al menos,

²⁹ *Ibid.*, pp. 62-63.

³⁰ Que es el argumento que da RENTELN para explicar lo que para ella es el error fundamental de colocar a la tolerancia en el centro de la teoría del relativismo cultural.

³¹ *Ibid.*, p. 59.

³² *Ibid.*, p. 61.

³³ «New Classical Theory» o «New Natural Law», corriente liderada por el mismo FINNIS y por Germain GRISEZ.

un bien humano básico —el bien de la verdad y del conocimiento son auto-refutantes. La Nueva Teoría Clásica del Derecho Natural es realmente una teoría que trata de justificar el hecho de que merece la pena hacerla (o cuestionarla). Las teorías que no dejan lugar al hecho de su existencia (...) o al valor de su propia búsqueda, son auto-refutantes.»³⁴

3.2.2. ABSOLUTOS VERSUS UNIVERSALES TRANSCULTURALES

Pero, naturalmente, la auto-refutación no prueba nada de la postura contraria. A través de la auto-refutación podemos ver que algo no es tan racional como debería serlo en el relativismo, pero, desde luego, aun tendríamos que demostrar la existencia de Valores Absolutos. Esto sería una victoria clara sobre el relativismo, y lamentablemente yo no la tengo. Pero es interesante ver cómo la Nueva Teoría Clásica del Derecho Natural, que nació como un intento de defender el iusnaturalismo frente a todos los ataques a los que se ha visto sometido a lo largo de la historia de la filosofía moral, da cuenta de dichos valores absolutos:

«La estrategia de los argumentos de la auto-refutación no debería de ser mal entendida. No demuestran la verdad de la proposición contraria a la que ellos refutan. Es más, defienden tal proposición mostrando que rebatirla es irracional (en último término es autocontradictorio). Funcionan prestándole atención a los hechos, intuiciones y juicios involucrados en la propia posición del escéptico como evidentes e innegables. (...) *Entonces el escéptico debería llegar a entender que su propio interés por la conclusión poco cómoda de que la ética es una ilusión es en sí mismo un bien verdadero, el bien de la verdad*»³⁵

Respondería quizás RENTELN a esto aduciendo que su teoría explicaría el bien del conocimiento como un Universal Transcultural. Pero, ¿es el conocimiento un bien universalmente reconocido? La propia ciencia de la Antropología (todas las ciencias modernas, diría yo) es sólo posible desde ciertos valores típicamente occidentales³⁶.

³⁴ FINNIS, J., «Introduction», en FINNIS, J. (ed.) *Natural Law. Volume I*, Dartmouth, Aldershot (UK), 1991.

³⁵ *Ibid.*, p. xiv.

³⁶ Estoy de acuerdo con MÜLLERSON (*op. cit.*, p. 946) en que esto no implica de ninguna manera superioridad alguna de la cultura occidental como un todo, porque «Occidente no sólo tomó prestada la pólvora de China y una gran parte de las matemáticas del mundo árabe, sino que el mismo *homo sapiens*, según todos los indicios, proviene de Africa.» Y de hecho, MESSER tiene razón al afirmar (*op. cit.*, p. 222) que «la supuesta oposición [de los antropólogos] a los derechos humanos ha contribuido a la expansión del Concepto de los Derechos Humanos y a la antropología del desarrollo», pero para mí es únicamente una pequeña consecuencia de una de las mejores virtudes que veo en la Antro-

¿Financiarían las culturas indígenas estudios antropológicos si fueran las más poderosas? ¿Se detendrían si pensaran que que tal vez estuvieran imponiendo sus valores etnocéntricos? La respuesta es, al menos, incierta. Y hay otros Valores Absolutos aparte del conocimiento:

«Y entonces, justo como uno llega a comprender la verdad práctica de que la verdad (y el conocimiento de ella) es un bien «por su propio derecho», intrínsecamente, no meramente como un medio para algún fin más lejano, y un bien humano básico además, uno puede llegar a comprender otros bienes básicos.»³⁷

FINNIS y Germain GRISEZ, antecesor del primero, dan algunos ejemplos: salud, amistad, juego, estética... Desde luego, su evidencia no está tan clara como la del conocimiento (si la del conocimiento está de alguna manera clara). Y el mismo concepto de evidencia ha sido muy criticado no sólo por los escépticos, sino también por otros iusnaturalistas, que defienden otras versiones del iusnaturalismo. Pero los problemas para encontrar los preceptos del Derecho Natural no nos deberían llevar a pensar que no existen, porque eso sería mezclar la epistemología y la ontología y, finalmente, según mi modo de ver, sostener una visión del mundo que sobre enfatiza el papel del hombre en él. Porque las cosas serían como son aun cuando no hubiese hombre alguno para conocerlas. Y, así como nuestra salud seguiría las mismas reglas, incluso si los médicos de todo el mundo llegasen a un acuerdo en contrario, pienso que los hombres tienen en su naturaleza posibilidades de realización³⁸ cuyo desarrollo les hace felices y su no desarrollo les hace infelices, **y ello no cambia por el hecho de que a partir de un diálogo cultural³⁹ resulte otra cosa.** Con los Universales

pología, que es la contribución a un mayor y mejor conocimiento de la Naturaleza Humana (especialmente a través del concepto del etnocentrismo).

³⁷ *Ibid.*, p. xiv. Una defensa bastante completa de la *plausibilidad* de los bienes básicos de FINNIS se puede encontrar en GEORGE, R.P., «Recent Criticism of natural Law Theory», *University of Chicago Law Review*, 55, pp. 1371-1429 (también en la colección de ensayos de FINNIS, *op. cit.*).

³⁸ «El propio *es* tiene un *debe* formado dentro de sí» decía Henry Veatch [VEATCH, H., «Natural Law and the “is” and “Ought” Question», *Catholic Lawyer*, 26 (1981)]. El iusnaturalismo de VEATCH y el de su discípulo LISSKA son ligeramente diferentes del de FINNIS y GRISEZ, pero estarían bastante próximos al contestar a alguien como RENTELN, ya que su pensamiento proviene directamente de Santo Tomás de Aquino y, a través de éste, de ARISTÓTELES.

³⁹ Incluso si es de «ideales» que para mí no garantizan nada. No seré más feliz si me matan, en mi opinión injustamente, por el hecho de que un Universal Transcultural encontrado en los ideales de diferentes sociedades legitimen mi muerte. «Libertad, ¡cuántos crímenes se han cometido en tu nombre!» ¿Debo dar ejemplos de ideales que se demostraron erróneos?

Transculturales podemos tener *orden*, sólo con los Absolutos podemos tener felicidad⁴⁰.

Aquí llego al título del artículo. ¿Por qué prefiero los Absolutos a los Universales Transculturales? Por la crítica clásica de la democracia que afirma que alguien formuló de la siguiente manera: «si la democracia es el derecho de la mayoría para hacer **lo que quiere, entonces yo no soy demócrata**». «¿Que algo sea deseado por la mayoría es base suficiente para considerarlo un bien... la voluntad de la mayoría crea no sólo la ley sino la ley buena»?⁴¹ Esto nos recuerda lo que en ética se conoce como la *falacia naturalista*; esto es, la crítica realizada por HUME, popularizada en este siglo por MOORE, a aquellos que trataban de inferir un *debe* de premisas que sólo contienen un *es*. Me explico: «si se puede demostrar la existencia de un Universal Transcultural [lo que no me parece más fácil que encontrar un absoluto], un valor compartido por todas las culturas en el mundo»⁴², el hecho de que sea *universalmente perseguido, incluso como ideal*, no lo hace moralmente bueno.» Dejemos un momento a RENTELN y volvamos a DONNELLY⁴³:

«Lógicamente, esto es correcto; si consenso transcultural no implica necesariamente una fuerza adicional para una regla moral.»

Pero estoy utilizando una afirmación de DONNELLY para mis propios propósitos⁴⁴, cuando no estoy de acuerdo con el resto de su argumentación⁴⁵ que pretende defender los Universales Transculturales:

⁴⁰ Naturalmente se necesita algún tipo de orden para conseguir la felicidad, por lo que encontrar los Universales Transculturales, si eso es posible, no es para mí inútil.

⁴¹ HAYECK, F. *The Constitution of Liberty*, Routledge y Kegan Paul, London, 1960 (p. 103 de la edición española de Edit. Unión, 1982). SCHUMPETER hace la misma crítica, pero no comparto las conclusiones que ellos infieren de este análisis. Pero, una vez más, eso va mucho más allá del objeto de este artículo. [Se puede encontrar una buena exposición de los diferentes conceptos de democracia y su evolución a través de la historia en HELD, D., *Modelos de Democracia*, Alianza Editorial, Madrid, 1991].

⁴² RENTELN, *op. cit.*, p. 61.

⁴³ *Op. cit.*, p. 405.

⁴⁴ Curiosamente, dice que ésta sería la argumentación de un «relativista radical», quien mantendría que (*ibid.*, p. 400) «la cultura es la fuente exclusiva de validez de un derecho o norma moral». Esto es precisamente lo que dice RENTELN cuando afirma que todas nuestras evaluaciones están culturalmente determinadas, pero partiendo desde esta premisa, DONNELLY dirá que (p. 404) uno solo puede llegar a la negación de los derechos humanos, esto es, de «los derechos que uno tiene simplemente como ser humano». Prosigue diciendo que «la negación de los derechos humanos es perfectamente *coherente* (...) pero hoy en día *moralmente indefendible*». Esta es una de las cosas que me gustaría aclarar en estas páginas. En mi opinión, partiendo de la negación de los Absolutos («relativismo metaético», diría Renteln), sólo se puede llegar al nihilismo. La única alternativa a los Absolutos es

«En realidad, parece que opera un análogo moral al Derecho Consuetudinario Internacional. Si una práctica es casi universal y generalmente se percibe como obligatoria, los estándares de la comunidad internacional exigirán esta práctica por parte de todos los miembros de la comunidad e imposibilitarán el legítimo desarrollo de prácticas alternativas.»⁴⁶

Por no mencionar el hecho de que una pequeña mirada a lo que el Derecho Internacional es hoy en día en la práctica debiera evitar su uso como ejemplo para la moral, aire que, desde un punto de vista estricto del Derecho Internacional Público, su analogía no es correcta. O, al menos, no completa. Porque en el Derecho Internacional Público está el status del «Objetor Persistente», que es el Estado que ha mostrado con su conducta su oposición a la formación de una norma consuetudinaria internacional⁴⁷, al que no se le puede aplicar la norma (debido al principio de soberanía internacional, que más o menos es el equivalente del individualismo para la Comunidad Internacional). Y como esta posibilidad puede surgir para prácticas que, independientemente de que el estado involucrado las consienta, el resto del mundo siente que no puede tolerar, se ha desarrollado la noción de *ius cogens*, esto es, de algunas normas mínimas que deberían ser respetadas por todos los Estados sin tener en cuenta su consentimiento: genocidio, apartheid... Cuáles son estas normas de *ius cogens* no está en absoluto claro, como tampoco cuáles serían mis Absolutos (y como tampoco cuáles serían los Universales Transculturales de RENTELN). Pero lo que sí está claro es que también el Derecho Internacional Público apoya la necesidad de unos Valores Absolutos, no de unos Universales Transculturales.

Por lo tanto, y dejando a un lado el Derecho Internacional Público, estábamos discutiendo esta dicotomía:

«Lo que distingue la Ley Natural de la Ley Positiva es que esta última es producto de la voluntad (aunque ésta pudiera ser la de la mayoría democrática), mientras que la Ley Natural es la expresión de la razón.»⁴⁸

NIETZSCHE, perfectamente coherente (en su negación de los Absolutos, si bien «perfectamente coherente» puede no ser el adjetivo más adecuado para este pensador), quizás acertado, pero... no la mejor base para los Derechos Humanos.

⁴⁵ Ni con su visión del Derecho Natural (*ibid.*, p. 405), ni con la de MÜLLERSON, pero las considero tan simplistas y tan faltas de interés que no alargaré estas páginas ya demasiado extensas para hablar de ellas.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 405.

⁴⁷ Francia, por ejemplo, en lo que se refiere a las pruebas nucleares.

⁴⁸ VELASCO, D., *op. cit.*, p. 112.

¿Es éste un simple problema teórico, lejos de la realidad? No lo es, pienso yo, porque lo que estoy defendiendo es el derecho al disenso por parte de la minoría, que es también en lo que consiste la democracia. En la segunda mitad de este siglo el Derecho Público tuvo que desarrollar sistemas de control de las mayorías habida cuenta experiencias trágicas de a lo que éstas podían llevar⁴⁹. Estoy defendiendo el derecho de la diferencia con respecto a lo que la mayoría de la gente piensa, y para mí este derecho al disenso no tiene límites siempre que lo diferente sea moralmente correcto, y para ello, necesitamos Absolutos, no Universales Transculturales. En el *Mundo Feliz*, de Aldous HUXLEY, yo no le privaría al solitario salvaje de su derecho de criticar al resto del mundo. En la cultura americana de clase media yo no le privaría a Jack KEROUAC de su derecho a vivir su vida de un modo completamente diferente del que se suponía que debía hacer⁵⁰. ¿Es esto aún demasiado teórico? ¿Estamos tan lejos de ese *Mundo Feliz*? Los Universales Transculturales en esta época de globalización e internacionalización podrían resultar ser los valores del *pensée unique*⁵¹, los valores del hombre unidimensional de MARCUSE.

Porque existe la posibilidad de que estos Universales Transculturales se revelen inhumanos, ésta es la razón por la cual necesitamos los Absolutos. Hay un párrafo de lo más interesante, precisamente en la parte del artículo en que RENTELN defiende sus Universales Transculturales frente a los Absolutos⁵². Planteado el problema de la posibilidad de «que se descubrieran algunos Universales Transculturales que los occidentales considerarían “inhumanos”», RENTELN es entonces coherente consigo misma y dirá que

«incluso si se encuentra un ideal universal que alguien pudiera considerar “inhumano”, éste sería parte de la moralidad. Es mejor ser honestos y admitir que existe que fingir que no existe.»

Por tanto, si Hitler hubiera ganado la Segunda Guerra Mundial, y el fascismo dominara el mundo, habría con toda seguridad un Universal Transcultural en relación a la posición de los judíos en la sociedad (no

⁴⁹ Justicia Constitucional y Constituciones Rígidas que incluyen dentro del texto constitucional las Declaraciones de Derechos, y que requirieron modificaciones de mayorías tan grandes que se debe tener en cuenta al menos la opinión de las minorías más importantes.

⁵⁰ No por no seguir ni su cultura ni cualquier Universal Transcultural, pero sí probablemente por ser contrario a algunos Absolutos (su egoísmo —pero esto en verdad se sale del contenido de este artículo—).

⁵¹ «Pensamiento único» en español.

⁵² *Ibid.*, pp. 65-66.

uno impuesto, la gente lo creería al igual que los filósofos griegos tampoco criticaron la esclavitud), el cual sería *parte de la moralidad* y sería «mejor ser honestos y admitir que existe que fingir que no existe». Quizás, pero hay algo que se conoce con el nombre de *ética*, que es la reflexión sobre la moralidad, cuya propia existencia niega el relativismo cultural y que debería llevar a la gente de semejante mundo a pensar que no estarían viviendo según unas normas morales buenas. Y, de la misma manera, para poder decirle a la gente de nuestro mundo de hoy que la racionalidad del mercado (que pudieran ser el Universal Transcultural actual) no conduce a la felicidad necesitamos Absolutos descubiertos a través de la *razón*.

RENTELN, de nuevo, no se siente cómoda con su propia postura, ya que afirma que la posibilidad de que surjan Universales que «un occidental» consideraría inhumano es «improbable»⁵³. ¿Lo es? Naturalmente, todo depende de la metodología a la hora de encontrar tales Universales. Quizás no sea tan poco probable (yo dudo mucho en poder llamar humana la posición en que se encontraría la mujer si hicéramos uso de Universales Transculturales como estándares de Derechos Humanos; ¿cuál es la legitimidad de no darle a todo hombre voto y de esa manera elegirlos estándares universales?). Y si es poco probable que dichos valores «inhumanos» aparezcan, ¿no se debe después de todo a que hay una naturaleza humana que los ideales, con sus fallos, tienden a aprehender, ideales que existen junto a los Universales Transculturales? Hay un texto que cita RENTELN para mostrar cómo sus universales, no siendo absolutos, «no son triviales»:⁵⁴

«La mera existencia de universales después de tantos milenios de historia de la cultura y en contextos tan diversos sugiere que **se corresponden a algo profundamente impreso en la naturaleza del hombre** y/o que son condiciones **necesarias** para la vida social [Kluckhohn 1952: 1 95].»

La primera posibilidad es simplemente la Ley Natural (la existencia de una naturaleza humana de la que parten los Valores Absolutos). La segunda requiere el uso de la razón para descubrirlos como «necesarios», y «necesario» es «absoluto», no «relativo».

Precisamente el hecho de que tengan sus raíces en algo «profundamente impreso en la naturaleza del hombre» es, como dice el texto (que RENTELN parece incluir como conclusión a su razonamiento), la causa

⁵³ *Ibid.*, p. 66.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 66.

de que haya algunos universales que pervivan tras «milenios de historia de la cultura». Pero RENTELN cita también la crítica⁵⁵ de los Absolutos de HERSKOVITS, quien rechaza los Absolutos como fijos (rígidos, esta es la idea que hace que mucha gente huya de la Ley Natural: autoridad, imposición artificial), mientras que los Universales varían y se adaptan a las circunstancias cambiantes. Esta crítica contradice al hecho, que como hemos visto la propia RENTELN reconoce, de que necesitamos universales inalterables para poder dar respuestas a las cosas que perviven, ya que éstas tienen su raíz «profundamente en la naturaleza humana» (siento repetir esta frase, pero le estoy infinitamente agradecido a RENTELN por haberla incluido en su artículo). Y de hecho *el hecho de que no cambien es una de las virtudes de los Absolutos*. Necesitamos que los Absolutos no cambien, no importa qué valores puedan ser dominantes, para criticar, como diría un marxista, ideologías, en cualquier lugar y tiempo. Porque hay algunas necesidades básicas que tiene el hombre occidental moderno que son las mismas que las que un africano tenía dos siglos antes de Cristo. Naturalmente, que las circunstancias cambian, y que se han de tener en cuenta los factores culturales, esto nadie lo niega. Pero las necesidades principales son las mismas.

3.2.3. LOS TRES TIPOS DE DESAFÍOS MORALES PROPUESTOS POR RENTELN

Veamos entonces un poco más de cerca los tres tipos de «desafíos morales» que son posibles para RENTELN y que hacen que para ella sea posible la crítica moral partiendo desde su relativismo metaético:⁵⁶

«Primero, donde el acto en cuestión sea contrario a las normas de la sociedad en que tenga lugar, esto sería criticable.»

Prima facie no suena muy tolerante, pero, naturalmente RENTELN diría ¡que la tolerancia no está en el centro del relativismo cultural! Seamos serios. Esto es lo que (en el mismo artículo pero unas pocas páginas antes⁵⁷) ella llamaba relativismo ético como una *hipótesis prescriptiva*, que quizás se debiera entender en términos del funcionalismo. RENTELN muestra que esto es vulnerable a la auto-refutación⁵⁸, de la que quizás piense RENTELN que escapa su relativismo como una teoría metaética, el cual espero haber mostrado que no escapa de ningún sitio

⁵⁵ *Ibid.*, p. 66.

⁵⁶ *Op. cit.*, p. 63-64.

⁵⁷ *Ibid.*, pp. 61-62.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 62.

(al refutarse a sí misma la negación de al menos el bien básico del conocimiento, diría FINNIS). Pero, como ya he dicho, la autorrefutación no prueba nada (especialmente al refutado), por lo que añadiré que no considero este precepto como un «desafío» moral. Los desafíos morales reales tratan normalmente más sobre el huir de lo que la sociedad nos impone que al revés. Y, naturalmente, este precepto se enfrenta directamente con el derecho a ser diferente de lo que la sociedad espera de uno.

Su segundo desafío moral (el principal, de hecho) es la crítica moral a través de los Universales Transculturales (a los que ahora llama «estándares universales», lo que suena un poco más fuerte, pero también más próximo a los absolutos). He hablado de sobra sobre este tema, así que me iré al

«Tercero, donde el acto esté en concordancia con los ideales internos de la sociedad, pero viole el propio ideal (externo) del crítico, es posible la crítica de tipo etnocéntrico.»

Porque, sorprendentemente, estando la cultura y el etnocentrismo en el centro del Relativismo Cultural si es «debidamente entendido»⁵⁹ «**los relativistas, como cualquier otro, son etnocéntricos** (...) y permanecen fieles a sus propias convicciones». Bien... ella es coherente consigo misma: si no es posible progreso alguno, ¡¡¡tiene que negar el propio progreso que su teoría supone para el pensamiento moral!!! Es de suponer que lo que en el fondo está debatiendo es si existe la posibilidad de hacer alguna evaluación que no sea etnocéntrica. Incluso si esto no es posible, lo cual dudo mucho (si un hombre completamente determinado culturalmente es lo que ella piensa que es la realidad, entonces puede ser «honesta»⁶⁰ y reconocerlo, pero no es un visión muy optimista del hombre⁶¹), no nos debería llevar a pensar que, como no podemos formularlos debido a nuestro etnocentrismo, los Absolutos no existen, porque, como ya he dicho, sería confundir la epistemología y la ontología.

⁵⁹ *Ibid.*, pp. 62-63.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 64.

⁶¹ Una perspectiva totalmente diferente es la de Erich FROMM, quien es muy consciente de los problemas que tiene el hombre moderno con la libertad que nuestra sociedad deposita en sus manos, y de que el fracaso a la hora de manejar esa libertad es la causa de la búsqueda de identidades colectivas [Un libro clásico de FROMM es *El arte de amar*, pero para los propósitos que aquí tratamos son más interesantes *El Miedo a la Libertad*, con un análisis de cómo y por qué la gente pierde su personalidad en las colectividades —FROMM estaba muy preocupado por el fenómeno de los nazis en Alemania—, y *Psicoanálisis de la Sociedad Contemporánea*, cuya lectura aclararía qué es lo que yo rechazo como universales transculturales cuando hablo de *pensée unique*].

Pero prosigamos con nuestro análisis del tercer tipo de «desafío moral» que RENTELN nos propone:

«Pero un relativista reconocerá que la crítica se basa en sus propios ideales etnocéntricos y se dará cuenta también de que la condenación puede ser un forma de imperialismo cultural.»⁶²

¿Por qué siempre desde nuestros propios ideales etnocéntricos⁶³? ¿Son éstos cadenas de las que no podemos escapar? ¿No es posible que, precisamente a través del Diálogo Cultural, lleguemos a formulaciones de los Universales más y más próximas a los Absolutos? ¿No es esto progreso moral? ¿No es esto lo que MESSER⁶⁴ quiere decir cuando nos recuerda el papel de los antropólogos en la formulación de un concepto más rico de los Derechos Humanos? Porque, de otro modo, lo único que realmente nos queda es:⁶⁵

«Bajo circunstancias extremas, significando que una acción en otra cultura viola una de las creencias más profundamente sostenidas por un relativista, éste puede decidir que la crítica e incluso la intervención sean males menores que el etnocentrismo o el imperialismo cultural.»⁶⁶

Lo que realmente es otra manera tolerante de solucionar las cosas... Un fundamentalista islámico podría asesinar a Salman RUSHDIE y aún así sentirse legitimado bajo tal precepto⁶⁷. Es fácil afirmar una norma moral así, cuando, como RENTELN, se es un occidental, es decir, se viene de la parte del mundo que tiene el poder económico, político y militar, y se puede ir al Tercer Mundo e imponer allí los estándares de uno, porque son las «creencias profundamente sostenidas» por uno,

⁶² *Op. cit.*, p. 64.

⁶³ DONNELLY, por otro lado, habla de «evaluaciones externas» (*op. cit.*, p. 406): «Un juicio externo aplica los ideales del evaluador (*modificados, como sea apropiado, por los argumentos relativistas*) para así determinar si la práctica debería ser aceptada o defendida, teniendo en cuenta todas las cosas.» Esta aproximación me parece más rica.

⁶⁴ *Op. cit.*, p. 235. En esta página podemos asimismo ver hablar a un antropólogo sobre el «cambio» con el significado de (le guste o no) «progreso».

⁶⁵ Además de la negación de toda posibilidad de una crítica moral, que es lo que me parece que es lo único que puede afirmar un relativista cultural de manera coherente. Pero de ello hablaremos más adelante.

⁶⁶ *Op. cit.*, p. 64.

⁶⁷ El problema no está solamente en si imponemos nuestros valores morales al resto del mundo, en lo que todos más o menos coincidimos que no podemos hacer. El problema está también en si las culturas no-occidentales están legitimadas para imponernos los suyos. ¿Debería permitírseles a las escuelas musulmanas en Europa que impongan a las profesoras no-musulmanas el uso del velo?

siempre con el poder que le da a uno su dinero y sus armas nucleares. Pero, ¿estarán de acuerdo los africanos con tal precepto? ¿Estaríamos de acuerdo nosotros si fuéramos los menos poderosos e Irán, y no los Estados Unidos, fuera la superpotencia mundial? ¿Porque algo sea una «creencia profundamente sostenida», no podemos criticarlo? ¿No es precisamente debido a que nuestras «creencias profundamente sostenidas» pueden ser erróneas por lo que necesitamos Absolutos que sean descubiertos por medio de la razón para criticarlos?

3.3. *Relativismo y Nihilismo*

RENTELN se da cuenta de que:

«Con toda certeza, la crítica moral pierde algo de su fuerza si deja de resultar de los valores morales universales.»⁶⁸

¿Algo? Si supiera con certeza que todos mis juicios morales están completamente determinados culturalmente, no haría **ninguno**. Por la misma razón que, hoy en día, dado que el relativismo cultural (y otras formas de relativismo) me demuestran que existe tal posibilidad, me refreno mucho en mis juicios morales (al menos intento hacerlo, claro que tal vez esto suene completamente dogmático a un antropólogo⁶⁹).

⁶⁸ *Ibid.*, p. 64. Es interesante ver cómo se ha olvidado de decir «Absolutos» y habla en su lugar de «estándares universales», con lo que parece negar la universalidad de sus Universales Transculturales («cross-cultural universals» en el original inglés). Un pequeño error... que puede mostrarnos que es muy difícil defender los Universales desde una postura relativista.

⁶⁹ O quizás no, porque en un debate muy diferente (sobre si los antropólogos deberían o no abogar a favor de los pueblos indígenas), Kirsten HASTRUP y Peter ELSASS decían que «(...) la razón fundamental para defender una causa particular *nunca puede ser antropológica*; la antropología busca comprender el contexto de [«todos», añadiría yo] los intereses locales, mientras que la abogacía implica la persecución de un interés particular (...) para ello los antropólogos tienen que salirse de su profesión, *porque no se puede legitimizar ninguna «causa» desde la antropología (...) la razón fundamental para una defensa nunca es etnográfica; sigue siendo en esencia moral*». Esto, según yo lo entiendo, implica que, siempre que el relativismo cultural sea tomado como paradigma de la antropología (lo cual corresponde decidir a los propios antropólogos, y yo no me encuentro entre ellos; además, nunca diré que no es una idea útil), no se puede derivar de esa ciencia ningún «desafío» *moral*. Ni mediante unos «universales transculturales» ni de cualquier otra forma. Así que los «desafíos» morales, si es que existen (porque, repito, no hay *razón* alguna para rechazar el nihilismo), deben partir de los Absolutos. HASTRUP y ELSASS hacen alusión a esto cuando dicen, después de las afirmaciones de arriba: «incluso los antropólogos tienen responsabilidades morales, no obstante». «No obstante ¿qué? No obstante al hecho de que no puede haber crítica moral basada en el Relativismo Cultural, que para ellos es inherente a

Si negamos los Absolutos, la posición más coherente, contra la que ningún filósofo podrá argumentar para movernos fuera de ella, es el nihilismo. Al comienzo de este artículo, RENTLEN se olvidó de contar-nos el final de la historia de la crítica de la Racionalidad Moral Occidental. Se olvidó de hablarnos de NIETZSCHE, como también se olvidó de CALICLES cuando hablaba sobre los Sofistas. Naturalmente, cuando hablo de NIETZSCHE, del que principalmente sé lo que otros me han dicho sobre él, no pretendo serle fiel (pero no creo que fuera fácil demostrar que no lo soy, porque se pueden leer y se han leído muchas cosas en ese hombre). No me referiré a NIETZSCHE en relación a la voluntad de poder, el superhombre y el eterno retorno. Lo que NIETZSCHE significa para mí es el rechazo absoluto de la moralidad racional, la acusación de la «tiranía de la razón»⁷⁰ del pensamiento occidental, y la negación de la pretensión de la verdad de nuestros argumentos (la verdad como metáfora, la imposibilidad de una «*adacquatio rei et intellectus*» completa) y, sobre todo, el rechazo de los absolutos (que es como yo entiendo la Muerte de Dios). El nihilismo ontológico, que lleva al nihilismo epistemológico, y la negación de la verdad moral: su «visión trágica» de la vida. La «parábola del loco de la linterna» nos muestra cómo la Muerte de Dios (o de los valores absolutos⁷¹) nos deja sin referencia, sin estándar:

«¿No habéis oído hablar de aquel loco que, a plena luz del día, encendió una linterna y empezó a correr por una plaza pública, gritando sin parar: Estoy buscando a Dios, estoy buscando a Dios? Y como había muchos que no creían en Dios, sus gritos provocaron muchas carcajadas. —¿Qué, se perdió, Dios? Dijo uno.— ¿Se ha perdido como un niño pequeño?, preguntaba otro.— ¿Se esconde de nosotros? ¿Nos tiene miedo? ¿Está embarcado? ¿Emigrado? Así gritaban y reían en gran tumulto. El loco llegó hasta ellos y los atravesó con su mirada. ¿Dónde está Dios? Os lo voy a decir, les gritó. Lo hemos matado, ¡vosotros y yo! ¡Todos nosotros, todos somos asesinos! Pero, ¿cómo pudimos? ¿Cómo pudimos cambiar el mar? ¿Quién nos dio la esponja con la que borrar el horizonte? ¿Qué hicimos cuando le privamos a esta tierra de su sol? ¿Adónde le están llevando sus movimientos ahora? ¿Muy lejos

la antropología. [HAstrup, K., y ELsAss, Peter: «Anthropological Advocay. A contradiction in terms?», *Current Anthropology*, Volumen 31, número 3, junio 1990, p. 301].

⁷⁰ NIETZSCHE, F., *El Crepúsculo de los ídolos*, citado por VÁZQUEZ FREIRE, M., *Nietzsche*, ed. Xerais, Vigo, 1993, p. 12.

⁷¹ Es de destacar cómo CERNA (*op. cit.*, p. 749) comenta que «El Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha convertido, de alguna manera, en el sustituto de la religión en las sociedades seculares». ¿Por qué?, yo añadiría, por culpa de su necesidad de Valores Absolutos.

de todos los soles? ¿No estamos cayendo sin cesar? ¿Hacia el frente, hacia atrás, hacia un lado, hacia todos los lados? ¿Hay todavía un arriba y un abajo? (...)»⁷²

3.4. *Derecho Natural de Mínimos*

Pero, está bastante claro que el nihilismo, como CALICLES y el propio NIETZSCHE de modo más sutil defienden, significa políticamente la ley del más fuerte. Pienso que he mostrado cómo otras maneras «menos radicales» de negar los Absolutos, como la de RENTELN, nos llevan en último término también a la ley del más fuerte (bien porque sus valores se muestran como algo compartido de modo universal, bien porque es el ganador del conflicto entre gentes que sienten que sus «convicciones profundamente mantenidas» son más importantes que el riesgo del imperialismo o el etnocentrismo), y que éste no es el modo más adecuado de fundamentar los Valores Morales de los Derechos Humanos, que el antropólogo necesita para la antropología aplicada, y un antropólogo legal para dar respuesta al pluralismo legal y a su forma más problemática (sí, por suerte, no la más usual), que son los delitos culturales. Por tanto, los Absolutos son necesarios. El problema, desde luego, ¿es quién define estos Absolutos? Porque está claro que pueden resultar ser la legitimación del totalitarismo:

«Obedece a Dios y a aquellos que, entre vosotros, muestran la autoidad divina... El gobierno único aceptado por Dios el día de la resurrección debería estar organizado con leyes divinas, y *esto sólo es posible con el control de los religiosos... El Gobierno Islámico no es un Gobierno Constitucional en el cual las leyes estén subordinadas a la aprobación de la gente, o de la mayoría.*» (El Ayatolah JOMEINI)⁷³

¿Cómo evitar el relativismo sin el dogmatismo? ¡Buena pregunta! Para la que no tengo respuesta. Diré mi opinión: Yo considero que existen algunos Absolutos que provienen de las posibilidades de realización que hay en la naturaleza humana, esto es, en la naturaleza que los seres humanos comparten en cualquier lugar. No puedo demostrarlos, pero para mí (de alguna manera al igual que para FINNIS), son evidentes; esto es, pienso que son **verdaderos**. Un relativista cultural diría «Yo no». Y espero haber demostrado que entonces su única opción es ser nihilista y dejar de pensar en los Derechos Humanos Universales

⁷² NIETZSCHE, F. *A Gaia Ciencia*, citado por VÁZQUEZ, *op. cit.*, p. 33.

⁷³ Citado por VELASCO, *op. cit.*, p. 410.

(lo cual, siendo una postura coherente, es una posición bastante cómoda para no hacer nada). En todo caso, estoy de acuerdo con VATTIMO⁷⁴ cuando (siguiendo a NIETZSCHE) dice que la realidad es una, pero los intentos de formularla son muchos, y ninguno puede reclamar para sí el monopolio de la verdad. Yo añadiría, muchos de esos intentos aprehenden y arrojan luz sobre una parte de la verdad.⁷⁵

El relativismo cultural es una de esas percepciones, una muy poderosa realmente, porque nos muestra cómo la cultura influye en nuestras evaluaciones, y realmente (le guste a RENTELN o no) llama a la tolerancia hacia los demás, quienes pueden tener su propia lógica, que no entendemos, pero a los que debemos reconocer como seres humanos. El relativismo cultural impide que algún filósofo cartesiano intente aplicar unos ideales teóricos lejos de la realidad. Pero no es la única percepción (¿no sería convertirla en un Absoluto?), la única luz, ya que no podemos deducir de «la cultura influye en nuestras evaluaciones» que «no es posible ninguna evaluación absoluta». Deberíamos tratar de descubrir los Absolutos a través de las diferentes luces que ha habido en el pensamiento occidental y no-occidental. Esto es lo que el Diálogo Cultural significa para mí: progreso en el descubrimiento de los Absolutos, no su negación.

¿Qué podemos sacar en limpio de todo esto en la práctica? Esto exigiría muchas más páginas (y bastante más talento del que posee el que aburre al lector con estas líneas). De nuevo, lo único que puedo ofrecer es mi opinión: yo estaría de acuerdo con LUKES en que **deberíamos mantener una lista de los Derechos Humanos razonablemente corta y abstracta**. «Incluiría los derechos civiles y políticos básicos, el Imperio del Derecho, la libertad de expresión y asociación, la igualdad de oportunidades [este sería el más problemático] y el derecho a un nivel básico de bienestar material, pero probablemente nada más (...)»⁷⁶ Estoy abogando entonces por un Derecho Natural de Mínimos. Por ejemplo, no pienso que «el matrimonio ha de ser de tal o tal manera» sea un precepto verdadero de Derecho Natural. *Prima facie* no veo problema alguno para que un Estado reconozca los matrimonios homosexuales o polígamos, en la medida en que se dé un consentimiento libre y se permita el divorcio libre [sobre el que se les permita

⁷⁴ Entrevista en el periódico *La Voz de Galicia* de junio 1998.

⁷⁵ Podría llamársele a esto «pluralismo epistemológico» e incluiría la antropología, la filosofía, la poesía. Pero no es relativismo en cuanto que busca la verdad. STRIBOSCH (*op. cit.*, p. 507) usa esta teoría dentro de la antropología: «toda teoría es tentadora e interesante, pero comprende sólo un aspecto muy aleatorio precisamente por culpa de eso». ¿Por qué debería ser diferente para el relativismo cultural?

⁷⁶ *Op. cit.*

adoptar hijos no tengo una opinión clara]. Esto es fácil de decir, pero «libre» sería problemático en la práctica, y se requeriría una intervención del Estado para poder garantizar el derecho a «decidir no tomar parte».⁷⁷

¿Más ejemplos? Concluiré con una cita de mi antiguo profesor Demetrio VELASCO:

«El pluralismo cultural [y con ello el pluralismo legal que, como hemos aprendido durante el curso, es una consecuencia del primero] tiene que tener entonces algunos límites, concebidos en relación a la necesidad de un nivel de universalidad con menos contradicciones lógicas, y sobre todo, con mejores consecuencias prácticas que el relativismo cultural. Estos límites deberían ser el respeto al principio básico de la *libertad de elección*, de pertenecer a tu propio grupo o de abandonarlo, la *práctica de la libertad de expresión y crítica* de todos los miembros respecto a su grupo cultural, y una *tolerancia* especial con los «outsiders» de cada grupo.»⁷⁸

Parece tener miedo a decirlo, porque de hecho tiene miedo a que los Absolutos lleven al absolutismo. Pero, en tanto que dichos principios han sido descubiertos por medio de la *razón*, y pretenden ser universalmente válidos aun en el caso de que los Universales Transculturales sean opuestos a ellos, yo afirmo que tales principios son buenas formulaciones de los Absolutos, y por ello serán para mí preceptos de Derecho Natural y Derechos Humanos básicos. Si esto es ser dogmático y/o etnocéntrico, el autor de estas líneas seguirá entonces a RENTELN, será «honesto» y lo admitirá. Teniendo en cuenta que anteriormente en este artículo dudaba de sí mismo como demócrata, no es tan sorprendente...

4. Apéndice: Un ejemplo práctico de progreso

June STARR⁷⁹ mostró cómo las mujeres árabes del campo utilizaron estratégicamente para su propio beneficio las leyes seculares relativas a la familia promulgadas durante el gobierno del famoso padre del Es-

⁷⁷ DONNELLY, *op. cit.*, p. 418.

⁷⁸ *Op. cit.*, p. 149. DONNELL destaca cómo la necesidad de libertad de conciencia, expresión y de asociación es más relativa en las comunidades más tradicionales, donde «raramente se plantearían problemas sobre estas libertades». Lo dudo mucho, sobre todo hoy en día cuando, como el propio DONNELLY y MÜLLERSON señalan, estas comunidades aisladas «ideales» son más y más difíciles de encontrar. Es diferente decir que estos derechos sean muy difíciles de llevar a la práctica en muchas sociedades que decir que no sean necesarios en ellas (ver apéndice).

⁷⁹ Ver bibliografía.

tado turco ATATURK, quien ideó estas reglas como parte de su intento general de modernizar y occidentalizar Turquía. Otra reforma no tratada en aquel artículo, pero que puede ser interesante para el tema que nos ocupa, es la sustitución de la escritura árabe —en la que había sido escrito el lenguaje turco otomano durante siglos— por el alfabeto latino, lo cual no sé cómo lo juzgaría un antropólogo⁸⁰, pero que en principio ha situado a Turquía en el camino de los índices más altos de alfabetismo de Oriente Medio. ATATURK⁸¹ es, para bien o para mal, una de las grandes personalidades de este siglo, por lo que es tarea de los historiadores el juzgarle a él y a sus reformas⁸². Su carrera se puede resumir brevemente como primero un general con éxito para después de la Primera Guerra Mundial convertirse en una especie de déspota ilustrado que trató de mejorar las condiciones de la gente, pero sin especial afición por la democracia.⁸³

En el contexto concreto que estamos tratando, parecía estar muy a favor de la igualdad de la mujer⁸⁴. Pero, como nos muestra GALANTER, los cambios normativos no llevan necesariamente a cambios en la vida real⁸⁵ por lo que lo que realmente es interesante aquí es destacar que, en cuanto las mujeres rurales musulmanas se percataron de la posibilidad de hacer uso de tales normas (lo que para STARR sucedió de manera principalmente informal), las utilizaron **de manera efectiva**⁸⁶ para mejorar sus vidas, sobre todo a través de la promoción (o amenazas) de demandas de divorcio. En cuanto que el fracaso del marido de establecer un hogar separado para su mujer fue reconocido como causa de divorcio que ésta podría alegar, decreció la importancia del sistema patriarcal de clanes. Relacionado con la menor importancia de los hogares patriarcales (pero STARR no está muy seguro de

⁸⁰ Se fue al campo y explicó con tiza y pizarras, ¡esto quizás será del agrado de un antropólogo! —es broma, por supuesto, tengo el mayor respeto por esa ciencia y la parte de la verdad que sólo ella puede mostrar—.

⁸¹ Cuyo nombre original era Mustafá KEMAL ATATURK significa «padre de los turcos».

⁸² Aunque en Turquía se le tiene en muy alta estima y la autora del artículo del que estoy hablando parece admirarle mucho.

⁸³ Reprimió sangrientamente una revuelta kurda en 1925 y un complot contra él en 1926, acabando los líderes de ambos ejecutados en la horca. Además, en sus últimos días se dice que se fue alejando más y más del pueblo.

⁸⁴ Había sido educado en una escuela seglar y quizás su política de emancipación de la mujer se vio influenciada por su matrimonio con una mujer educada a la manera occidental (de la que, a propósito, se divorció dos años más tarde). [ver STARR, J., 501-502].

⁸⁵ GALANTER, Marc, «Why the haves come our ahead: speculations on the limits of legal change». *Law & Society*. Fall, 1974.

⁸⁶ El estudio del uso estratégico que hacen los no occidentales de las posibilidades que les ofrecen las normas occidentales es frecuente en la antropología jurídica.

cuál es la causa de cuál) está el creciente interés de las mujeres de limitar el número de hijos.

Teniendo en cuenta que tradicionalmente «el estatus de las mujeres adultas está basado únicamente en el número de hijos (preferentemente varones) que éstas podían traer al mundo»⁸⁷, que «los miembros con menor autonomía de los hogares rurales eran los varones jóvenes y *todas las mujeres*»⁸⁸ y muchos otros detalles que nos da STARR sobre lo que solía ser la situación de las mujeres en la región estudiada (Bodrum), realmente tiene razón al señalar que cambiaron cierto tipo de *valores*:

«Esto representaba de por sí un movimiento en dirección opuesta a los valores de la supremacía masculina y la ideología que apoyaban las familias patriarcales.»⁸⁹

¿Está legitimado el Estado para imponer semejante cambio de valores? Para aplicar, digamos, el derecho a «la igualdad de la mujer». Para RENTELN esto solamente sería (volviendo a sus «desafíos morales») legítimo en nombre de los Universales Transculturales o porque los gobernantes de dicho Estado consideraran que la situación iba tanto en contra de sus opiniones «profundamente sostenidas» que podían legítimamente ser etnocéntricos. No porque la desigualdad fuera contraria a su propia cultura, que claramente no lo era.

Pero, ¿hay un Universal Transcultural sobre la igualdad de sexos? ¿Es una norma de Derecho Internacional Consuetudinario, que tiene a Arabia Saudí (y otros) como objetores persistentes? ¿Porque no hay un consenso universal sobre ello no podemos decir que hubo algún progreso objetivo y real, no sólo para nuestros «estándares etnocéntricos»? ¿Era ATATURK víctima de su etnocentrismo «profundamente convencido»? ¿Qué le diferencia de un «profundamente convencido» Pol POT (si es que hay algo)? ¿No creía HITLER «profundamente» en el nazismo?

¿No nos enseña el ejemplo de estas mujeres turcas que la igualdad entre sexos es un valor **verdadero**? ¿Un Absoluto? ¿Algo acorde con las posibilidades de realización que la naturaleza les ha dado? De otro modo, ¿por qué demandaron a sus maridos, yendo, como iban, en contra de su cultura? El cambiar las reglas no siempre lleva a los resultados que se buscan, decía GALANTER. Sí, pero yo añadiría, es más proba-

⁸⁷ STARR, *op. cit.*, p. 515.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 503.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 519.

ble conseguir la efectividad de las leyes. Estas tratan de conseguir resultados acordes con la naturaleza humana.

5. Bibliografía

- BEEWITH, S. *Environmental Law*, Sweet & Maxwell, 1997, pp. 27-46.
- BERGER, P.L., *La Revolución Capitalista. Cincuenta proposiciones sobre la prosperidad, la igualdad y la libertad*. Península, Barcelona, 1989.
- BOBBIO, N., *El Tiempo de los Derechos*, Ed. Sistema, Madrid, 1991.
- CERNA, C. «Universality of Human Rights and Cultural Diversity: implementation of Human Rights in different Socio-cultural contexts». *Human Right Quarterly*, 16 (1994), pp.740-752.
- DONNELLY, J. «Cultural Relativism and Universal Human Rights», *Human Rights Quarterly*. 1984, pp 400-419.
- FINNIS, John (ed.), *Natural Law. Volume 1*, Dartmouth, Aldershot, 1991.
- GALANTER, Marc, «Why the haves come our ahead: speculations on the limits of legal change». *Law & Society*. Fall, 1974.
- GUTHRIE, W.K.C., *A History of Greek Philosophy*, Cambridge, 1969.
- HASTRUP, K., y ELSASS, Peter: «Anthropological Advocay. A contradiction in terms?», *Current Anthropology*, Volumen 31, número 3, junio 1990, p. 301.
- HAYECK, F. *The Constitution of Liberty*, Routledge y Kegan Paul, London, 1960.
- HELD, D., *Modelos de Democracia*, Alianza Editorial, Madrid, 1991.
- HUNTINGTON, Samuel P. «The Clash of Civilizations, next battlefield», *Foreign Affairs*, sept.-oct., 1993.
- LEARY, V.A., «Labor» en *The United Nations and International Law*, JOYNER, C., (ed.) Cambridge University Press, 1997, pp. 208-231; «Including labour standards in international trade agreements», *European Industrial Relations Review*. Diciembre 1996, pp. 26-30.
- LEARY, V.A. «The WTO and the Social Clause: Post Singapore», I *European Journal of International Law* (1997), 118-122 (ver también www.icftu.org/english/sclause).
- LUKES, Steven «Cinco fábulas sobre los Derechos Humanos», *Claves de Razón Práctica*, n. 41 (1994).
- MESSER, E. «Anthropology and Human Rights», *Annual review of Anthropology*. 1993, pp. 221-249.
- MÜLLERSON, R., «On Cultural Differences, Levels of Societal Development and Universal Human Rights», en: MAKARCZYK (ed.), *Theory of International Law at the threshold of the 21th Century: Essays in honour of Krystof Skubiszewski*, Kluwer Law International, 1996.
- ORAÁ, J., GÓMEZ, F., *La declaración Universal de los Derechos Humanos. Un breve comentario en su 50 aniversario* (especialmente el capítulo 5.4: «La universalidad de los Derechos a la luz de la declaración»). Universidad de Deusto, Bilbao, 1997.
- RENTELN, A.D., «Relativism and the search for Human Rights», *American Anthropologist*. 90 (1988), 1, pp. 56-72.

- STARR, June, «The role of Turkish secular law in changing the lives of rural muslim women, 1950-1970», *Law & Society review*, volumen 23, número 3 (1989).
- SCRUTON, R., *Modern Philosophy*, Sanclair-Stevenson (1994), p. 32.
- STRIJBOSCH, F., «Cultural Delicts in the Moluccan Community», artículo presentado en el encuentro «Law and Society», Amsterdam, junio, 1991.
- VÁZQUEZ FREIRE, Miguel, *Nietzsche*. Edicións Xerais de Galicia S.A. Vigo, 1991.
- VEATCH, H., «Natural Law and the «is» and «Ought» Question», *Catholic Lawyer*, 26 (1981).
- VELASCO CRIADO, Demetrio, *Pensamiento Político Contemporáneo* (especialmente capítulo III: «Los Derechos Humanos: ¿convenciones útiles o un referente normativo de carácter universal, irrenunciable y exigible jurídica y políticamente?»), Universidad de Deusto, Bilbao, 1997.

EL ORDENAMIENTO JURIDICO DE LA SEGURIDAD SOCIAL FRENTE AL ENVEJECIMIENTO DE LA POBLACION ESPAÑOLA

Victor Fernando Manrique López

Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad de Deusto

El mantenimiento de un alto nivel de empleo y de protección social es uno de los objetivos fundamentales de la Comunidad y está explícitamente incluido entre las tareas enumeradas en el Artículo 2 del Tratado de la Unión Europea. La protección social representa un componente fundamental y un rasgo distintivo del modelo europeo de sociedad.

Por primera vez la Comisión al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, se han fijado como metas:

1.º) Mejorar la eficacia de los sistemas de subsidio de desempleo: incrementar los incentivos para que los desempleados busquen un trabajo, un verdadero seguro que promueva la aptitud para el empleo en lugar de mera indemnización por desempleo. Transición gradual y flexible hacia la jubilación a fin de mantener las oportunidades para que los trabajadores de edad avanzada permanezcan en el mercado de trabajo.

2.º) *Adoptar las consecuencias de lo que representa el envejecimiento de la población europea.*

Entre 1995 y el 2025, el número de personas de 60 años o más, que ascendían en 1995 a 77 millones, aumentará como mínimo en 29 millones y, como máximo, en 44 millones. El porcentaje de personas de edad avanzada respecto a la población en su conjunto pasará de 21 a aproximadamente un 30 por ciento. Los ingresos transferidos de los trabajadores a los pensionistas vendrán alcanzando un nivel tal que se pondrá en peligro su viabilidad.

El creciente número de personas de edad avanzada generará una mayor demanda de atención sanitaria y servicios sociales cuya financiación pondrá igualmente en dificultades a los Estados miembros.

Por otro lado se destaca que durante los últimos 20 años, el empleo femenino en la Unión ha pasado de 46 a 61 millones de trabajadoras, mientras que el número de empleos masculinos ha permanecido estable. La progresión de la participación de la mujer en el mercado de trabajo se mantendrá en los próximos años y representará un factor positivo para compensar el envejecimiento de la población activa. No obstante no bastará con que la mujer trabaje pues será indispensable el cumplimiento de otro fin: tendrá que tener hijos.

Efectivamente los cada vez más bajos índices de natalidad registrados en muchos Estados miembros muestran claramente la necesidad de remodelar los sistemas de protección social.

En este sentido cabe resaltar que a comienzos de siglo, Angel Pulido Fernández, en *Salud pública en España y ministerio social de las clases médicas* (Madrid, 1990), calculaba la mortalidad madrileña en un 40 por 100. Llegó a decir que la Villa y Corte era la necrópolis de España. Igualmente Segismundo Moret, en la publicación filokrausista *La ilustración Ibérica*, daba datos de las aterradoras cifras que el señor Moret expuso en una notable conferencia y que parecen el tañido funeral de la campanas que doblan por los difuntos.

El contraste lo tenemos a fecha de hoy al contemplar las cifras de esperanza de vida al nacer. Como dato esencial cabe resaltar que, en 1996 nos aventaja y por cierto, por muy poco, Suecia, Francia, Holanda e Italia pudiendo significarse que aquel tétrico panorama de comienzos de siglo ha desaparecido.

Simultáneamente contemplamos una formidable caída en la natalidad. En 1976 nacieron 667.456 niños; en 1998, 361.930, con una rapidez sin igual nos hemos convertido en el país de menor natalidad.

Según la encuesta de fecundidad del INE en 1999 estamos en la media de 1,07 hijos nacidos vivos por mayor de 15 a 45 años. La más baja del mundo.

Se suele repetir hoy en día que la compensación vendrá del exterior. Efectivamente un formidable diferencial del PIB por habitante —Marruecos tiene el 9 por ciento del español o Ecuador el 11 por ciento— convierte a España de nación emigrante en inmigrante.

Ahora bien si los atendemos, la carga sobre el Estado de Bienestar será bastante notable.

La comodidad de no tener hijos y el alto nivel del bienestar material, que elimina la oferta de brazos para ciertas tareas sociales se va a pagar con dureza, guste o no a los españoles. Estos cinco problemas —los movimientos poblacionales entre el campo y la ciudad, el del paro, el del prolongado y amplio envejecimiento con sus secuelas en mayor carga financiera en pensiones y prestaciones sanitarias, los de la caída

de la natalidad, y los de los emigrantes, afectan a la médula de nuestro ser nacional. Es intolerable acercarse a ellos con ignorancia o demagogia como ha señalado el profesor Velarde.

3.º) Frente a quienes sostienen una pretendida armonización se debe recordar que la Unión cuenta simplemente con un sistema de coordinación de los regímenes de Seguridad Social de los Estados miembros. La protección social de un considerable número de personas por tanto dependen, entera o parcialmente, del buen funcionamiento del sistema de coordinación referido.

Cada vez son más numerosos los trabajadores altamente cualificados que migran, para los cuales los regímenes complementarios de protección social, que no han sido coordinados a nivel europeo, revisten una especial importancia.

Ahora bien se debe resaltar que, para hacer la protección social más favorable al empleo, convendría abordar los siguientes puntos:

1) *Hacia una fiscalidad y sistemas de protección social más favorables al empleo.*

Las personas menos incitadas a encontrar un empleo son las víctimas de la trampa del desempleo: si a la pérdida de prestaciones se suma la carga fiscal, pocas son las ventajas que cabe esperar por traer una renta profesional a la familia. En estos casos los beneficiarios de prestaciones se encuentran verdaderamente atrapados en un callejón sin salida, sin motivación económica alguna para escapar.

La mayor parte de los sistemas de desempleo fueron diseñados originalmente para proporcionar una renta sustitutoria a las personas que se encontraban, supuestamente por un breve período de tiempo, sin empleo. En la mayoría de los casos, el nuevo empleo requeriría cualificaciones idénticas o similares a las del trabajo anterior. Actualmente, es esencial que las personas que buscan empleo estén dispuestas a adquirir nuevas y diversas cualificaciones.

Las cifras revelan que mientras más se prolongue la situación de desempleo, mayor es la dificultad para reincorporarse al mercado.

Se trata, pues, de adoptar medidas que ayuden a los desempleados a adquirir nuevas cualificaciones y a actualizar las que ya poseen, en un marco de protección social que prevenga la pobreza y la exclusión del mercado de trabajo y de la sociedad en general.

2) *Implantación de sistemas flexibles para gestionar la transición de la vida profesional a la jubilación.*

La situación de los trabajadores de edad avanzada ha cambiado radicalmente en los últimos veinte años.

Se introdujeron mecanismos que permitían a los afectados dejar el empleo mucho antes de alcanzar la edad de jubilación. La reducción de la vida profesional era objeto de un amplio consenso implícito entre empresarios, trabajadores y el Estado.

Sin embargo, debido al constante aumento de la esperanza de vida y a la introducción en muchos Estados miembros de reformas encaminadas a elevar la edad de jubilación para aliviar así la presión ejercida sobre los sistemas públicos de pensiones, resulta esencial invertir la tendencia hacia la salida anticipada del mercado de trabajo.

Se tiene poca conciencia de los problemas que planteará la jubilación anticipada durante los próximos diez años. A largo plazo, la tendencia actual de sustituir a los trabajadores de edad avanzada por trabajadores jóvenes será insostenible.

3) *Hacia la viabilidad de los sistemas públicos de pensiones.*

La mayoría de los Estados miembros centran sus esfuerzos en garantizar la continuidad de los regímenes públicos de reparto. La más importante de las soluciones adoptadas consiste en encontrar mecanismos que permitan a las personas continuar su actividad laboral en lugar de acogerse a la jubilación anticipada, es decir elevar la edad real de jubilación.

Otra tendencia común consiste en la estrecha relación que se está forjando entre la cuantía de las pensiones y las cotizaciones totales efectuadas a lo largo de la vida activa.

Fomentar el desarrollo de regímenes complementarios de pensión sobre una base completamente capitalizada. En este sentido, los fondos de pensiones podrán convivir paralelamente con los sistemas públicos de reparto.

4.º) *Satisfacer las nuevas necesidades de asistencia de las personas de edad avanzada.*

La esperanza de vida ha aumentado, y así surgen nuevas necesidades por lo que respecta a las condiciones de vida en la etapa final de la vida de las personas y el envejecimiento de la población europea tendrá una incidencia particularmente fuerte sobre las necesidades de asistencia.

Los avances en el tratamiento de enfermedades graves, así como el aumento generalizado de la esperanza de vida, supone que un número cada vez mayor de personas vive sus últimos años en una situación de

dependencia en cuanto a sus necesidades cotidianas. Hasta ahora, solían ser los familiares quienes se ocupaban de estos casos.

Asistimos pues a la aparición de una nueva rama de la protección social. Sin embargo, no es fácil conciliar la necesidad de cubrir estas nuevas necesidades de asistencia con el imperativo de contener los costes correspondientes.

Puede, por tanto pensarse que se planteará una creciente demanda de servicios sociales, cuya satisfacción ofrece inicialmente grandes posibilidades en la creación de empleo.

5.º) *Mejora de los servicios sanitarios.*

En los Estados miembros, el gasto total en salud varía entre algo más del 5% a casi el 10% del PIB. En términos absolutos, el gasto ha venido aumentando durante muchos años y en todos los Estados miembros se constata una creciente presión sobre sus servicios sanitarios. Por ejemplo, el gasto *per capita* en atención sanitaria para las personas de edad avanzada es cinco veces superior al correspondiente a las personas en edad de trabajar. Se espera que la categoría de edad de 75 años y más aumente en casi un 50% en los próximos 20 años, lo que tendrá un efecto significativo sobre el gasto sanitario total. Esta evolución se debe no sólo al cambio demográfico, sino también a las crecientes expectativas respecto a las prestaciones que los sistemas sanitarios pueden y deben ofrecer.

Resulta altamente llamativo el que, desde otra instancia como es el Consejo, por primera vez se plantean consideraciones similares.

La fijación de la edad de jubilación ha sido una prerrogativa del legislador, el cual ineludiblemente ha estado y debe estar a las exigencias impuestas por las reglas matemático actuariales y las exigencias derivadas de la necesidad de mantener un sistema financiero viable para con la Seguridad Social.

En este sentido, no parece que tenga mucho sentido, hoy en día, conservar la misma edad de jubilación que la establecida a comienzos del siglo xx, en unos momentos en donde las previsiones e índice de mortalidad eran completamente diferentes a las actuales, rondando la edad de los 54 años la prevista para una buena parte de la población europea y en concreto para nuestro país, que, en algún momento, ha contado con cifras incluso menores. Es cierto, y hay que reconocer con la doctrina que así lo ha destacado, que la edad de jubilación, desde hace más de dos décadas, está en discusión.

Como ha señalado una de las personas que con mayor relieve ha estudiado el tema que nos ocupa, Panizo Robles, viene existiendo un planteamiento de posturas opuestas en lo que se refiere a la determina-

ción de los requisitos de acceso a la jubilación. Efectivamente, una buena parte de los sujetos individuales desean tener acceso lo antes posible a las pensiones de jubilación, habiéndose ofertado, en muchas ocasiones, desde las empresas, la idea de la oportunidad y conveniencia de las jubilaciones anticipadas. En realidad se ha llegado a decir que, en buena parte de los países de la Unión Europea, no deja de existir una especie de contradicción entre la norma y la realidad social, en lo que se refiere a la jubilación. La contradicción se manifiesta, según esta corriente doctrinal expuesta por el citado autor, en que mientras que la norma suele imponer una edad determinada, sin embargo la realidad social impone otra diferente. La explicación es fácil de entender: Se han utilizado los mecanismos de la jubilación y más concreto, los relacionados con la prejubilación para redimensionar las plantillas y, de esta forma, se ha transformado un derecho subjetivo al descanso (como tradicionalmente se había asumido el derecho a la jubilación) en un retiro prematuro y obligatorio.

En realidad, es cierto, que, pese a ser competencia del legislador la fijación de los límites para trabajar, sin que se discuta la facultad exclusiva de éste para determinar la edad mínima de acceso al trabajo, y, aunque se fijen matices sobre este particular para la determinación de las edades máximas, nos encontramos, siguiendo a dicha doctrina, con que, no es extraño que, desde hace algún tiempo, las legislaciones nacionales se hayan visto obligadas a corregir estas disfuncionalidades, intentando modificar el comportamiento laboral, puesto que en España —al igual que en otros países— la jubilación se convirtió, durante bastante tiempo, en un instrumento de las políticas de empleo.

Así se ha destacado que, en este ámbito, se enmarca la pretensión comunitaria —valga, por ejemplo, la Comunicación de la Comisión Europea sobre la evolución futura del sistema de protección social— así como las diferentes reformas nacionales que proponen incentivar la prolongación de la vida activa, con su doble efecto: de una parte, en lograr una mayor adecuación entre la mayor longevidad y una más amplia vida laboral, al tiempo que puede permitir aliviar las cargas del sistema de pensiones.

Ciertamente puede coincidirse con dicha corriente doctrinal en que se hace indispensable adecuar la conciencia social a las necesidades normativas, que, una vez más, vienen impuestas al legislador por exigencias económico financieras, de modo que, efectivamente, se coincide también en que el logro de estos objetivos no se alcanza únicamente con el establecimiento de medidas legislativas que posibiliten esa prolongación, sino que resulta necesario una modificación de los

comportamientos laborales de todos los agentes sociales que confluyen en las decisiones del cese laboral.

En realidad, el legislador español se ha encontrado vigilante en orden al establecimiento de un régimen gradualista, al tiempo de regular modernamente lo que no es sino la transferencia del criterio de la flexibilidad respecto del régimen jurídico laboral de los activos al régimen normativa de los pasivos, observándose el que, tal y como se ha fijado como novedad, desde el 1.º de enero de 2002, la legislación española (a través del Real Decreto-Ley 16/2001, de 27 de diciembre) ha establecido todo un conjunto de mecanismos en orden al establecimiento de un sistema de jubilación flexible y gradual.

Efectivamente, es oportuno reconocer, tal y como se ha señalado, que el Real Decreto Ley ha modificado determinados preceptos que regulan el acceso a la pensión de jubilación, así como la cuantía de la misma, todo ello con la finalidad de dotar a esta prestación social de los caracteres de gradualidad y flexibilidad, en el marco de las directrices contenidas en el Pacto de Toledo y en el apartado IV del Acuerdo Social de 2001, así como en las orientaciones recogidas en diferentes documentos internacionales, procedentes básicamente de la Unión Europea, en las que se aboga por incentivar y favorecer la prolongación de la vida activa en los trabajadores de mayor edad, dotando, al tiempo, el acceso a la jubilación de caracteres de progresividad y flexibilidad.

Todo este conjunto de medidas han de ser observadas, junto con las restantes que aparecen en la Ley de 27 de diciembre de 2001, de medidas fiscales administrativas y del orden social, la cual intenta acomodarse a las novedades introducidas por la Ley de 9 de julio, del mismo año.

De un lado, los efectos de la crisis económica y el paro persistente y, de otra, los problemas de sostenibilidad de los sistemas de pensiones y, dentro de ellos, de los correspondientes a la pensión de jubilación (ella sola alcanza cerca del 40% de todo el gasto del sistema de Seguridad Social español, tal y como ha destacado la doctrina comentada), son cuestiones que están en el centro de dicha discusión, y ello hace oscilar, según se han ocupado de exponer, la adopción de las medidas a tomar entre la política de empleo y la política de pensiones, sin que, tal vez, se haya llegado todavía al punto de equilibrio necesario.

Por lo demás, hay que tener en cuenta que todo el ordenamiento jurídico, al tiempo de fijar el requisito de edad para determinar el momento del inicio de la finalización de la capacidad de obrar, ha de llevar a cabo una especificación concreta del tiempo en que el legislador

considera que debe transcurrir para que no surja una limitación de la capacidad de obrar por razón de la edad. Como se ha destacado, la regulación de la edad de jubilación es uno de los aspectos más complejos de los sistemas de protección social, ya que en ella confluyen factores de diferente intensidad, e incluso contradictorios entre sí, como son, de un lado, el interés individual del beneficiario, para poder acceder cuanto antes a la jubilación, pero contando con un cierto margen de flexibilidad y, por otro, la incidencia que para esos mismos sistemas tiene el aumento de las personas con derecho a pensión.

Surgen, en estos últimos tiempos, las ideas de la flexibilización como eje motriz de toda política de empleo y de pensiones. Efectivamente, la flexibilidad en el acceso a la pensión de jubilación es un tema que, con carácter general, empieza debatirse en el seno de los sistemas de Seguridad Social a mediados de la década de los setenta, coincidiendo con la crisis económica, dando lugar a determinadas iniciativas legislativas, tanto a nivel nacional, como en el marco de las Organizaciones Internacionales. Esta cuestión, tras el aparente silencio de finales de los ochenta y de la década de los noventa, ha vuelto a reaparecer con inusitada fuerza en los principios del presente siglo. Puede, por lo tanto, coincidir con quienes sostienen que la llamada jubilación flexible es, bajo los auspicios de la Organización Internacional del Trabajo, un tema fundamental de cualquier acción legislativa que pretenda respetar escrupulosamente la realidad social sobre la que gire dicha acción legislativa.

Ahora bien, los objetivos perseguidos con el establecimiento de mecanismos dirigidos a la introducción de flexibilidad en el acceso a la pensión de jubilación son muy diferentes en uno y otro momento: si en la década de los ochenta la flexibilidad tenía como pretexto el reparto del empleo, en un contexto de crisis económica y de destrucción masiva de empleo, se pretendía que la jubilación anticipada de los trabajadores de edad pudiese remediar, al menos en parte, la dificultad de inserción de los trabajadores más jóvenes. Por el contrario, en los momentos actuales, la flexibilidad de la jubilación se conecta, en especial, con el propósito de lograr una demora de los trabajadores en el acceso a dicha pensión prolongando la vida activa de forma total, o combinando la actividad, desarrollada en especial a tiempo parcial, con el disfrute de una percepción pública, también con una cuantía parcial.

Las propias cifras, aportadas por la corriente doctrinal de referencia, relativas al adelantamiento en el cese en el trabajo, ponen de relieve la conveniencia de que se arbitren medios para lograr un diferimiento de esas edades y un acceso más tardío a la jubilación:

Estimación de la edad media de cese en la actividad entre 1970 y 1997

Sistema	Hombres		Mujeres	
	1970	1997	1970	1997
Países Bajos	63,8	58,8	62,9	55,3
Francia	63,5	59,2	64,0	58,3
Alemania	65,3	60,5	62,2	58,4
Italia	62,6	60,6	60,7	57,2
España	65,1	62,4	63,7	58,9
Suecia	65,3	63,3	62,5	62,1
Reino Unido	65,4	63,6	62,4	59,7
EE.UU.	65,4	63,6	64,8	61,6
Japón	67,7	66,5	63,6	63,7

Se destaca asimismo en el estudio dirigido por Panizo que en España, la cuestión de la jubilación flexible se recoge en el Pacto de Toledo, en cuya recomendación 10.^a se alude a que la edad debe ser flexible y dotada de los caracteres de gradualidad y de progresividad, de modo que la jubilación no impida una presencia social activa del pensionista. Asimismo, la flexibilidad en la edad de jubilación ha sido abordada, en términos desiguales, por los dos Acuerdos generales, en materia de Seguridad Social, que han sido suscritos tras la aprobación del pacto de Toledo. Pero, así como el acuerdo de 1996, la jubilación flexible queda limitada a una valoración negativa de las jubilaciones anticipadas (proponiendo la adopción de medidas que desincentivaran las mismas). Por el contrario, el Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social, de 2001 introduce todo un conjunto de medidas, dentro de un concepto amplio de jubilación flexible, orientadas todas ellas a situar nuestro sistema de Seguridad Social en un entorno europeo, en el que se están estableciendo medias en orden a que la jubilación esté dotada de caracteres de flexibilidad y progresividad, coordinando tales medidas con la repercusión que, cada vez con mayor incidencia, tiene la demografía en la evolución de los sistemas de pensiones.

De los datos anteriores, se obtiene en dicho estudio la relación directa que, para los firmantes del Acuerdo Social de 2001, existe entre la evolución demográfica la necesidad de articulación de medias que, de alguna forma, impliquen un retraso efectivo en el acceso a la jubilación, evolución demográfica que se puede sintetizar en el envejecimiento paulatino de la población española, como lo ponen de relieve los datos que la propia Administración ha puesto de relieve ante la Comisión no Permanente de evaluación del Pacto de Toledo.

De acuerdo con esa proyección el trabajo comentado extrae las siguientes conclusiones tomando como horizonte el período 2000-2040:

Se produce un fuerte cambio en la evolución de la estructura de la población a la vista de los siguientes datos:

Evolución de la población española 2000-2040 (millones)

Grupo población	2000		2040	
	N.º	% s/Total	N.º	%s/Total
0 - 19 años	8,3	22,8	6,5	16,3
20 - 64 años	24,6	61,1	21,7	53,8
65 y más	6,8	17,1	12,1	29,9

- El grupo de edad comprendida entre los 0 y los 19 años, descenderá en algo menos de 2 millones, al pasar desde los 8,3 millones actuales a suponer unos 6,5 millones. En la misma línea, si este grupo, actualmente supone el 22,8% de la población española, 40 años más tarde supondrá algo más del 16%.
- La población activa, identificada en la que tiene una edad comprendida entre los 20 y los 64 años, también se reducirá, pasando desde los 24,6 millones a representar 21,7 millones, es decir, el 53,8%, mientras que en la actualidad significa el 61,1%.
- La reducción de los grupos de edad anteriores tiene su contrapartida en el fuerte incremento de la población con más de 65 años, que desde los 6,8 millones pasará a los 12,1 millones, es decir, desde el 17,1% al 29,9%.

Efectuada una comparación entre la evolución demográfica de España y el resto de los países que conforman la Unión Europea, se destaca en el estudio que el envejecimiento se producirá a un ritmo más lento que dichos países, presentando las siguientes diferencias:

- En los momentos actuales, España tiene una proporción de personas mayores similar a la media europea e inferior a países como Italia, Alemania, Suecia o Bélgica.
- Actualmente, en España están alcanzando la edad de jubilación generaciones menos numerosas correspondientes a los nacidos en la Guerra Civil, mientras que en Europa (básicamente, Alemania e Italia) acceden a la jubilación generaciones numerosas nacidas antes de la II Guerra Mundial.
- El efecto de baby-boom se produjo en buen parte de Europa antes que en España, por lo que también a medio plazo la intensidad de envejecimiento será mayor en tales casos.

—A más largo plazo, el efecto del envejecimiento será más intenso en España, principalmente por nuestra reducida natalidad, ya que la misma ha comenzado a recuperarse antes en otros países europeos que en España.

Igualmente de los mismos datos se observa, por el estudio de referencia, que esta evolución de la población tiene su reflejo en la evolución de las pensiones de la Seguridad Social:

Evolución del número de pensiones 2000-2040

Clase de pensión	2000	2040	Increm.
Jubilación	4.527.000	8.248.929	82,20
Incapacidad permanente	790.304	865.437	9,54
Viudedad	2.028.497	3.177.000	56,66
Total	7.650.000	12.554.251	64,11

- El número de pensiones de jubilación casi se va a duplicar, pasando desde los 4.527.000 en el año 2001, a las 8.248.928, aunque la edad media de los pensionistas apenas crecerá 1 año (se situará en 74,93 años, frente a los 73,78 actuales).
- Por el contrario, el número de las pensiones de incapacidad permanente (teniendo en cuenta que tales clases de pensiones, al llegar sus beneficiarios a los 65 años, pasan a denominarse pensiones de jubilación apenas presenta variación, pasando desde las 790.304 actuales a 865.437 en el 2040, es decir, un incremento de un 9% en un horizonte de 40 años.
- Respecto a las pensiones de muerte y supervivencia, mientras que existe un fuerte crecimiento de las pensiones de viudedad de cerca del 60% (pasarán desde las 2.028.497 actuales a cerca de 3.177.000). Sin embargo observa el estudio un decrecimiento de las pensiones de orfandad y a favor de determinados familiares.
- Si tenemos en cuenta el conjunto de las pensiones, los algo más de 7.650.000 pensionistas se transformarán en 12.554.251 pensiones.

Teniendo en cuenta determinados parámetros (respecto a los componentes que influyen en el gasto de pensiones que, además del número de pensiones, son la revalorización —calculada en un 2%— así como del denominado efecto de sustitución, es decir, la sustitución de las pensiones que causan baja por las nuevas altas de pensiones, de

cuantía más elevada), la participación del gasto de pensiones en la riqueza del país (medida en términos del PIB), el analista de este conjunto de factores, Sr. Panizo Robles, viene a situar tales extremos del siguiente modo:

Evolución del gasto de pensiones

Años	Importe (millones/ptas.)	%s/PIB
2000	8.498.638	8,43
2005	10.513.675	7,98
2010	13.319.690	8,03
2015	17.041.623	8,25
2020	21.627.830	8,56
2030	35.028.984	9,92
2040	54.772.846	12,06

Los datos anteriores los contrasta el análisis transcrito con otros, incluidos en documentos comunitarios, del ECOFIN, en los que se recoge una evolución del gasto de pensiones (medio en su relación con el PIB) muy diferente a los anteriores y que ha servido para cuestionar el sistema español de pensiones y seguir proponiendo (no una sustitución radical del mismo —ya ni siquiera el Banco Mundial apuesta por posiciones como éstas—) sí, por lo menos, para ir introduciendo mecanismos de capitalización, en un sentido semejante al seguido por Alemania y, sobre todo, por Suecia.

Evolución del gasto de pensiones 2000-2050 (en % PIB)

Estado	2000	2050	Increm. %
Reino Unido	5,1	3,9	-23,53
Italia	14,2	13,9	-2,11
Austria	14,5	15,1	4,14
Suecia	9,0	10,0	11,11
Francia	12,1	15,6	28,93
Dinamarca	10,2	13,2	29,41
Bélgica	9,3	12,6	35,48
Finlandia	11,3	16,0	41,59
Alemania	10,3	14,6	41,75
Portugal	9,8	14,2	44,95
Holanda	7,9	13,6	72,15
España	9,4	17,7	88,30
Irlanda	4,6	9,0	95,65

A tal efecto se viene a afirmar literalmente por el mentario trabajo dirigido por Panizo que no obstante, la evolución demográfica y la del gasto de pensiones presenta el interrogante de cómo van a financiarse los compromisos de pensiones. En la proyección presentada recientemente en el Congreso de los Diputados, mientras que los datos referentes a pensiones llegan hasta el año 2040, por el contrario, en lo que respecta a la evolución de las cotizaciones sociales, el estudio finaliza en el año 2015, señalando que hasta esa época las cotizaciones sociales podrán dar cobertura financiera a las pensiones contributivas.

Evolución del gasto de pensiones e ingresos por cotizaciones

Años	% gasto en pensiones s/PIB	% ingresos cotizaciones s/PIB
2000	8,43	10,02
2005	7,98	9,66
2010	8,03	9,40
2015	8,25	8,50

La flexibilidad en la pensión de jubilación se ha venido fijando permitiendo, ante determinadas situaciones, que los trabajadores accedan a la pensión de jubilación a una edad inferior a la prevista con carácter general en el ordenamiento de la Seguridad Social.

En otras ocasiones se ha intentado, desde la acción del legislador, que el trabajador no pase a la condición de pasivo, y permanezca ininterrumpidamente más allá del cumplimiento de la edad de jubilación como personal activo.

Excepcionalmente, se ha hecho girar sobre la base reguladora, o sobre el porcentaje utilizado para el cálculo de la pensión, un conjunto de factores correctores que tratan de sugerir al potencial beneficiario que le resulta más conveniente permanecer en activo, en lugar de adquirir la condición de pensionista.

La nueva normativa viene intentando el que no todos los trabajadores, potencialmente acreedores de jubilaciones anticipadas, pasen a lucrar la misma, fijándose unas reducciones limitativas del importe de la pensión que tratan de desaconsejar al consumidor de prestaciones el introducirse en el campo de las pensiones bajo la condición de pensionistas.

La normativa vigente trata de este modo el problema, observando la posibilidad de acceder, aunque eso sí con limitaciones, a la pensión de jubilación con anterioridad al cumplimiento de la edad legal de jubilación, hoy todavía mantenida en los 65 años, proporcionando esta fórmula, a modo de instrumento de política de empleo en las empresas, para

dar la más adecuada respuesta a los problemas internos de la misma y simultáneamente a los generales de la legislación económica global.

La novedad se encuentra en que han quedado refundidas en una disposición jurídica de aglutinación los diferentes mecanismos existentes, incorporándose a dicha norma las nuevas soluciones que tratan de procurar que el trabajador prolongue la edad de vida activa laboral sin pasar a la condición de jubilado.

En realidad la flexibilidad es predicable de cada una de las formulaciones a que se refiere la nueva normativa, siendo un abanico de cierta amplitud el que hoy en día queda a disposición de las empresas y de los trabajadores para acomodarse, de la manera más equilibrada posible, a las necesidades urgentes y perentorias, que, a título individual, familiar o empresarial, puedan suscitarse.

Por lo demás, las normas tratan de atajar el que de un modo indiscriminado y abusivo se haga uso de los mecanismos de jubilación anticipada, o de yuxtaposición de medios para superponer un estadio de pensionista parcial con otro de activo parcial en base a la contemplación de las diversas figuras de contratación, en régimen de sustitución o de relevo, que el ordenamiento ofrece.

Y es que ciertamente, tal y como se ha destacado de forma muy acertada por la mejor doctrina, una de las características del mercado de trabajo español ha sido la salida del mismo por parte de los trabajadores con 55 o más años en los últimos tiempos.

Efectivamente, según menciona el estudio al que venimos haciendo referencia, los trabajadores españoles, con edades comprendidas entre los 50 y los 54 años, tienen una situación, respecto a su presencia en la actividad laboral o profesional, similar a los menores de dicha edad: casi el 83% de los mismos está ocupado. Pero esta relación cambia fuertemente, en el tramo de los 55 a los 59 años, ya que la proporción que está ocupada baja al 69%. A su vez, en el tramo entre los 60 y los 64 años, solamente el 42,5% está ocupado. Por último, entre los 65 y los 69 años, los que siguen ocupados son el 5,3%. Los porcentajes correspondientes a las trabajadoras tienen una misma tendencia que en el caso de los hombres, aunque todavía más acentuada.

Porcentaje de población ocupada según tramos de edad

Tramos de edad	Hombres	Mujeres
De 50 a 54	83	42
De 55 a 59	69	27
De 60 a 64	42,5	16
De 65 a 69	5,3	2,1

Dado lo muy acertado de lo recogido en el trabajo de José Antonio Panizo conviene resaltar lo que sobre este particular ha recogido y entre ello entresacamos lo siguiente:

En España, como en otros países de la Unión Europea, las medidas de prejubilación amparaban un cese laboral definitivo del trabajador a una edad muy inferior a la edad ordinaria de acceso a la jubilación, siendo los 45 años una edad legal de riesgo (a partir de la misma, operan determinados incentivos permanentes a la contratación de los trabajadores), los 50 años, como una edad de referencia práctica (prestación por desempleo), los 52 años, una edad de referencia legal para la prejubilación (subsidio de prejubilación, a favor de los 52 años) y los 60 años, una edad de referencia legal para la jubilación (anticipada).

En el sistema de la Seguridad Social, antes de la entrada en vigor de la nueva normativa, existían tres formas básicas de anticipar la edad de acceso a la jubilación:

- El establecimiento de una edad inferior, sin penalización en la cuantía de la pensión, como consecuencia de la realización de unas actividades que se presumen como peligrosas, penosas, tóxicas o insalubres.
- La anticipación de la edad de jubilación, como mecanismo ligado al fomento de generación de nuevo empleo.
- La anticipación de la edad de jubilación, a partir de una determinada edad, si bien con la consecuencia de experimentar una reducción en la cuantía de la pensión, variable en función del tiempo en que se anticipa el acceso a la jubilación, ámbito en el que se produce una modificación sustancial derivada de la regulación en vigor desde el 1.º de enero de 2002.

Hasta la entrada en vigor de la nueva normativa, la anticipación de la edad (con reducción de la cuantía de la pensión) únicamente estaba prevista a favor de quien, con anterioridad al 1.º de enero de 1967, estuvo afiliado a una Mutualidad de trabajadores por cuenta ajena, que tuviese reconocido el derecho a la jubilación a partir de los 60 años. De darse esta condición, las condiciones para la jubilación anticipada eran las siguientes:

- Se podía acceder a la jubilación anticipada a partir de los 60 años, siempre que el interesado estuviese en alta o en situación de asimilación al alta y cumpliera los requisitos de cotización exigidos (15 años de cotización, de los que, al menos 2 estén comprendidos dentro de los 15 últimos años anteriores al hecho causante de la pensión).
- En el caso de que el trabajador estuviese de alta en un Régimen de Trabajadores por cuenta propia (o como trabajador por cuenta

ajena del Régimen Especial Agrario) —o fueran estos Regímenes los que, en virtud del mecanismo de cómputo recíproco de cotizaciones, reconociesen la pensión— el interesado debe acreditar que, al menos, 1/4 del total de las cotizaciones acreditadas a lo largo de su actividad correspondiesen a Regímenes por cuenta ajena, salvo que dicho total de cotizaciones fuese igual o superior a 30 años, en cuyo caso solamente se exigen que 5 años se correspondan con cotizaciones en regímenes de trabajadores por cuenta ajena.

- En todos estos casos, la cuantía de la pensión se reducía mediante la aplicación del coeficiente del 8% por cada año que al trabajador le faltase para cumplir los 65 años, salvo que el acceso a la jubilación (como consecuencia de la extinción de una relación laboral anterior) no fuese debida a causa imputable al trabajador y éste acreditase 40 años, en cuyo caso, el coeficiente se fijaba en el 7%.

En este ámbito, la nueva norma, manteniendo los requisitos y condiciones de acceso a la pensión de jubilación, a partir de los 60 años y en virtud de derecho transitorio, modifica la cuantía de la pensión, al establecer unos nuevos coeficientes reductores del importe de la pensión, relacionando los mismos con el período de cotización acreditado por el interesado, siempre que, como sucedía en la legislación el anterior, la extinción de la relación laboral previa no fuera imputable al jubilado, y se acredite un período mínimo de cotización de más de 30 años.

Por ello, si se accede a la jubilación antes de los 65 años, en virtud de las previsiones de la Disposición Transitoria 3.^a de la Ley de la Seguridad Social y de la Ley 47/1998, la cuantía de la pensión se reduce, por cada año que, en el momento del hecho causante de la jubilación, le falte al interesado para cumplir los 65 años, mediante la aplicación de los coeficientes siguientes, según cuál sea la causa de extinción de la relación laboral y el período de cotización acreditado por el interesado:

- Si el cese en la actividad previa es imputable al trabajador, cualquiera que sea el período de cotización acreditado: 8%.
- Si el cese en la actividad previa no es imputable al trabajador, pero éste acredita un período de cotización de 31 o más años, se aplican los siguientes coeficientes:

Período de cotización acreditado	Coeficiente aplicable (%)
Entre 31 y 34 años	7,5
Entre 35 y 37	7
Entre 38 y 39	6,5
40 o más	6

Pero ciertamente y reproduciendo la tesis de la doctrina transcrita la mayor novedad de la nueva normativa, en el ámbito de la pensión de jubilación, es el establecimiento de la posibilidad de que se pueda acceder anticipadamente a esta pensión, aunque no se tuviese la condición de mutualista (es decir, la afiliación a una Mutualidad de trabajadores por cuenta ajena, antes del 1.º de enero de 1967). A tal fin, se incorpora un nuevo apartado 3 en el artículo 161 de la Ley de la Seguridad Social:

—Se permite la jubilación anticipada a partir de una determinada edad: los 61 años (que se entiende deben ser reales, sin que resulten de aplicación las bonificaciones por aplicación de coeficientes reductores) siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- El interesado ha de encontrarse inscrito en la correspondiente Oficina de Empleo, como demandante de empleo, durante un plazo de, al menos, 6 meses inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de la jubilación. Se destaca además por Párrafo que la norma se refiere a estar inscrito como demandante de empleo, y no a estar inscrito como desempleado, por lo que es posible acceder a la jubilación de forma anticipada, aunque el trabajador realice una actividad y esté inscrito en orden a la mejora de empleo.
- Ha de acreditarse un período mínimo de cotización efectiva de 30 años, sin que, a tales efectos, se tenga en cuenta la parte proporcional por pagas extraordinarias.
- El cese en el trabajo, como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo, ha de haberse producido por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador, entendiéndose por libre voluntad del trabajador, la inequívoca manifestación de voluntad de quien, pudiendo continuar su relación laboral y no existiendo razón objetiva que la impida, decide poner fin la misma.

Será preciso que la extinción de la relación laboral se haya producido por alguna de las causas siguientes:

- En virtud de despido colectivo, fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, debidamente autorizado.
- Por muerte, jubilación o incapacidad del empresario, o por extinción de la personalidad jurídica del contratante, cuando las mismas determinen la extinción del contrato de trabajo.
- Por despido improcedente, cuando se haya optado por la indemnización, o cuando se haya dictado auto en ejecución de sentencia declarando extinguida la relación laboral, o por despido improcedente, cuando se trate de representantes de los trabajadores,

- siempre que no hubiesen dejado de ejercer, en su caso, su derecho de reincorporación al trabajo.
- Por despido basado en causas objetivas.
 - Por resolución voluntaria por parte del trabajador, en los casos previstos por la ley.
 - Por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato, siempre que dichas causas no hayan actuado por denuncia del trabajador.
 - Por resolución de la relación laboral, durante el período de prueba, a instancia del empresario, siempre que la extinción de la relación laboral anterior se hubiese debido a alguno de los supuestos contemplados.
 - Por cualquier razón en virtud de la cual la extinción del trabajo no derive de causa imputable a la libre voluntad del trabajador.
 - Además, existen otros dos supuestos, como son los supuestos de beneficiarios de la prestación por desempleo, cuando se extinga por agotamiento de la prestación o por pasar a ser pensionista, asimismo, a los perceptores del subsidio de prejubilación, cuando se les extinga como consecuencia de cumplir la edad que, en cada caso, les permita acceder a cualquier pensión de jubilación.
 - Es necesario, para poder acceder a la jubilación a la edad de 61 años, que la pensión sea reconocida por el Régimen General, por el Régimen Especial de la Minería de Carbón o por el de Trabajadores del Mar, en este caso, como trabajador por cuenta ajena. En el caso de cómputo recíproco de cotizaciones, deberán aplicarse las reglas establecidas con carácter general, pero no aquellas específicas relacionadas de forma exclusiva con la aplicación de la jubilación anticipada, por derecho transitorio.
 - La pensión es objeto de reducción mediante la aplicación, por cada año o fracción de año que, en el momento del hecho causante, le falte al trabajador para cumplir los 65 años, de unos coeficientes, que varía en razón del período de cotización acreditado, considerando que los años exigidos son años completos, sin que, a tales efectos, se pueda computar como año completo la fracción de año.

Período de cotización acreditado	Coficiente aplicable (%)
Entre 31 y 34 años	7,5
Entre 35 y 37	7
Entre 38 y 39	6,5
40 o más	6

Especial mención debe hacerse a la modificación introducida por la Ley 12/2001, de 9 de julio, relativa al contrato a tiempo parcial, introduciendo una mayor flexibilidad en esta figura.

Con ello se trata de conseguir el retraso en la incorporación a la condición de jubilado de acuerdo con la política auspiciada por la propia Unión Europea y en último grado por la misma Organización Internacional del Trabajo.

No puede olvidarse el que efectivamente a ello venía vinculado el compromiso gubernamental por imperativo de los Acuerdos Sociales alcanzados en su momento.

Con esto se consigue extender, por un lado el margen de reducción de jornada para que el trabajador pueda acceder a la jubilación parcial (que pasó a ser una horquilla entre el 25% al 85%, frente al intervalo anterior del 30% al 77%) así como determinadas precisiones en el ámbito del contrato de relevo.

En realidad se han llevado a cabo dos modificaciones importantes por la comentada ley de 9 de julio del 2001 consistentes de una parte, en que esta modalidad de jubilación ya no se extingue, de forma automática, al llegar el jubilado a la edad de la jubilación ordinaria y, de otra, que cuando se acceda a la jubilación parcial o se mantenga en la misma, con 65 o más años, no resulta obligatorio que exista, simultáneamente con la jubilación parcial, un contrato de relevo.

Por lo demás, se trata de hacer posible que coexistan las pensiones de jubilación con el desempeño de una prestación de servicios de carácter laboral y ello desde el mismo momento en que se pase a obtener la correspondiente prestación de jubilación.

En tal sentido la nueva redacción de la Ley de la Seguridad Social viene a señalar lo siguiente.

- Los trabajadores que reúnan las condiciones exigidas para tener derecho a la pensión de jubilación con excepción de la edad, que habrá de ser inferior en cinco años, como máximo, a la exigida con carácter general, pueden acceder a la jubilación parcial, en las condiciones previstas en el artículo 12.6 del Estatuto de los Trabajadores.
- De otra parte, los trabajadores que hayan alcanzado la edad ordinaria de jubilación (65 años) y reúnan los requisitos para causar derecho a la misma, pueden acceder a la jubilación parcial sin necesidad de la celebración simultánea de un contrato de relevo.
- Se precisa que el disfrute de la jubilación parcial sea compatible con la realización de un trabajo a tiempo parcial.

Partiendo de las iniciativas que se contienen en los incorrectamente denominados Pactos de Toledo se viene considerando la necesidad de

llevar a cabo una política activa que logre el retraso en el acceso a la jubilación. En este sentido la Ley de la Seguridad Social, a través de una Disposición Adicional, facultaba al Gobierno para el establecimiento de las medidas necesarias en orden a posibilitar la compatibilidad entre el percibo de la pensión con la realización de actividades, mediante la suspensión proporcional de la cuantía de la primera, sin que las previsiones normativas se hayan incorporado al ordenamiento de la Seguridad Social.

En verdad las medidas adoptadas por el Decreto Ley de 27 de diciembre de 2001 vienen a ser las siguientes:

- Se modifica el período máximo de percepción del subsidio asistencial de desempleo, a favor de los trabajadores con 52 o más años, que cumplan todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a la pensión de jubilación, que, en la legislación anterior, se extinguía al cumplimiento, por parte del beneficiario, de la edad que le diese derecho a cualquier pensión contributiva. Con ello, cuando el trabajador tenía la condición de mutualista, el subsidio se extinguía a los 60 años, edad en la que el interesado podía acceder a la pensión de jubilación.

Con la nueva redacción se difiere ese período máximo de percibo del subsidio de desempleo hasta que el trabajador alcance la edad exigida, en cada caso, para el acceso a la pensión de jubilación. Por ello, el subsidio de desempleo se extinguirá de la siguiente forma:

- Con carácter general: al cumplimiento de los 65 años.
- Cuando se trate de trabajadores que, en virtud de la aplicación de coeficientes reductores o por tener fijada como edad ordinaria una edad inferior a los 65 años al llegar a la edad en que se pueda solicitar la jubilación.
- Se reitera, con mayor o menor fidelidad, el contenido sobre compatibilidad entre el percibo de la pensión y la realización de actividades, la cual, en la legislación anterior, era de absoluta incompatibilidad.

Coincidimos plenamente con los comentarios hechos sobre la norma por la autorizada doctrina que venimos recogiendo y que en síntesis viene a decir exactamente lo siguiente:

- Si la excepcionalidad de la jubilación parcial tenía su base en la existencia simultánea del contrato de relevo, así como su extinción a la edad de los 65 años, sin embargo, la nueva regulación de dicha modalidad de jubilación producía efectos contradicto-

rios, en el ámbito de la compatibilidad del disfrute de la jubilación y la realización de actividades. En el primer caso —jubilación parcial— un trabajador, al llegar a los 65 años, podría reducir su trabajo, y acceder a la pensión de jubilación (reducida) compatible con las retribuciones de un trabajo a tiempo parcial. Por el contrario, si un trabajador, con 65 años, accedía previamente a la pensión de jubilación y, posteriormente, pretendía celebrar un contrato a tiempo parcial, el Ordenamiento de la Seguridad Social le obligaba a elegir entre las retribuciones del trabajos o la pensión sin que se permitiese ninguna clase de compatibilidad.

Para solucionar ese problema de falta de equidad, la nueva normativa modifica el artículo 165.1 de la Ley de la Seguridad Social, en orden a que las personas que accedan a la jubilación puedan compatibilizar el percibo de la pensión con un trabajo a tiempo parcial, si bien, en estos supuestos, se procederá a la suspensión proporcional del percibo de la pensión en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable.

- Se posibilita que la cuantía de la pensión de jubilación pueda incrementarse, más allá del 100 por 100, de la base reguladora, en los casos en que se acceda a la pensión de jubilación cumplidos los 65 años.

Cuando se acceda a la pensión de jubilación a una edad superior a los 65 años, el porcentaje aplicable a la respectiva base reguladora es el resultante de sumar al 100 por 100, un 2 por 100 adicional por cada año que, en la fecha del hecho causante de la pensión, se haya cotizado desde el cumplimiento de los 65 años, siempre que en esta última fecha el interesado tuviera acreditados 35 años de cotización. En otro caso, el porcentaje adicional indicado se aplica, cumplidos los 65 años, desde la fecha en que se haya acreditado dicho período de cotización.

- Se establece la exoneración de las cotizaciones sociales, cuando se mantenga en el empleo a trabajadores por cuenta ajena, que tengan cumplidos los 65 años y acrediten un período de cotización de, al menos, 35 años, sin que se tengan en cuenta, para la acreditación de este período, la parte proporcional de pagas extraordinarias.

De acuerdo con la nueva normativa destaca igualmente esa doctrina lo siguiente:

- Los empresarios y trabajadores quedan exentos de cotizar a la Seguridad Social por contingencias comunes, salvo por incapaci-

dad temporal derivada de las mismas, respecto de aquellos trabajadores por cuenta ajena o asimilados con contratos de trabajo de carácter indefinido, en los que concurren las circunstancias de tener cumplidos 65 o más años de edad y acreditar 35 o más años de cotización efectiva a la Seguridad Social.

- Si al cumplir 65 años de edad el trabajador no tiene cotizados 35 años, la exención a que solamente resulta de aplicación a partir de la fecha en que se acrediten los 35 años de cotización efectiva.
- Las cotizaciones se extienden a la contingencia de recaudación conjunta (Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional).
- Las exenciones no se aplican a las aportaciones empresariales relativas a trabajadores y asimilados que presten sus servicios en las Administraciones Públicas o en los Organismos públicos.
- La exención de las cotizaciones empresariales se aplican respecto de los trabajadores por cuenta ajena, incluidos en los diferentes Régimenes que integran el sistema de la Seguridad Social.

La exoneración de las cotizaciones sociales por contingencias comunes, a excepción de la correspondiente a la Incapacidad Temporal, también alcanza a los trabajadores por cuenta propia, incluidos en el Régimen de Autónomos, siempre que acrediten el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Tener como mínimo 65 años.
- Acreditar un período de cotización de 35 años, sin que se tengan en cuenta la parte proporcional de las gratificaciones extraordinarias. Si el interesado, cumplida la edad de los 65 años, no reúne el período de cotización señalado, la exoneración de cotizaciones únicamente tendrá efectos desde la fecha en que se cumpla el mismo.
- La exoneración de cotizaciones sociales por contingencias comunes podía tener el efecto de intentar subidas artificiales de las bases de cotización, con el objeto de incrementar la base reguladora de las prestaciones económicas y, con ello, las correspondientes cuantías de las mismas. Para evitar este efecto, el artículo 162.6 de la Ley prevé que, por los períodos de actividad en los que el empresario no haya efectuado cotizaciones por contingencias comunes, a efectos de determinar la base reguladora de las prestaciones a las que alcance la exoneración de cotizaciones, las bases de cotización de las mensualidades a que

alcance el período de exención, no podrán ser superiores a incrementar el promedio de las bases de cotización del año natural anterior en el porcentaje de variación media conocida del IPC en dicho ejercicio.

Una regulación similar se aplica a los trabajadores por cuenta propia. Por el período de exoneración, y a efectos de la determinación de la base reguladora de las prestaciones (a las que alcance la exoneración), las bases de cotización serán las equivalentes a incrementar el promedio de las bases de cotización del año anterior en el porcentaje de variación media conocida del IPC en dicho ejercicio.

Finalmente es preciso tener en cuenta la síntesis que se recoge por el análisis dirigido por Panizo en orden a modificaciones llevadas a cabo en el ámbito de las prestaciones por Invalidez Permanente a partir de las cuales se posibilita el acceso a la pensión de invalidez aunque el trabajador tenga 65 años, si la causa que origina aquella deriva de un Accidente de Trabajo o una Enfermedad Profesional.

Destaca la norma en los casos en que el trabajador, con 65 o más años, acceda a la pensión de Incapacidad Permanente, derivada de contingencias comunes, por no tener cumplido el período de 15 años, necesario para acceder a la jubilación, que la cuantía de la pensión de Incapacidad Permanente será equivalente al resultado de aplicar a la correspondiente base reguladora el porcentaje que corresponda al período mínimo de cotización que esté establecido, en cada momento, para el acceso a la pensión de Jubilación.

Mención aparte merece la atención que el legislador da a las situaciones contempladas para quienes hayan visto extinguidos no sólo el conjunto de relaciones laborales sino también las relaciones jurídicas propias de la Seguridad Social, para con los cuales se arbitra la posible solución de contratar la Seguridad Social de conformidad con los límites, condiciones y contenido a que se refiere el nuevo régimen del Convenio Especial con la Seguridad Social, de enorme interés para con las empresas que extingan sus relaciones laborales a través de expedientes de despido colectivo o regulación de empleo, respecto de trabajadores que no tuvieran la condición de mutualistas al 1 de enero de 1967, ya que se obliga a las empresas a abonar las cuotas destinadas a la financiación del Convenio Especial hasta que el trabajador cumpla la edad de 65 años.

Con estas novedades legislativas puede concluirse en que el legislador intenta poner a disposición de la Administración, de las empresas y de los beneficiarios el conjunto de fórmulas que de conformidad con las exigencias establecidas por los Acuerdos sociales y desde las dife-

rentes instituciones de la Unión Europea que resultan de obligado cumplimiento y que, sin duda alguna, se enmarcan dentro de lo que es la nueva política social y económica relativa a la jubilación.

Bibliografía

- ABENZA ROJO, C. (1994): *Dimensión social de la Cumbre de Maastricht*. II Jornadas sobre la Comunidad Europea. Sevilla.
- ABELLÁN HONRUBIA, V. y VILA COSTA, B. (1994): *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*. Ed. Aries Derecho. Barcelona.
- ALONSO GARCÍA, R. (1994): *Derecho Comunitario*. Ed. Ceura. Madrid.
- ALONSO OLEA, M. (1997): *Aspectos sociales de la Comunidad Económica Europea*. Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Madrid.
- BORRAJO DACRUZ, E. (1986): «De las Comunidades Europeas a la Unión Europea: El acta única y la Europa Social». *Actualidad Laboral* n.º 20.
- COLINA ROBLEDO, M. (1985): «La política social de las Comunidades Europeas. Balance del año 1984». *Revista de Trabajo* n.º 78.
- COLINA ROBLEDO, M. (1985): *Derecho Social Comunitario*. Tirant lo blanch. Valencia.
- COLINA ROBLEDO, M. (1986): «Relaciones laborales y condiciones de trabajo en el derecho comunitario europeo». *La Política Social en la C.E.* Madrid.
- COLINA ROBLEDO, M. (1989): «Aspectos sociales de la Presidencia española en el Consejo de las C.E.». *Documentación laboral* núms. 27/28.
- COMISIÓN EUROPEA. «Informe sobre el estudio comparativo de las normas relativas y las condiciones laborales en los Estados miembros». *Documentación Laboral*, núms. 27/28.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F. (1994): *Las Directivas laborales de la Comunidad Europea. Información a los trabajadores sobre sus condiciones de trabajo*. II Jornadas sobre la Comunidad Europea. Sevilla.
- FRAGA IRIBARNE, M. (1989): «La dimensión social de la Europa Comunitaria». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 37.
- FONT GALÁN, Juan Ignacio. (1986): *La libre competencia en la Comunidad Europea*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia.
- GALIANA MORENO, J.M. (1993): «El lento camino de gestación de la política comunitaria». *Revista Española de Derecho del Trabajo* n.º 37.
- GARCÍA MURCIA, J. y MARTÍNEZ MORENO, C. (1992): «La obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones de trabajo. Una primera aproximación a la Directiva 91/533/C.E.E., de 14 de octubre de 1991». *Relaciones Laborales*.
- Gil Carlos RORIGUEZ IGLESIAS y Ulrich WOELKER (1987): «Derecho Comunitario, derechos Fundamentales y Control de Constitucionalidad», Separata de la *Revista de Instituciones Europeas*. Madrid.
- Isaac, GUY (1985): *Manual de Derecho Comunitario General*. Editorial Ariel, S.A.

- LOSADA GONZÁLEZ, Herminio (1992) «Tratado de la UE». *Textos consolidados de los Tratados Comunitarios*. Secretaría de Estado para las Comunidades Europeas. Madrid.
- LOUIS, Jean Víctor (1980): *El ordenamiento jurídico comunitario*, Colección. «Perspectivas Europeas». Bruselas.
- MANGAS MARTÍN, Araceli (1987): *Derecho comunitario europeo y Derecho español*. Editorial Extecom, S.A.
- MARTÍN VALVERDE, A. (1992): *La Directiva 91/533/C.E.E. sobre obligación del empresario de informar al trabajador de sus condiciones de trabajo*. Actualidad Laboral. 1992.
- MOLINA DEL POZO, D.F. (1986): *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*. Madrid.
- MONTOYA MELGAR, A. (1994): *Armonización de políticas y derechos sociales*. Instituciones de Derecho Social europeo. Ed. Tecnos. Madrid.
- MUÑOZ MACHADO, S. (1993): *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*. Madrid.
- NAVARRO, C. (1989): «La política comunitaria de condiciones de trabajo y sus repercusiones para España». *Economía y Sociología del Trabajo* n.º 4-5.
- ORTIZ LALLANA, M.ª C. (1988): «Tendencias actuales y puntos de interés de la política social comunitaria». *Actualidad Laboral* n.º 28.
- PÉREZ AMORÓS, F. (1989): «El derecho social de la Comunidad Europea y su incidencia en el ordenamiento laboral especial». *Revista Técnico-Laboral*. Vol. XI. n.º 42.
- PÉREZ DE LOS COBOS, F. (1994): *Derecho Social comunitario en el Tratado de la Unión Europea*. Ed. Civitas. Madrid.
- PÉREZ DE LOS COBOS, F. (1994): *El papel de los interlocutores sociales europeos después de Maastricht (I y II)*. Tribuna Social.
- PÉREZ DEL RÍO, T. (1987): «La política social europea en materia de derechos de información y consulta de los trabajadores en empresas de estructura compleja». *Consecuencias laborales y sociales de la integración de España en la C.E.* V. Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y relaciones laborales. Sevilla.
- REY GUANTER, S. (1986): «Los instrumentos normativos del Tratado de Roma en el desarrollo de la política social comunitaria». *Relaciones Laborales* n.º 21.
- REY GUANTER, S. (1994): *Principios y tendencias en el Derecho Social Comunitario*. II Jornadas sobre Comunidad Europea. Sevilla.
- RIVAS, JONCZY y SECHE (1980): *Derecho Social Europeo*. Instituto de Estudios Laborales. Madrid.
- RIVERO LAMAS, J. y GARCÍA BLASCO, J. (1987): «Los derechos de información en la empresa en el marco europeo e internacional y en España». *Consecuencias laborales y sociales de la integración de España en la C.E.* V. Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y relaciones laborales. Sevilla.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. (1986): «Principales diferencias con Europa en materia de legislación laboral». *Relaciones Laborales* n.º 6.
- SALA FRANCO, T. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. (1986): *Introducción al Derecho Social Comunitario*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia.

- SALA FRANCO, T. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. (1986): «La incidencia del derecho social comunitario en el ordenamiento laboral español (I y II)». *Revista de Treball*, núms. 1 y 2.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, F. (1990): *El Espacio Social Europeo*. Estudios ofrecidos al Prof. Alonso Olea. Madrid.
- VOGEL-POLSKY, E. (1989): «La Europa social del año 2000: la Carta Social y el Sistema Comunitario». *La Carta Social Europea en la perspectiva de la Europa del año 2000*. Madrid.

RESPONSABILIDAD DEL JUEZ EN EL EJERCICIO DE SU DEBER: TEXTOS ROMANOS Y VISIGODOS

Olga Marlasca Martínez

1. Introducción¹

La función de administrar justicia es obra humana y, como tal, sujeta a las imperfecciones de la naturaleza humana. No sólo porque aún con sano propósito se emita un fallo injusto, sino también porque el juzgador y las demás personas que intervengan en el proceso se dejen vender con dádivas e influencias que fuerzan el recto camino de la justicia². Ciertamente las legislaciones de todas las épocas regulan la responsabilidad del juez, y nuestro punto de partida va a estar precisamente en el mundo romano. En esta etapa histórica, ya en el texto legal de las XII Tablas se procuró poner remedio a estas imperfecciones en los términos a los que nos vamos a referir en las páginas siguientes.

El presente artículo tiene por objeto mostrar la regulación jurídica de la responsabilidad del juez en el ejercicio de sus funciones como juzgador y concretamente van a ser objeto de nuestra atención, en primer lugar, determinadas disposiciones del Derecho romano contenidas en el Digesto de Justiniano, así como en el Código del citado emperador; asimismo, las *Pauli Sententiae*³ contienen preceptos acerca de la responsabilidad de los jueces. Por otra parte, en el contexto histórico del derecho visigodo, determinados textos legales muestran igualmente

¹ Nos centramos exclusivamente en la responsabilidad del juez, no abordamos en las presentes líneas la responsabilidad de sus oficiales y asesores y de los abogados y procuradores.

² Vid. ALVAREZ SUÁREZ, U., *Curso de Derecho Romano*, tomo I. *Introducción. Cuestiones preliminares. Derecho procesal civil romano* (Madrid, 1955), 610.

³ Edición FIRA 2: *Fontes iuris romani anteiustiniani, Pars altera Auctores*, eds. I. BAVIERA-I. FURLANI (*Florentiae*, 1940-1968).

algunos testimonios relativos a la actuación dolosa del juez y la sanción que procedía en estos casos. Entre otros textos, nos vamos a referir en el mencionado apartado a la *Lex Visigothorum*⁴: determinadas disposiciones de la misma contenidas en el libro 2, bajo la rúbrica: *De negotiis causarum*, así como otras que se encuentran en sedes distintas de la citada ley, tienen relación con el tema objeto de estudio en las siguientes líneas. Al final de cada disposición de la *lex* mencionada se incluye la versión de la misma recogida en el Fuero Juzgo⁵.

Además, una última observación: como podrá comprobar el lector, en la primera cita bibliográfica de cada autor dejo constancia de los datos completos relativos a su obra; en las siguientes notas me he permitido citar sólo de forma abreviada: esto es, el nombre del autor, la obra y la página correspondiente.

2. La regulación en el Derecho romano

2.1. Consideraciones previas

Como es sabido, el juez es una persona privada —*iudex privatus*— quien es designado para resolver el litigio; esta intervención del *iudex* es la afirmación de la preeminencia y supervivencia del carácter puramente privado de la resolución de una controversia⁶. Se consiente la intervención pública (el magistrado competente) en la fase procesal *in iure* al objeto de pacificar lo que en su origen es un acto de violencia, y «es, tal vez, la violencia ritualizada la que otorga el punto de conexión para la intervención del poder público»⁷. Hay que tener en cuenta asimismo que todo *iudex* procuraría juzgar bien⁸ y honestamente como

⁴ «*Lex Visigothorum*», ed. ZEUMER, K., en *Monumenta Germaniae Historica (Leges)*, vol. 1 (Hannover-Leipzig, 1902). En adelante, LV.

⁵ La compilación legislativa, promulgada por Recesvinto, se la conoce por los diferentes nombres de *Lex Visigothorum*, *Liber Iudiciorum* o *Liber Iudicum*, cf. datos más concretos acerca de la citada Ley en la nota 88 del presente trabajo; debe destacarse, además, que la citada compilación se traduce al castellano en el siglo XIII con el nombre de Fuero Juzgo. En relación con el citado Fuero, se utiliza la edición de M. MARTÍNEZ ALCUBILLA, en *Códigos Antiguos de España*.

⁶ El encargo de juzgar (*iussum iudicandi*) investía al juez de un deber oficial (*munus iudicandi*), que se concretaba en dar sentencia, entre otros, cf. GIMÉNEZ-CANDELA, T., *Derecho privado romano* (Valencia, 1999), 156.

⁷ Cf. CREMADES, I. y PARICIO, J., «La responsabilidad del juez en el derecho romano clásico». *Actio adversus iudicem qui litem suam fecit*, en *AHDE*, 54 (1984), 189-190.

⁸ La sentencia es la *opinio*, el *sentire* del juez, lo buscado por los litigantes, *idem*, 190.

quisiera que se le juzgara a él, y, además, se tomaban precauciones exigiéndole un juramento. Antes de ser nombrado el juez debía prestar juramento de actuar bien⁹ —se refieren las fuentes al *iudex iuratus*— que, si bien se le eximía de cualquier reclamación ulterior, no obstante le vinculaba en su fuero interno¹⁰. Además, el deber del juez, como se desprende claramente de las fuentes, es el de dar sentencia, una vez dictada deja de ser juez¹¹.

De esta manera, su sentencia, fuera la que fuera, era ya intangible para el propio *iudex*, que no podía cambiarla, cf. por ejemplo, el texto de Alfenio en Dig. 42,1,62, donde se establece: *Cum quaerebatur, iudex, si perperam iudicasset, an posset eodem die iterum iudicare, respondit non posse*. Asimismo, un texto de Celso en Dig. 42,1,14, establece lo siguiente: *Quod iussit vetiutvet praetor, contrario imperio tollere et remittere licet; de sentiis contra*.

Por otra parte, aunque el deber de juzgar era irrenunciable y no hubo propiamente en el derecho clásico un sistema de excusas, no obstante podemos referirnos, por ejemplo, al texto de Ulpiano en Dig. 50,5,13, pr.-1, donde establece que el pretor excusará en determinados casos en los que entienda que no pueden prestarse a juzgar (por enfermedad, desempeño del sacerdocio...); asimismo en Dig. 4,8,13,4, se permite que el juez pueda eximirse de dicha obligación mediante un juramento de no ver claro el asunto (*iurare rem sibi non liquere*).

Más concretamente, por lo que respecta al juez venal, la burocratización de la justicia en el procedimiento extraordinario¹², acrecienta estos riesgos (la venalidad del juez) y la crisis de las costumbres, el debilitamiento del poder central y otras causas conexas, determinan un panorama desalentador¹³ del que nos ofrecen abundantes testimonios las fuentes, como los que se recogen en la constitución de Constantino del año 331 en CTh 1,16,7¹⁴.

⁹ CJ 3,1,14 (año 531).

¹⁰ Cf. CREMADES, I. y PARICIO, J., *La responsabilidad del juez en el derecho romano clásico*, 185 y 190.

¹¹ Cf. el texto de Juliano en Dig. 5,1,74, pr.; asimismo, el texto de Ulpiano en Dig. 42,1,55.

¹² A partir del Principado (siglo I d. C.) y aplicado especialmente para el procedimiento extraordinario, en el que el litigio era fallado por un magistrado (y no por un *iudex privatus*) aparece un nuevo remedio contra la sentencia: se trata de la posibilidad de apelar ante un magistrado de rango superior a aquel que hubiera dictado la sentencia.

¹³ Vid. ALVAREZ SUÁREZ, U., *Curso de Derecho Romano*. Tomo I, 610.

¹⁴ CTh 1,16,7 *Imp. Constantinus ad Provinciales. Cessent iam nunc rapaces officium manus, cessent, inquam: nam nisi moniti non cessaverint, gladii praecedentur. Non*

Los emperadores intentan en vano poner limitaciones a tal estado de cosas, proclamando que los jueces, en su misión, no deben dar entrada a otra cosa que la justicia, *nihil aliud in iudiciis quam iustitiam habere debere*, según se establece en una constitución del año 362 de los emperadores Diocleciano y Maximiano¹⁵ e invitando a las víctimas que han sido perjudicadas a que acudan a los tribunales, en los términos a los que se alude en la Constitución de Constantino del año 315 y que se recoge en el CJ 12,62,1¹⁶, bajo el título: *De lucris advocatorum et concussionibus officiorum seu apparitorum*.

En definitiva, nos vamos a fijar en una serie de aspectos que tienen relación con la responsabilidad del juez en el ejercicio de su deber y concretamente:

1. En el cuasidelito del *iudex qui litem suam fecit*, el cual subsiste en la época justiniana.
2. En la obligación de resarcir de su propio patrimonio las costas procesales, si en la sentencia no dictó el oportuno pronunciamiento respecto de ellas.
3. En la responsabilidad penal que tiene ya regulación en las Doce Tablas. En todo caso, si el texto de PS 5,25,2 (= Coll. 8,5) nos vale para el derecho clásico, posteriormente, el caso del juez venal se había subsumido en el crimen *falsi* de la *lex Cornelia*, que no imponía la pena capital¹⁷

2.2. *Litem suam facere*

Como es sabido, en las *res cottidianae* la dicotomía *contractus-delicta* aparece reemplazada por una tripartición en los siguientes términos: toda obligación o nace de contrato, o de delito, o de cierto derecho

sit venale iudicis velum, non ingressus redempti, non infame licitationibus secretarium, non visio ipsa praesidis cum pretio. Aequae aures iudicantis pauperrimis ac divitibus reserentur. Absit ab inducendo eius qui officii princeps dicitur depraedatio; nullas litigatoribus adiutores eorum officii principum concussionibus adhibeant ...

¹⁵ Constitución recogida en CJ 7,62,6,1, que establece lo siguiente: *Si quid autem in agendo negotio minus se allegasse litigator crediderit, quod in iudicio acto fuerit omisum, apud eum, qui de appellatione cognoscit, persequatur, quum votum gerentibus nobis aliud nihil in iudiciis, quam iustitiam locum habere debere, necessaria res forte transmissa non excludenda videatur.*

¹⁶ CJ 12,62,1, *Imp. Constantinus ad Aelianum, Proconsulem Africae.*— *Si quis se a ducentariis vel centenariis vel fisci ad vocatis laesum esse cognoscit, adire iudicia et probare iniuriam non moretur, ut in eum, qui convictus fuerit, competenti severitate vindicetur.*

¹⁷ Cf. D'ORS, «*Litem suam facere*» en *SDHI*, 48 (1982), 369, nota 3; cf. también los textos que se van a tratar más adelante.

*ex variis causarum figuris*¹⁸. Después de mencionar una serie de supuestos¹⁹, a continuación y siempre como *variae causarum figurae*, se mencionan, otros cuatro ilícitos²⁰, entre ellos, el ilícito del juez *qui litem suam fecit*, cf. Dig. 44,7,5,4, supuesto al que nos vamos a referir en las siguientes líneas. Además, como es conocido, los cuatro supuestos²¹ mencionados juntos en las *res cottidianae* habían sido anteriormente sancionados por el edicto del pretor por medio de una serie de acciones con fórmula *in factum concepta*.²²

Ya de forma más concreta y por lo que respecta al sentido técnico de *litem suam facere*²³, podemos hacer alusión a una serie de testimonios: el más antiguo de todos ellos lo proporciona Macrobio, en *Saturnalia*, 3,16,14 y ss. y tiene relación con un discurso de Cayo Fannio en defensa de la *lex Fannia*, plebiscito del año 161 a. C. El citado orador se refiere a la jornada de los ciudadanos perezosos, que atienden de cualquier manera su deber cuando han sido elegidos jueces y van con desgana al Foro: *ne litem suam faciant*.

Otro testimonio nos presenta Aulo Gelio, *Noctes Atticae*, 10,1,5²⁴, con ocasión de la pregunta que se le formula acerca de los términos

¹⁸ Cf. el texto de GAYO, lib. 2. *aureorum* en Dig. 44,7,1,pr. *Obligaciones aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris*.

¹⁹ Los distintos tipos de causas que se mencionan son: *La negotiurum gestio* (cf. Dig. 44,7,5,pr.); la tutela (cf. Dig. 44,7,5,1); los legados obligacionales (cf. Dig. 44,7,5,2) y la *solutio indebiti* (cf. Dig. 44,7,5,3).

²⁰ A continuación del ilícito del juez, se mencionan: el ilícito de arrojar sólidos o líquidos desde una vivienda causando daño, cf. Dig. 44,7,5,5; el ilícito de tener colocados en ventanas, balcones y tejados objetos cuya caída pudiera dañar a los transeúntes, cf. asimismo, Dig. 44,7,5,5; finalmente, los supuestos de hurtos y daños causados por los dependientes en los objetos introducidos en una nave, en una posada o en un establo, de los que respondían directamente los *nautae, caupones* y *stabularii*, cf. Dig. 44,7,5,6.

²¹ La clasificación que aparece en las *res cottidianae*, se reproduce en las Instituciones de Justiniano, concretamente en Inst. 3,13,2, pero dividiendo el tercer grupo de obligaciones en dos: *quasi ex contractu* y *quasi ex maleficio*; el citado texto de las Instituciones se manifiesta en los siguientes términos: *Sequens divisio in quattuor species diducitur: aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio*.

²² La evolución en el caso del juez *qui litem suam fecit* debió ser muy similar a la que se produjo en el delito de injurias, ya que la regulación pretoria reemplazó a la regulación arcaica, ver, por ejemplo, PARICIO, J., *Los cuasidelitos. Observaciones sobre su fundamento histórico* (Madrid, 1987), 35. Sobre el juez que da sentencia injusta, véase también, ROBINSON, O., «The iudex qui litem suam fecerit explained», ZSS, 116 (1999), 195-199.

²³ Algunos autores utilizan la expresión en sentido no técnico: así, por ejemplo, Cicerón, en *De Oratore* 2,305, establece, entre otras cosas: *quid, si cum altero dicas, litem tuam facias, aut laesus efferare iracundia, causam relinquas: nihil ne noceas?* También Séneca, en *Consolatio ad Polybium* (= Dial.12(11),2,2) dice entre otras cosas: *Conqueramur, atque adeo ipse hanc litem meam faciam*.

²⁴ Se cita por la collection «Les Belles Lettres», Tome II (Livres V-X) (París, 1978).

tertium y *tertio*: no quiso abstenerse de dar juicio por no incurrir en el *litem suam facere* en que incurre el juez (según el texto) que se ausenta y no da sentencia.

Asimismo, el sentido técnico de *litem suam facere* aparece claramente en algunos textos de juristas:

En primer lugar, uno de los testimonios al que vamos a aludir procede de un texto de Ulpiano; se trata de un fragmento correspondiente al libro 12 *ad edictum* conservado en un papiro: el PAnt.22²⁵, donde se establece: *Item Pomp(oni)us scribit, si falso t(utore) a(uctore) male fuerit diffi(s)us dies, e(dictum) q(ui)dem cessare, et iudicem q(ui)a neq(ue) diffidit neq(ue) s(ententi)am dixit litem suam fe[c]isse.*

Hacemos también mención a otro testimonio jurisprudencial que procede de Gayo 4,52, donde se establece lo siguiente en relación con el tema que nos ocupa: *Debet autem iudex attendere, ut cum certae pecuniae condemnatio posita sit, neque maioris neque minoris summa posita condemnet: alioquin litem suam facit. Item, si taxatio posita sit, ne pluris condemnet quam taxatum sit: alias enim similiter litem suam facit; minoris autem damnare ei permissum est.* De manera que, como dice el jurista, cuando la *condemnatio* de la fórmula es *certa* y el juez condena a más o menos de esa cantidad, *litem suam facit*, según el citado texto; las mismas consecuencias se producirían en el caso de que el pretor hubiera señalado una *taxatio* y el juez, desobedeciendo la orden pretoria, condenara a una cantidad superior a lo tasado. Precisamente a propósito del texto mencionado, considera Kaser²⁶ que en esos supuestos la sentencia sería nula, aún reconociendo que el autor del texto nada establece al respecto. En esta misma línea se pronuncia D'Ors²⁷ cuando considera que «el juez que no se ajusta a la fórmula no da sentencia alguna», y añade seguidamente que «el dar una sentencia nula equivale a no dar sentencia».

Otro testimonio acerca de la citada responsabilidad del juez tiene relación con un texto legal, concretamente con la *lex municipii Flavi Iritani*²⁸, copia de la *lex Flavia municipalis*. Precisamente, la publica-

²⁵ Se trata de un texto fragmentario, publicado por ROBERTS en *The Antinoopolis Papyrus* Part I (London, 1950), 47-51. Véase también, el comentario de ARANGIO-RUIZ en *IURA*, 2 (1951), 344 ss. Hay que tener en cuenta asimismo lo que establece SEIDL, E., en *SDHI*, (1952), 343, que no se trataría de un ejemplar del *ad edictum* de Ulpiano, sino de una antología de fragmentos de diversos juristas clásicos.

²⁶ KASER, en *ZSS*, 84 (1967), 517, nota 36.

²⁷ D'Ors, A., «*Litem suam facere*», en *SDHI*, 48, (1982), 372.

²⁸ «*Lex Iritana*» (texto bilingüe) de Alvaro d'Ors y Javier d'Ors en *Cuadernos compostelanos de Derecho romano*. (Universidad de Santiago de Compostela, 1988).

ción del artículo: *Litem suam facere*, del profesor D'Ors²⁹, «replantea, y en buena medida aclara una serie de complejos problemas referidos en último término a la responsabilidad privada del juez romano»³⁰. El citado artículo da una interpretación diferente de la que mantenían autores anteriores³¹ acerca del *iudex qui litem suam fecit*.

Concretamente el texto legal mencionado trata del *intertium*, de la *diffissio* y del juez que, por no hacer bien la *diffissio* ni dar sentencia, asume en propio perjuicio la causa, que deja de estar en juicio. Hay que destacar además que la expresa referencia al régimen urbano, que se observa en los municipios por analogía, permite deducir, según D'Ors³², que no se trata de un particularismo provincial, sino de derecho propiamente «romano» lo que da mayor importancia a la nueva información. Más concretamente, la mencionada ley viene a completar la escasa documentación sobre la *diffissio*, «que quizá puede convertirse ahora en una institución del procedimiento civil romano más relevante de lo que suele aparecer en las exposiciones ordinarias»³³.

De esta manera, además de los testimonios anteriores sobre el tema, se añade ahora un nuevo dato aportado por la *lex Irnitana*³⁴. Concretamente, en la citada *lex Irnitana*, se establece que el litigio «sea en daño para el juez o para el árbitro», si no se hizo la *diffissio* ni dictó sentencia:

Tabla X, col. A, lín. 52 ss: ... *et si neque dies diffisus neque iudicatum fuerit, uti lis iudici arbitrove damni sit et... res in iudicio non sit.*³⁵

Tabla X, col. B, lín. 15 ss.: *Utique si neque diffisum e lege neque iudicatum sit... iudici arbitrove lis damni sit..., si... iudicatum non sit, res in iudicio non sit.*³⁶

²⁹ «*Litem suam facere*», 368 ss.

³⁰ Vid. CREMADES y PARICIO, J., «La responsabilidad del juez en el Derecho romano clásico». *Actio adversus iudicem qui litem suam fecit*, 179.

³¹ *Idem*, 179-180: véase la bibliografía contenida en las notas 2 y 3.

³² Cf. D'ORS, A., «*Litem suam facere*», 376.

³³ *Idem*, 376.

³⁴ De nuevo vuelve sobre la citada ley, D'ORS, «Nuevos datos de la *lex Irnitana* sobre jurisdicción municipal», en *SDHI*, 49 (1983), 18 ss., con fundamento en fotografías de los bronce; asimismo, una información del mismo autor más sucinta: *Idem*, «La nueva copia irnitana de la «*lex Flavia municipalis*»», en *AHDE*, 53 (1983), 5 ss.; véase también sobre la citada ley, GIMÉNEZ-CANDELA, «La «*lex Irnitana*». Une nouvelle loi municipale de la Bétique», en *RIDA*, 30 (1983) 125 ss.

³⁵ Cf. *Lex Irnitana*. Texto bilingüe de Alvaro d'ORS y Javier d'ORS, 79.

³⁶ Cf. *Lex Irnitana*, *idem*, 81.

El mencionado contenido de la *lex* coincide con los testimonios jurisprudenciales más fidedignos acerca del *litem suam facere* y, en especial, el testimonio de Ulpiano en PAnt. 22 (citado *supra*), donde, entre otras cosas, como se ha visto anteriormente, establece: *et iudicem qui neque diffidit neque sententiam dixit litem suam fecisse*.

Hacemos mención seguidamente a otro de los textos jurisprudenciales que tiene relación con la materia a la que nos estamos refiriendo; se trata de un texto de Gayo que procede del libro 3 de las *res cottidianae*³⁷, contenido en Dig. 44,7,5,4 = Dig. 50,13,6 y transcrito en las Instituciones de Justiniano, concretamente en Inst. 4,5,pr. El citado texto tiene el siguiente contenido:

*Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur; sed quia neque ex contractu obligatus est, et utique pecasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri in factum actione, et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis visum fuerit poenam sustinebit*³⁸.

En el texto transcrito, vemos que se deja clara constancia sobre la acción que estaba concebida *in factum*³⁹; independientemente de si se puede o no hablar de *intentio* para las fórmulas *in factum*⁴⁰, hay que plantearse la cuestión acerca de qué *factum* se alegaba por el demandante en este tipo de acción. En realidad, el *factum* que se le podía reprochar era el de no haber dado sentencia; quien no cumple con su deber de dar sentencia carga sobre sí las consecuencias que hubiera podido tener el litigio que él dejó de decidir. Como se ha dicho anteriormente el juez, si tenía razones para un aplazamiento, debía haber hecho la *diffissio* y si no la hizo ni tampoco juró *rem sibi non liquere*, debe asumir las consecuencias; es el riesgo propio del que ha sido nombrado juez⁴¹.

Hay que destacar asimismo que el término *imprudencia* al que alude el mencionado texto de las *res cottidianae*, esto es —*licet per im-*

³⁷ El citado texto se considera menos relevante para determinar el sentido de la expresión *litem suam facere*, así como el tipo de acción, cf. D'ORS, A., *Litem suam facere*, 387.

³⁸ Precisamente, el párrafo final: *et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis visum fuerit poenam sustinebit*, no está en el texto de Gayo en Dig. 44,7,5,4.

³⁹ No era una acción penal, cf. D'ORS, A., «*Litem suam facere*», 381.

⁴⁰ Vid. VALIÑO en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor U. Alvarez Suárez*, (Madrid, 1978), 519.

⁴¹ Cf., por ejemplo, D'ORS, A., «*Litem suam facere*», 387.

prudentiam— no es un término técnico del derecho y puede tener distintas acepciones, pero en su sentido especial, no significa más que falta de *prudentia*. La *imprudentia* de un juez, considera D'Ors⁴², no tiene que ver necesariamente con su culpa, sino más generalmente con su ignorancia⁴³. Todo ello le lleva a decir al autor que, aunque la responsabilidad objetiva puede entenderse mejor cuando se refiere a actos de otra persona «creemos que es acertada la opinión que hoy parece dominante en la doctrina, de admitir tal responsabilidad en el *iudex qui litem suam fecit*»⁴⁴; sigue diciendo además el autor mencionado que «esto resulta todavía más claro si entendemos que el *litem suam facere* es la consecuencia del simple *factum* de no haber dado una sentencia, es decir, por simple omisión del juez, y no por su injusticia»⁴⁵.

Otro aspecto además que interesa destacar del citado texto es a propósito de la posición que la figura del *litem suam facere* ocupa en la categoría de los cuasidelitos en la sistemática postclásica. Como es sabido, en la sistemática de las Instituciones de Justiniano, se alude a los cuatro cuasidelitos y concretamente, el libro 4, título 5, lleva la siguiente rúbrica: *De obligationibus quae quasi ex delicto nascuntur*. Precisamente el primer supuesto que en las fuentes aparece colocado delante de los demás, concretamente, en Inst. 5,4,pr. es el del *iudex qui litem suam fecit*⁴⁶; en Inst. 5,4,1, se presenta otro supuesto, *si... deiectum effusumve aliquid est ita ut alicui noceretur*; en el mismo párrafo citado, se encuentra el supuesto, *is qui ea parte qua vulgo iter fieri solet id positum vel suspensum habet quod potest, si ceciderit, alicui nocere.*; finalmente, en Inst. 5,4,3: *Item executor navis aut cauponae aut stabuli de dolo aut furto, quod in navi aut caupona aut stabulo factum erit*. Además, como es sabido, esta categoría de los cuasidelitos procede de las *res cottidianae* de Gayo, recogida en Dig. 44,7,5,4, con la diferencia también sobradamente conocida de que el *quasi ex maleficio teneri* que aparece en Gayo, da

⁴² D'ORS, A., «*Litem suam facere*», 389.

⁴³ Así, por ejemplo, cuando Cicerón, Verr. 2,23,57, establece: *saepe per imprudentiam fit*; asimismo en algunos textos del Digesto: Dig. 2,2,2, cuando un magistrado sigue el consejo erróneo de su asesor: *nam si assessoris imprudentia...*, dice el texto; y también en Dig. 21,2,51 pr. se habla de *imprudentia iudicis*, a propósito de un juez que ocasiona de forma errónea la evicción de un comprador.

⁴⁴ Cf. D'ORS, «*Litem suam facere*», 390.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ El caso del *iudex*, que aparece en primer lugar, es el caso-guía y puede orientarnos acerca de la razón que ha llevado a constituir la categoría del cuasi-delito, cf. D'ORS, A., «*Litem suam facee*», 392.

lugar en la rúbrica de las Inst. 4,5 a la categoría de las obligaciones que surgen *quasi ex delicto*.

Llegados a este punto, puede estimarse muy razonable la opinión que considera que lo que da unidad a la categoría de los cuasidelitos es precisamente lo que se ha considerado como responsabilidad objetiva⁴⁷. Concretamente, en el supuesto del *iudex*, el motivo de su responsabilidad es la omisión de sentencia, el incumplimiento de un *munus*, independientemente de toda consideración de dolo o culpa⁴⁸. La dogmática moderna, se refiere en estos casos a una responsabilidad objetiva, «pero desde el punto de vista del Derecho romano clásico esta particularidad debe explicarse mejor en consideración al tipo de acción»⁴⁹.

De esta manera, lo que llamamos responsabilidad objetiva, no es más que el efecto de que la *actio in factum* correspondiente no presupone el dolo malo del demandado y conduce a una condena por el simple *factum* que se le imputa: concretamente, en el caso del *iudex*, el haber dejado de dar sentencia.

Además del texto de Ulpiano conservado en un papiro (en el PAnt. 22), citado *supra*, nos vamos a referir a continuación a otro texto atribuido al mismo jurista y recogido en este caso en Dig. 5,1,15,1. El contenido del texto es el siguiente:

Iudex tunc litem suam facere intellegitur cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit (dolo malo autem videtur hoc facere si evidens arguatur eius vel gratia vel inimicitia vel etiam sordes) ut veram aestimationem litis praestare cogatur.

Se trata de un texto muy complejo que ha sido objeto de numerosas interpretaciones⁵⁰. Ahora bien, a propósito del mencionado texto el profesor A. D'ORS⁵¹ además de establecer que no puede atribuirse a Ulpiano, considera asimismo como completamente glosemático el citado fragmento, «que sería la causa de todos los errores sobre nuestro tema»⁵².

⁴⁷ Cf. HUBNER, Heinz, «Zur Haftung des *iudex, qui litem suam fecit*», en *IURA*, 5 (1954), 207.

⁴⁸ D'ORS, *Litem suam facere*, 393.

⁴⁹ *Idem*, 394. Considera además el autor citado que muchas acciones *in factum* se refieren expresamente al dolo malo del demandado, pero cuando no es así, hay que pensar en una responsabilidad objetiva del mismo, *ibidem*.

⁵⁰ Cf., entre otros, PARICIO, J., *Los cuasidelitos. Observaciones sobre su fundamento histórico*, 41.

⁵¹ En «*Litem suam facere*», 377.

⁵² D'ORS, «*Litem suam facere*», 373. Establece asimismo el citado autor que por *litem suam facere* debe entenderse exclusivamente el hecho de que un juez se subroga en lugar

No obstante lo anterior, a juicio del profesor Paricio⁵³ cabe salvar el sentido que Ulpiano da en el texto a la expresión *litem suam facere*: «en efecto —considera el autor—, para poder detectar una actuación del juez en fraude de ley (o contra ley) es absolutamente necesario que exista la posibilidad de revisar las sentencias, que exista en último término apelación, cosa posible con carácter general por vía extraordinaria, desde la segunda mitad del siglo II d. C., no antes». A esto anterior hay que añadir como dice el mencionado autor «que como Ulpiano escribe en un momento histórico en el que la revisión de las sentencias de los jueces privados resultaba posible, es probable que extendiera en el sentido del texto el ilícito de *litem suam facere*»⁵⁴.

En definitiva, se puede considerar que los testimonios anteriores, salvo el texto de Ulpiano en Dig. 5,1,15,1, que acabamos de ver, vienen en el fondo a identificar *litem suam facere* con ausencia de sentencia.

A modo de resumen, la idea central consiste en señalar que un juez *litem suam facit* cuando no da sentencia, a lo que queda asimismo equiparado el dictarla fuera de los límites de la fórmula, ya que tal sentencia sería nula⁵⁵ y equivaldría a ausencia de sentencia. Por lo tanto, el *factum* alegado en la *intentio in factum* de la fórmula correspondiente a la *actio adversus iudicem qui litem suam fecerit* sería la ausencia de sentencia, «lo que cuadraría con los otros tres supuestos que serían llevados por Justiniano a la categoría cuasi-delictual apoyándose en un sistema de responsabilidad objetiva»⁵⁶. Por otra parte, al indicar D'Ors⁵⁷ que el juez que hizo suyo el litigio se subrogaba en la posición del demandado, señala que la *condemnatio* de la fórmula edictal quizá hiciera referencia a *in quantum Lucius Titius* (el demandado en la acción frustrada) *condemnari debuisset*.

del demandado cuando deja incumplido su deber de dar sentencia en el momento en que había de hacerlo o, lo que es lo mismo, cuando da una sentencia, no injusta, sino nula, *idem*, 369.

⁵³ PARICIO, *Los cuasidelitos. Observaciones sobre su fundamento histórico*, 42.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ En esos casos el juez se subroga en lugar del demandado cuando deja incumplido su deber de dar sentencia en el momento en que había de hacerlo, o, lo que es lo mismo, cuando da una sentencia, no injusta, sino nula.

⁵⁶ Cf. CREMADES, I. y PARICIO, J., «La responsabilidad del juez en el derecho romano clásico». «*Actio adversus iudicem qui litem suam fecit*», *AHDE*, 54 (1984), 180.

⁵⁷ «*Litem suam facere*», 391.

2.3. *Gastos procesales*

Determinados textos jurisprudenciales, así como algunas constituciones imperiales, nos dan testimonio acerca de los gastos procesales.

Así, pues, se puede imputar responsabilidad al juez, haciéndole pagar las costas procesales⁵⁸ en los términos a los que nos vamos a referir, no sin antes señalar que los gastos procesales en un procedimiento exclusivamente oral, quedaban reducidos a los que causarían los medios de prueba y a los prudentes y módicos honorarios de los procuradores, abogados y oradores, siendo soportados por cada una de las partes que los hubiera causado⁵⁹. Más adelante, la instauración de la *cognitio extraordinem* como procedimiento normal trae consigo un gran aumento de las costas procesales⁶⁰. Se comprende por ello que comenzara a nacer la idea de considerar injusto que soporte las costas judiciales el litigante asistido de razón que se ha visto precisado a seguir un pleito para que le sea reconocida, iniciándose de este modo el nuevo principio de que soporte las costas aquella de las partes que pierda el litigio (principio del vencimiento); determinados textos del Digesto⁶¹ reflejan la exigencia de imponer las costas al demandante que ha sido vencido, en base a la *temeritas* en que incurrió al reclamar por medio de la *actio* correspondiente. Más adelante, se aplica el principio del vencimiento al demandado que pierde el pleito, después de haberse opuesto injustificadamente a la demanda⁶²; de la misma manera, rige el mismo principio

⁵⁸ Ni en el procedimiento de las acciones de ley, ni en el formulario, ha habido necesidad de fijar la atención sobre los gastos procesales, porque puede decirse que en ellos apenas existían, cf. ALVAREZ SUÁREZ, *Curso de Derecho romano*. Tomo I, 604.

⁵⁹ Entre otros, cf. ALVAREZ, *Curso de derecho romano*, 604. Este principio de la justicia gratuita, que trae consigo el deseable acceso de todos los ciudadanos a los tribunales para el amparo de sus derechos, conduce también al riesgo de que se litigue sin un serio fundamento, recargando sin causa justificada el trabajo del órgano jurisdiccional, *Ibidem*.

⁶⁰ La oficina del magistrado (el *officium*), integrada por numerosos miembros (la mayor parte militares destinados a prestar en ella sus servicios), originaba cuantiosos gastos que se atendían por el cobro de determinados derechos a las partes (*sportulae*), en relación con los servicios prestados y con la importancia de la cuestión litigiosa; hay que señalar, además, que como la intervención oficial en el procedimiento extraordinario es decisiva, devengaban derechos las citaciones, la redacción de actas y escritos, la expedición de certificaciones de sentencias, las apelaciones, etc. Todos estos devengos, aunque sometidos a tasas legales, producían sumas considerables.

⁶¹ Cf. algunos textos: Dig. 5,1,79, y 50,5,1,1; asimismo, Dig. 31,78,2.

⁶² Cf., por ejemplo, una constitución de Valentiniano del año 369, contenida en CTh. 4,18,1, donde se establece lo siguiente: *Addimus etiam, ut impensas sumptusque litis, re ad finem deducta, petitoribus praestent*.

para quien pierde una apelación que se ha interpuesto de forma injustificada; todavía subsiste el citado criterio, un tanto mixto, en la imposición de las costas procesales en la época justiniana, de manera que es mencionado en sus Instituciones, concretamente en Inst. 4,16: *De poena temere litigantium*.

Si en las épocas anteriores se fueron estableciendo los mencionados criterios, se ha de destacar que a partir de una constitución de Zenón del año 487, empieza a imponerse⁶³ el principio duro y simple de que las costas procesales debe soportarlas, íntegra y exclusivamente el litigante vencido⁶⁴, siguiéndose la máxima *victus fert expensas* (el vencido sufre las costas). De tal manera que el juez debe declarar en la sentencia de forma expresa quién de las dos partes litigantes ha de soportar todos los gastos ocasionados en el proceso, como se establece en la constitución de Justiniano del año 530⁶⁵; hay que tener en cuenta además que como durante la tramitación del litigio no se conocía aún a quién correspondía pagar, cada parte debía ir satisfaciendo las costas que se iban produciendo en cada uno de los trámites. Ahora bien, una vez dictada la sentencia, la parte victoriosa fijaba, mediante juramento, el importe de las costas que había satisfecho, y esta declaración determinaba el límite máximo de la cantidad con que el condenado había de resarcirle. Además, para hacer efectiva la citada indemnización se seguían las reglas de la ejecución en general. Si el juez omitía el pronunciamiento sobre las costas o el ejecutor no lo cumplía, habían de realizar ellos mismos el resarcimiento con sus propios bienes, según se

⁶³ Consideraciones acerca de las costas procesales. Los principios de la temeridad y del vencimiento, en el contexto histórico del derecho romano, puede verse en ALVAREZ SUÁREZ, *Curso de Derecho romano*, 604 ss.

⁶⁴ Se recoge el Epitome de la constitución griega de Zenón, tomado de las Basilicas en CJ 7,51,5,pr. donde se establece: *Constitutio sancit, ut omnis iudex in sententia sua iubeat victum praestare omnes expensas in iudicio erogatas; concessa ipsi iudici potestate et excedendi summam expensarum ad decimam usque partem eorum, quae impensa sunt, si eum victi impudentia ad hoc permoverit, ita ut id, quod expensas excedit, ad publicas rationes pertineat, nisi forte iudex, morae detrimentum parti victrici sarcire volens, partem aliquam eorum ei addicat; condemnando non solum actore et reo, si iudex utriusque competens sit, verum etiam si actori sit incompetens, si is vincatur ex reconvensione, quum non possit illum iudicem recusare, sive praesides iudices fuerint, sive delegati a principe arbitri; nam et hi executores et compulsores habent. Quodsi iudex hoc non fecerit, ipse hoc damnum victrici parti sarcire cogitur.*

⁶⁵ CJ 3,1,13,6, donde se establece lo siguiente: *Sive autem alterutra parte absente, sive utraque praesente lis fuerit decisa, omnes iudices, qui sub imperio nostro constituti sunt, sciant in expensarum causa victum victori esse condemnandum, quantum pro solitis expensis litium iuraverit, non ignorantes, quod, si hoc praetermiserint, ipsi de proprio huiusmodi poenae subiacebunt et reddere eam parti lesae coartabuntur.*

establece asimismo en la Constitución de Justiniano del 530 recogida en el CJ 3,1,15⁶⁶.

2.4. *La responsabilidad penal*

Sobre el juez venal tenemos un testimonio que nos proporciona Aulo Gelio⁶⁷ y que corresponde al texto legal de las XII Tablas 9,3⁶⁸, según el cual se castigaba con la pena de muerte al juez convicto de haber aceptado dinero para pronunciar sentencia. Más tarde, el caso del juez venal se había subsumido en el *crimen falsi de la lex Cornelia*, que no imponía la pena capital. Se trata de la *lex Cornelia*, de la época de Sila, que recibe el nombre de *lex Cornelia testamentaria nummaria*. Las fuentes la designan en otras ocasiones, *lex Cornelia de testamentis* y *lex Cornelia de falsis*, aunque esta última designación correspondería a una época posterior⁶⁹. Tiene relación la citada ley con las injusticias que se cometían en materia de testamentos y del comercio monetario. La asociación en una misma ley de la falsificación de testamentos, de sellos y de monedas es muy explicable: el elemento común era el abuso del *signum*. La mencionada *lex Cornelia* continuó vigente aún en las épocas posteriores y lo único que se hizo fue ampliar por medio de disposiciones concretas⁷⁰ el número de casos comprendidos en la misma, entre ellos:

⁶⁶ CJ 3,1,15 del emperador Justiniano al Prefecto del Pretorio.- *Sancimus, omnes iudices, sive in hac florentissima civitate sive in provinciis, si quando absens persona citata postea apparuerit, non aliter ei iudicalem aditum revelare, sed omnem claudere ei iudiciorum copiam, nisi prius omnia damna restituat, ex huiusmodi vitio adversariis eius inflicta sive circa ingressus litis, sive circa honoraria advocatorum vel alias causas, quae in iudicio vertuntur; aestimatione iudicis quantitate eorum definienda, postquam iuratum ab eo fuerit, qui fecit expensas; exsecutoribus negotiorum modis omnibus dispositiones eorum adimplentibus, scituris iudicibus nostris et exsecutoribus, quod, si hoc praetermiserint, ex sua substantia huiusmodi detrimentum laesis resarcire compellentur. Quod et in pedaneis iudicibus abservari censemus; licet non citati, sed requisiti litigatores mala conscientia abfuerint.*

⁶⁷ *Noct. Att.*, 20,1,7. En relación con el citado testimonio de Gelio, establece D'ORS, «*Litem suam facere*», 369, que debe tomarse con suma cautela; considera además que probablemente el precepto decenviral (XII Tablas 9,3) si realmente existió, se refería a un juez que ha condenado, por dinero, a un reo criminal, *ibidem*.

⁶⁸ Cf. Tabla 9,3.-Gellius 20,1,7: *duram esse legem putas, quae iudicem arbitrumve iure datum, qui ob rem [i]udic[andam] pecuniam accepisse convictus est, capite poenitur?*

⁶⁹ Cf. Dig. 48,10; Inst. 4,18,7; CJ 9,22; CTh 9,19. Con relación a la fecha de la citada ley, en la actualidad parece aceptarse el año 81 a. C. con lo que resultaría coetánea de otra ley Cornelia contra sicarios y envenenadores: *Lex Cornelia de sicariis et veneficiis*, cf. PS 5,23; Dig. 48,8; CJ. 9, 16.

⁷⁰ Una ampliación notable vino a alcanzarse en virtud de los senadoconsultos que mencionamos a continuación: sc. Liboniano, que llegó a extender a otros documentos

1. El juez que, conscientemente o por negligencia, pronunciara sentencia en contra de las Constituciones del Príncipe⁷¹ o del Derecho público que ante él se invocara, era castigado con pena de destierro en una isla, según establece el texto de las PS 5,25,4: *Iudex, qui contra sacras principum contitutiones contraue ius publicum, quod apud se recitatum est, pronuntiat, in insulam deportatur.*
2. Incurren en igual delito y sanción el juez que recibiera dinero para pronunciar o no pronunciar sentencia, y la persona que se lo entregara, en los términos que seguidamente vamos a mencionar.

Podemos referirnos concretamente a una serie de textos que tienen relación con la posible conducta dolosa del juez. Así, en un texto de Marciano, en Dig. 48,10,1,2⁷² es condenado con la pena de la ley Cornelia⁷³ el juez que es corrompido, así como el que hubiere corrompido al juez. De manera que con el tiempo acaba por aproximarse al *falsum* el soborno del juez, como vemos, asimismo, en PS 5,25,2⁷⁴: *iudicemve ut sententiam ferat vel non ferat corruperit corrupendumve curaverit.* Establece, además, el texto citado diferente pena con base en la diversa categoría social⁷⁵ de la persona que soborna.

no testamentarios lo que la ley Cornelia había previsto para el acto de *scribere, signare o recitare* un testamento falso, pero no otro tipo de abuso en documentos auténticos; por lo que respecta al sc. Mesaliano, vino a someter a la pena de la ley Cornelia los que cobraban, pactaban o se asociaban para preparar abogados o testigos contra alguien, o se asociaban para complicar en procesos a personas inocentes; el sc. Geminiano sometió a la misma pena a los que cobraban por citar, no citar o despedir a un testigo ya citado, así como los testigos que cobraban por declarar o no su testimonio: se penaba la venalidad, independientemente de la falsedad, cf., por ejemplo, D'ORS, A., «Contribuciones a la historia del *crimen falsi*», *Studi in onore di Edoardo Volterra*, II (Milano, 1971), 646.

⁷¹ Cf. Dig. 48,10,1, 3: *Sed et si iudex Constitutiones Principum neglexerit, punitur.*

⁷² Dig. 48,10,1,2, el texto de Marciano: *Sed et si quis ob renuntiandum remittendumve testimonium, dicendum vel non dicendum pecuniam acceperit, poena legis Corneliae afficitur, et qui iudicem corruperit corrupendumve curaverit.*

⁷³ La ley Cornelia relativa a las falsedades, cf. Dig. 48,10.

⁷⁴ PS 5,25,2 = Coll. 8,5,1, donde se establece lo siguiente: *Qui ob falsum testimonium perhibendum uel uerum non perhibendum pecuniam acceperit dederit iudicemue, ut sententiam ferat uel non ferat, corruperit corrupendumue curauerit, humiliores capite puniuntur, honestiores publicatis bonis cum ipso iudice in insulam deportantur.*

⁷⁵ Sobre ello, ver por ejemplo: GARNSEY, P., *Social status and legal privilege in the Roman Empire* (Oxford, 1970), 103-178; También, DE ROBERTIS, F.M., «La variazione della pena pro qualitate personarum nel diritto penale romano», *RISG*, 14 (1939), 1-54; véase asimismo, CARDASCIA, G., «L'apparition dans le droit des classes d'honestiores et d'humiliores», en *RHDFE*, 28 (1950), 305-337 y 461-485.

Concretamente, si el que entrega dinero pertenece a la clase de los *humiliores*, es condenado a muerte; si pertenece a la de los *honestiores*, sufre la confiscación de sus bienes y destierro a una isla, como el juez. La pena, según establece el mencionado texto, se extendería al mismo juez (*cum ipso iudice*).

Asimismo, es sancionado con la pena de falsificación, según un texto de Paulo en Dig. 48,10,21⁷⁶, el que soborna a un juez y se impone otra clase de sanción en PS 5,16,12, ya que se castiga al que compró una sentencia absolutoria con la condena que hubiera podido recaer sobre él por el crimen de que se le inculpaba.

A partir de la citada ley Cornelia establece Mommsen una serie de grupos de los actos conminados con penas, ora por la propia ley Cornelia, ora por las ampliaciones a que se la sometió⁷⁷. Ahora bien, con relación a la fecha en que se produjo la aproximación del soborno judicial al *falsum*, considera D'Ors⁷⁸ que no es anterior a mediados del s. III. Alega el citado autor una serie de argumentos. En primer lugar, el texto de Marciano, citado *supra*, y contenido en Dig. 48,10,1,2, parece extender ya la pena del *falsum* (*poena legis Corneliae*) a *qui iudicem corruperit corrumpendumve curaverit* y el texto citado de Paulo en Dig. 48,10,21⁷⁹, como hemos visto, establece, entre otras cosas: *iis adiungitur et is qui iudicem corrumpit*; ahora bien, según D'Ors, estos dos incisos quizá deban atribuirse a una época posterior a la de los autores de sendos textos⁸⁰. Aparte estos reparos formales, presenta el autor otros argumentos de que esa extensión del *falsum* a la corrupción judicial, activa y pasiva, no es anterior a mediados del s. III; se trata de dos rescriptos que aplican otra pena distinta: uno de los rescriptos, re-

⁷⁶ El texto de Paulo en Dig. 48,10,21, establece: *Qui duobus in solidum eadem rem diversis contractibus vendidit, poena falsi coercetur; et hoc et Divus Hadrianus constituit. Iis adiungitur et is, qui iudicem corrumpit; sed remissius puniri solent, ut ad tempus relegentur, nec bona illis auferantur.*

⁷⁷ MOMMSEN, T., *Derecho penal romano*. Trad. del alemán por P. Dorado (Bogotá, 1976), 420, establece los grupos siguientes: I) Delitos de falsificación de testamentos y de documentos. II) Delitos de falsificación de metales preciosos y de moneda. III) Delitos procesales y delitos cometidos por los abogados. Dentro del citado grupo estarían una serie de actos: 1) Pronunciar un fallo, a sabiendas de que se infringía una ley clara. 2) Proponer al juez que aceptase dádivas o aceptarlas éste para dar o no dar un determinado fallo. 3) Entrar en inteligencias para lograr la condena de un inocente... IV) falsificación del parentesco o de la condición de la persona. V) Falsos pesos y medidas.

⁷⁸ D'ORS, A., «Contribuciones a la historia del *crimen falsi*», 556.

⁷⁹ Cf. la nota 76.

⁸⁰ D'ORS, A., «Contribuciones a la historia del *crimen falsi*», 556 según el citado autor, «el inciso del texto de Marciano aparece como un añadido a un precedente con el que no tiene relación...», *ibidem*.

ferido en un texto de Macro en Dig. 49,14,34⁸¹, corresponde a Severo y Caracala a Asclepiades y castiga al que sobornó a un juez con una pena pecuniaria del todo extraña a la del *falsum* —quinientos sueldos para el fisco—. El otro rescripto, al que precisamente alude Ulpiano en Dig. 3,6,1,3⁸², y conservado en CJ 7,49,1⁸³, pertenece a Caracala y habla en ese caso de soborno, de pérdida de litigio..., en todo caso, estos dos rescriptos parecen ignorar toda aproximación del soborno judicial al *falsum*. La extensión se habría producido tan sólo a mediados del s. III⁸⁴.

Nos referimos finalmente a otro de los textos pertenecientes a las Sentencias de Paulo, y relativo al soborno del juez, concretamente en PS 5,23,11(10)⁸⁵ señala para el juez venal que da sentencia injusta *in caput fortunasque hominis* la pena de destierro y de confiscación de bienes (*in insulam bonis ademptis deportatur*). Esta era la pena del homicidio, y por ello se trata de este delito en el título 23: *ad legem Corneliam de sicariis et veneficiis*, y precisamente a continuación de un párrafo PS 5,23,10(11), donde se establece que: *mandatores caedis perinde ut homicidae puniuntur*. Tal pena resultaba racional en el caso de sentencia que condenaba injustamente a una pena capital (pues en ese caso el juez resultaba *mandator caedis*), pero no ya si la condena era patrimonial⁸⁶.

⁸¹ Dig. 49, 14,34: *Imperatores Severus et Antoninus Asclepiadi ita rescripserunt: «Tu, qui defensione omissa redimere sententiam maluisti, quum tibi crimen obiiceretur, non immerito quingentos solidos inferre fisco iussus es; omissa enim ipsius causae inquisitione ipse te huic poenae subdidisti; obtinendum est enim, ut hi, quibus negotia fiscalia moventur, ad defensiones causae bona fide veniant, non adversarios aut iudices redimere tentent».*

⁸² El texto de Ulpiano en Comentarios al Edicto, libro 10, recogido en Dig. 3,6,1, 3: *Sed et Constitutio Imperatoris nostri, quae scripta est ad Cassium Sabinum, prohibuit iudici, vel adversario in publicis, vel privatis, vel fiscalibus causis pecuniam dare; et ex hac causa litem perire iussit. Nam tractari potest, si adversarius non per calumniam transigendi animo accepit, an Constitutio cessat? Et puto cessare, sicuti hoc quoque iudicium; neque enim transactionibus est interdictum, sed sordidis concussionibus.*

⁸³ Hay un error evidente en el citado rescripto según se recoge en el Digesto, ya que el nombre del destinatario en el Código de Justiniano es *ad Gaudium*, mientras que en el Digesto va dirigido *ad Cassium Sabinum*.

⁸⁴ Cf. D'ORS, A., « Contribuciones a la historia del *crimen falsi*», 557.

⁸⁵ En PS 5,23,11 (10), se establece lo siguiente: *Iudex, qui in caput fortunasque hominis pecuniam accepit, in insulam bonis ademptis deportatur.*

⁸⁶ Según D'ORS, «El Código de Eurico» en *Estudios visigóticos*, II (Roma-Madrid, 1960), 59, es un rasgo destacado de la legislación Euriciana el de la desaparición de las penas de deportación en todas sus formas; esto era muy explicable, sigue diciendo el autor, pues el territorio gobernado por Eurico acababa de ampliarse y se iba a ampliar más, de suerte que, ni las fronteras resultaban muy ciertas, ni existía probablemente un sistema de vigilancia suficiente para impedir el incumplimiento de tal tipo de condena.

3. La regulación en el derecho visigodo⁸⁷

3.1. *La Lex Visigothorum*⁸⁸

3.1.1. CONSIDERACIONES PREVIAS

El libro 2 de la *Lex Visigothorum*⁸⁹ (*de negotiis causarum*)⁹⁰ contiene cinco títulos, referentes todos ellos, de forma más o menos directa, al proceso.

⁸⁷ El reino visigodo antes de su establecimiento definitivo en Occidente, se constituyó en estrecha relación con el Imperio, al que desde antiguo venía prestando servicios militares de frontera bajo la fórmula del *foedus* (cf. GIBERT, Rafael, «El reino visigodo y el particularismo español», en Cuadernos del Instituto Jurídico español, 5. *Estudios visigóticos*, I (Roma-Madrid, 1956), 7 y las notas 6 y 7. El primer período del asentamiento de los visigodos en las Galias y en la parte noroeste de la Península, dominio que por el Occidente llegó al parecer hasta Zaragoza, se inscribe en la estructuración del Imperio Romano, en la etapa anterior a la caída de Roma por los hérulos (cf. entre otros ORLANDIS, J. *Historia de España. La España visigótica*. (Madrid, 1977), 59 ss. GARCÍA GALLO, A., «Consideración crítica de los estudios sobre la legislación y la costumbre visigoda» en *AHDE*, (1974), 424 ss. A partir del año 476, con la entrada de Odoacro en Roma, la situación sufrió transformaciones profundas que se manifestaron de forma desigual en los distintos territorios sobre los que estaban asentados los visigodos. Durante esta época perdura la misma estructura territorial y política y al mismo tiempo los órganos de la administración romana continúan desarrollando las funciones de gobierno, con cierta intervención de los monarcas visigodos. Con Eurico, el primer monarca visigodo, y su hijo Alarico se da un paso más al ocupar éstos el lugar que antes había desempeñado el emperador, ejerciendo sus poderes y facultades. A partir de este momento es cuando podemos hablar propiamente de una legislación visigoda; entre otros, puede verse: ARANGIO RUIZ, *Historia del derecho romano*, 4.ª ed., trad. esp. (Madrid, 1989), 448 ss. GARCÍA MORENO, L. A., *Historia de la España Visigoda* (Madrid, 1989), 317 ss. LALINDE ABADIA, *El derecho en la historia de la humanidad* (Barcelona, 1982), 38 ss. Finalmente, hemos de decir que son los visigodos uno de los pueblos germánicos más romanizados de los que se asientan en el antiguo territorio del Imperio romano occidental. Entre los autores modernos no deja de reconocerse la profunda romanización de los reyes visigodos; sobre el particular, ver entre otros, D'ORS, «El Código de Eurico», 9.

⁸⁸ Como he señalado ya, (cf. la nota 4) las leyes a las que nos vamos a referir tienen su base en la edición de Zeumer en los MGH. Como es sabido, ante la inexistencia de una edición crítica que tuviera en cuenta los fragmentos o manuscritos no manejados por Zeumer, la edición del estudioso alemán es aún de referencia obligada. La *Lex Visigothorum*, conocida también con los nombres de *Liber Iudicum* o *Liber Iudiciorum*, es un libro destinado a la práctica forense y consiste en una recopilación de las leyes promulgadas por los monarcas visigodos que lleva a cabo Recesvinto en el año 654. Las leyes del *Liber* en la forma recesvintiana que ha llegado hasta nosotros —aunque no todas, pues hay alguna excepción— van precedidas de una de las siguientes inscripciones: *Antiqua, Flavius Recare-dus Rex, Flavius Sisebutus Rex, Flavius Chindasvintus Rex, Flavius Gloriosus Recesvintus Rex*. De forma que, por un lado, recoge leyes cuyos autores aparecen mencionados; y de otro, leyes que estaban recogidas ya en libros. Las leyes que proceden de recopilaciones llevan la rúbrica *antiqua*; si los redactores las corrigieron, las colocaron bajo la rúbrica de

Además, en otras sedes de la ley, precisamente, en los títulos primeros de los libros sexto (cf. LV 6,1, *de accusationibus criminum*) y séptimo (cf. LV 7,1, *de indicibus furti*) se contienen reglas especiales relativas al enjuiciamiento por delitos⁹¹. De esta forma y concretamente, sobre la finalización del litigio, disponemos de la información que suministra una ley de Chindasvinto en la LV 2,1,25⁹², donde esta cuestión se enfoca desde el punto de vista documental.

antiqua enmendata. Un resumen de la historia de la legislación visigótica de Eurico a Witiza puede verse en ZEUMER, *Historia de la legislación visigótica*, tr. esp. por Carlos CLAVERÍA (Barcelona, 1944), 64 ss. UREÑA y SMENJAUD, *La legislación gótico-hispana (Leges Antiquiores-Liber iudiciorum)*. Estudio crítico (Madrid, 1905), 45 ss. También IGLESIA FERREIRÓS, *La creación del Derecho. Una historia de la formación de un derecho estatal español* (Barcelona, 1992). Puede verse en el citado autor un estudio del proceso de formación de la legislación visigoda.

⁸⁹ Es innegable que «se trata de un código para la práctica forense», cf. ZEUMER, K., *Historia de la legislación*, 87; «el *Liber* recoge el derecho creado por la actividad legislativa de unos reyes que son especialmente jueces y está dirigido a autoridades diversas que encuentran en el término *iudex* y en la correspondiente asunción de tareas judiciales la categoría común donde se engloban», cf. PETIT, C., «*De Negotiis Causarum I*», en *ADHE* (1985), 156, aludiendo precisamente a la disposición de Recesvinto contenida en la LV 2,1,27 y cuya rúbrica es la siguiente: *Quod omnis, qui potestatem accipit iudicandi, iudicis nomine conseatur ex lege*.

⁹⁰ PETIT, C., «*De Negotiis Causarum I*», en *AHDE*, (1985) y «*De Negotiis Causarum II*», en *AHDE*, (1986), expone el régimen jurídico del proceso visigodo en sus líneas y trámites generales.

⁹¹ Podríamos preguntarnos al igual que lo hace PETIT, «*De Negotiis causarum I*», en *AHDE*, (1985), 160, si el derecho visigodo conoció la distinción entre proceso penal y proceso civil, para responder que «el derecho del *Liber* se sitúa, una vez más, en el marco evolutivo de la tradición jurídica romana, donde la difusión de la extraordinaria *cognitio* ya en época clásica fue borrando las diferencias entre los viejos *iudicia publica* y *iudicia privata*, de manera que los tiempos y textos postclásicos conocieron un cauce procesal único, aunque compatible con especialidades en función de los intereses en juego», *ibidem*.

⁹² La ley de Chindasvinto en LV 2,1,25, bajo la rúbrica: *Iudex, qualiter faciat iudicatum*, establece lo siguiente: *Si de facultatibus vel de rebus maximis aut etiam dignis negotium agitetur, iudex, presentibus utrisque partibus, duo iudicia de re discussa conscribat, que simili textu et subscriptione roborata litigantium partes accipiant. Certe si de rebus modicis mota fuerit actio, sole condiciones, ad quas iuratur, apud eum qui victor exiterit pro ordine iudicii habeantur. De quibus tamen condicionibus et ille, qui victus est, ab eisdem testibus roboratum exemplar habebit. Quod si pars, que pro negotio quocumque compellitur, professa fuerit apud iudicem, non esse necessarium a pettore dari probationem, quamlibet parve rei sit actio, conscribendum est a iudice suaque manu iudicium roborandum, ne fortasse quelibet ad futurum ex hoc intentio moveatur. Si vero, hordinante iudice, una pars testes adduxerit, et dum oportuerit eorum testimonium debere recipi, pars altera de iudicio se absque iudicis consultum subtraxerit, liceat iudici prolatos testes accipere, et quod ipsi testimonio suo firmaverint, illi. Qui eos protulit, sua instantia consignare. Nam ei, qui fraudulenter se de iudicio sustulit, producere testem alium omnino erit illicitum; qui scilicet hoc sibi tantum noverit esse concessum, ut antequam testes illi, qui testimonium dede-*

Las causas terminaban normalmente por la sentencia del juez, *iudicium*, que debía recogerse por escrito *presentibus utrisque partibus*, dice la ley y ser entregada a cada uno de los litigantes suscrita por aquél; si el pleito comportaba una cuantía escasa, era suficiente con las *conditiones iuramenti* que documentaban el testimonio recibido como prueba. Además, el pleito se podía zanjar cuando el acusado admitía la reclamación, de manera que en este supuesto la *professio* era redactada y firmada por el juez, sustituyendo al *iudicium* o a las *conditiones iuramenti*. Si se produce el abandono del juicio por uno de los contendientes en el trámite probatorio, ello no impide practicar las pruebas aportadas por las del otro y dictar sentencia, no obstante el ausente conservaba la posibilidad de tachar a los testigos del otro antes que fallecieran. En términos muy parecidos en cuanto a los aspectos principales de la citada disposición, se manifiesta la ley que se recoge en el Fuero Juzgo, en este caso, en FJ 2,1,23, bajo la siguiente rúbrica: *Del iudez cuemo debe iutgar*.

Por otra parte, en este apartado de cuestiones previas a tener en cuenta, pueden destacarse algunas leyes que nos ilustran sobre ciertos aspectos generales relacionados con la práctica de la justicia oficial visigoda. Así, por ejemplo, leyes que se refieren a los días festivos en los que no procede la actividad judicial (cf. la disposición de Chindasvinto en LV 2,1,12); horario de trabajo del juez (cf. LV 2,1,20, se trata asimismo de una disposición del citado monarca); en otra ley se recogen reglas de competencia (así por ejemplo, cf. LV 2,1,18); auditores o asesores del juzgador (LV 2,2,2, también de Chindasvinto). La consideración de las citadas leyes, así como de otras, ofrecen elementos para apreciar el elevado grado en que el legislador pretendía regular y ejercer la administración de justicia en términos exclusivos⁹³.

3.1.2. LA RESPONSABILIDAD DEL JUEZ

«El proceso visigodo, en línea con el derecho tardoantiguo, asume el carácter de método racional de búsqueda de la verdad»⁹⁴. Como se

rant, moriantur, si habuerit fuerit evidenter quod rationabiliter in eis accuset, patienter audiatur a iudice; et si accusatus testis fuerit evidenter convictus, eius testimonium pro nihil habeatur. Unde et si duo testes non remanserit, qui digni in eodem testimonio maneant, ille, qui primum testem obtulerat, infra trium mensium spatium testes alios, qui ceptum negotium firment, inquirere non desistat. Quod si invenire nequiverit, rem universam ille reciat, qui eam ante visus fuerat possedisse. Iudex sane de omnibus causis, que iudicaverit, exemplar penes se pro conpescendis controversiis reservare curabit.

⁹³ Cf. PETIT, C., «*De negotiis causarum II*», 64.

⁹⁴ Vid. PETIT, C., «*De negotiis causarum II*», 85.

desprende de las disposiciones visigodas, el juez, al igual que el rey mismo cuando juzga, interviene activamente en el desarrollo de la controversia. Concretamente, ante él se presenta la acusación o demanda; convoca al demandado; en ocasiones, bien por delaciones o de oficio iniciaba los procesos en casos especialmente graves⁹⁵. Además, «en el cuadro general de la Administración de Justicia destaca una falta de unidad y jerarquía, exponente de aquella disgregación reiteradamente señalada como típica del mundo medieval. No hay una, sino múltiples jurisdicciones nacidas por diversas causas. Frente a la jurisdicción ordinaria, centrada mediata o inmediata en la persona del rey, se forman las jurisdicciones exentas de tipo señorial, la eclesiástica, más tarde la mercantil...»⁹⁶

Por lo que respecta a la responsabilidad del juez, la disposición contenida en la LV 2,1,21, *antiqua*⁹⁷, tiene relación precisamente con el juez que dicta sentencia injusta y distingue claramente entre la sentencia dictada por venalidad del juez —*per quodlibet commodum*—, y la dictada por simple ignorancia —*per ignorantiam, ignoranter*— demostrada por el juramento expiatorio del juez.

En los dos supuestos se establece la nulidad de la decisión judicial y además, el castigo en el supuesto del juez venal, de un *alium tantum de suo*, establece la ley, de la suma en litigio a pagar por el juez al litigante afectado, con la alternativa de reducción a servidumbre a su favor de no poder satisfacer la composición⁹⁸. En la edición ervigiana de la citada ley, se atenuaron las penas anteriores al sustituir la entrega en servidumbre por cincuenta azotes⁹⁹.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ Vid. FONT RÍUS, J. M., *Instituciones medievales españolas* (Madrid, 1949), 65.

⁹⁷ LV 2,1,21, *antiqua*: *Si iudex aut per commodum aut per ignorantiam iudicet causam.— Iudex si per quodlibet commodum male iudicaverit et cuicumque iniuste quidquam auferri preceperit, ille, qui a iudice ordinatus ad tollendum fuerat destinatus, ea, que tulit, restituat. Nam ipse iudex contrarius equitatis aliut tantum de suo, quantum auferri iusserat, mox reformet, id est, ablate rei simpla redintegratone concessa, pro satisfactione sue temeritatis aliut tantum, quantum auferri preceperat, de sua facultate illi, quem iniuste damnaverat, reddat. Quod si non habuerit, unde conponat, cum his, que habere dinoscitur, ipse iudex illi, cui conponere debuit, subiaceat serviturus. Si autem per ignorantiam iniuste iudicaverit et sacramentis se potuerit excusare, quod non per amicitiam vel cupiditate aut per commodum quolibet, sed tantundem ignoranter hoc fecerit: quod iudicabit non valeat, et ipse iudex non implicetur in culpa.*

⁹⁸ Es la sanción en la edición recesvindiana de la ley *antiqua* citada.

⁹⁹ En la edición de Ervigio se establece: *Quod si tantum quantum abstulit, non habuerit unde conponat, saltim vel id ipsum ex toto, quod habere videtur, illi, quem damnaverat, pro omni compositionem restituat. Quod si ex omnibus nihil rerum habuerit, unde compositionem exsolvat, L publice extensus flagella suscipiat.*

La disposición *antiqua* citada, claramente perteneciente al Código de Eurico¹⁰⁰, se encuentra en el Libro 2 —*de negotiis causarum*—¹⁰¹. El cotejo con la legislación bávara¹⁰², concretamente las disposiciones contenidas en LB 2,17¹⁰³ y 18¹⁰⁴ es demostrativo de su pertenencia al CE¹⁰⁵ ya que la legislación bávara es tenida en cuenta por Zeumer para la reconstrucción de la legislación de Eurico; considera el autor que la citada legislación había tenido el Código de Eurico como modelo y que presentaba en ocasiones una versión del mencionado Código más auténtica que la procedente de las *leges antiquae*¹⁰⁶.

Las dos disposiciones citadas tienen relación con la responsabilidad del juez como consecuencia de su no adecuada actuación. En primer lugar, si el juez actúa por error, el texto de LV 2,1,21, establece concretamente: *per ignorantiam*; en la LB 2,18, se establece: *per errorem*, la

¹⁰⁰ Cf. D'ORS, A., «El Código de Eurico», en *Estudios visigóticos II*, (Roma-Madrid, 1960), 57 y asimismo, ZEUMER, K., *Historia de la legislación visigoda*, 160, consideran que la citada *antiqua* debió de existir ya en el Código de Eurico y ello lo demuestra la coincidencia de la ley con el texto de la *Lex Baiuvariorum*, cf. LB 2,16,17. Asimismo UREÑA, *La legislación gótico-hispana*, 351, considera que la citada disposición tiene procedencia euriciana.

¹⁰¹ Según D'ORS, A., «El Código de Eurico», 56, la base euriciana de los cinco títulos, de los que consta el libro 2, es muy reducida. Y continúa diciendo que «los aspectos procesales ocupan poco la atención del legislador euriciano; en esto hay una notable diferencia respecto a Leovigildo, que pormenoriza frecuentemente los trámites procesales».

¹⁰² *Leges Baiuvariorum*, edición de J. MERKEL, MGH, LL,3 (Hannover, 1863). Se trata de la legislación bávara que suele datarse hacia la mitad del s. VIII.

¹⁰³ El contenido de LB 2,17 es el siguiente: *Iudex si accepta pecunia male iudicaverit, ille qui iniuste aliquid ab eo per sententiam iudicantis abstulerit, ablata restituat. Nam iudex qui perperam iudicaverit, in duplum ei cui damnum intulerit, cogatur exsolvi, quia ferre sententiam contra legum nostrarum statuta praesumpsit. Et in fisco cogatur XL solidos persolvere.*

¹⁰⁴ LB 2,18: *Si vero nec per gratiam nec cupiditatem, sed per errorem iniuste iudicavit, iudicium ipsius in quo errasse cognoscitur, non habeat firmitatem; iudex non vacet ad culpam.*

¹⁰⁵ El Código de Eurico nos ha llegado de forma fragmentaria. En parte, a través del Palimpsesto Parisino (Lat. 12161) y, además, a través de ciertas leyes que pasaron como *antiquae* del Código de Leovigildo a la *Lex Visigothorum*. Cabe destacar, asimismo, como fuente de conocimiento indirecto, otros textos legales como la *Lex Baiuvariorum* y, en menor medida, la *Lex Burgundionum* y la *Lex Salica*. La doctrina, mayoritariamente, ha venido atribuyendo el Código a Eurico. El citado texto legal fue publicado según ZEUMER, *Historia de la legislación*, 67, después del año 469, pero antes del 481, alrededor del año 475. En adelante, CE. Un estudio de conjunto acerca del CE puede verse en D'ORS, A., «El Código de Eurico», 3 ss. Se utiliza fundamentalmente el CE en la edición de A. D'ORS.

¹⁰⁶ Sobre estas *leges antiquae*, cf. la nota 88. Para la relación de la LV 2,1,21, con las correspondientes del derecho bávaro, esto es: LB 2,17 y 18, cf. ZEUMER, *Historia de la legislación*, 160-162; precisando los puntos de vista de Zeumer, D'ORS, «El Código de Eurico», 57-59. Sobre el particular, ver: UREÑA, *La legislación gótico-hispana (Leges Antiquiores-Liber Iudiciorum)*. Estudio crítico. (Madrid, 1905). En cuanto a la relación entre CE y LB, puede verse un resumen en OSABA, *El adulterio uxorio en la Lex Visigothorum* (Madrid, 1997), 351.

parte beneficiada debe restituir, pero el juez no sufre pena alguna, según las citadas disposiciones.

Hay que destacar, asimismo, que las dos leyes mencionadas tienen en común, la exigencia de la restitución de lo injustamente percibido por el litigante vencedor en el juicio (así, se establece en LB 2,17: *ille qui iniuste aliquid ab eo per sententiam iudicantis abstulerit, ablata restituat*; por otra parte, la LV 2,1,21, dispone que: *ille, qui a iudice ordinatus ad tollendum fuerat destinatus, ea que tulit, restituat*); hay diferencias, sin embargo, en la regulación contenida en las disposiciones relativas al caso de venalidad del juez. Concretamente, el juez venal sufre por ello una pena por su delito, ahora bien mientras que la LB 2,17, se refiere al *duplum* del dinero cobrado por el juez¹⁰⁷, más el pago de 40 *solidi* para el fisco¹⁰⁸, en cambio, la disposición citada de la LV, alude al *aliut tantum* de los daños ocasionados.

Del mismo modo si comparamos la sanción que establece la disposición *antiqua* a la que nos estamos refiriendo, esto es: el *alium tantum* de lo arrebatado injustamente, con lo que establecen otras fuentes, citadas *infra*, se observa también una diferencia importante: concretamente, en el texto del Edicto de Teodorico (Eth 2), y asimismo en los Fragmentos Gaudenzianos¹⁰⁹, concretamente en FG 10¹¹⁰, se establece la obligación de pagar el *quadruplum*. Además, en el citado texto de los Fragmentos Gaudenzianos al mantener la pena del *quadruplum*, cita expresamente al CE¹¹¹. Por otra parte, hay que destacar asimismo que la entrega en servidumbre del culpable para el supuesto de insolvencia, (atenuada esta pena en la edición de Ervigio, como se ha visto *supra*), no se encuentra en la LB, pero según D'Ors¹¹², podría hallarse ya en el Código de Eurico.

Indicamos finalmente que la disposición *antiqua*, cuyos aspectos más relevantes acabamos de mencionar, (en LV 2,1,21), se recoge en el FJ 2,1,19, bajo la rúbrica: *Del iuez que iuzga tuerto por ruego, ó por*

¹⁰⁷ Cf. la nota 103.

¹⁰⁸ El beneficio del Fisco, tanto en LB como en FG, parece ser un eco del antiguo régimen de confiscación de los bienes que vemos en las *Pauli Sententiae*.

¹⁰⁹ Por lo que respecta a la fecha, la determinación de la misma resulta insegura, cf. GARCÍA GALLO, A., «Consideración crítica de los estudios sobre la legislación y la costumbre visigodas», en *AHDE*, 44 (1974), 382.

¹¹⁰ GF 10 establece la pena del *quadruplum*, a favor del Fisco, no del perjudicado.

¹¹¹ Ello le lleva a decir a D'ORS, A., «El Código de Eurico», 61 que le parece lo más probable que en el Código de Eurico la pena del juez venal era también la del *quadruplum* de la *pecunia accepta*, además de la restitución del daño por el vencedor y no del *duplum* del daño, como suponía Zeumer.

¹¹² «El Código de Eurico», 61.

*ignorancia*¹¹³. La versión de la citada ley en el Fuero Juzgo, contempla asimismo los dos supuestos a los que hace mención la *Lex Visigothorum*. 1) El supuesto del juez que da sentencia por venalidad: establece, entre otras cosas: *é el iuez por que iudgó contra verdad, peche otro tanto de lo suyo*; 2) El supuesto del juez que da sentencia por ignorancia: *si el iuez iudgó tuerto por ignorancia ... lo que iudgó non debe valer, y el iuez non debe aver ninguna pena*.

Como anteriormente se ha dicho, otras disposiciones de la *Lex Visigothorum* relativas a la conducta irregular de los jueces se encuentran recogidas en sedes diferentes de las anteriormente mencionadas. De manera que hacemos alusión a otros testimonios de las leyes de algunos monarcas visigodos; concretamente, una disposición de Chindasvinto recogida en LV 6,4,3¹¹⁴ en la que establece que el obispo y el *dux* quedarán encargados de reprimir al juez negligente, se trata de un *iudex, amicitia corruptus vel premio*¹¹⁵. También una disposición de Recesvinto, en LV 7,4,6, *de damno iudicis criminisum indebite absolventis* tiene relación con las actuaciones de los jueces que a veces actuaban *pro patrocinio aut amicitia alicuius*, según establece la mencionada ley recesvindiana.

Unos años más tarde, algunas otras leyes advierten a los jueces contra su posible parcialidad en sus actuaciones; cf. por ejemplo, la disposición de Ervigio contenida en la LV 12,3,25¹¹⁶ en relación con el cumplimiento de la legislación antijudaica y, también, la LV 9,1,21¹¹⁷, disposición de Egica que establece que se ha de sancionar a los jueces que no hagan justicia tratándose de los siervos fugitivos. De este modo, adquiere sentido la observación que hace Chindasvinto a los jueces, en

¹¹³ FJ 2,1,19. —El Rey Don Flavio Rescindo.— *Del iuez que iuzga tuerto por ruego, ó por ignorancia.— El iuez si iudga tuerto por algun ruego, ó por mandar toller alguna cosa á algun omne con tuerto, aquel que levó la cosa por mandado del iuez, entréguela: é el iuez por que iudgó contra verdad, peche otro tanto de lo suyo sin entrega daquela cosa que levó, que debe entregar, é si non oviere otro tanto, cuemo mandó levar, que non pueda fazer emienda, si al que non peche todo quanto oviere por emienda. E si ninguna cosa non oviere onde pueda fazer emienda, recuba L. azotes paladinamientre. E si el iuez iudgó tuerto por ignorancia que lo non entendie, si se podier salvar por su iuramiento, que non iudgó tuerto por amor, ni por cobdicia, ni por ruego, si non por ignorancia, lo que iudgó non debe valer, y el iuez non debe aver ninguna pena.*

¹¹⁴ LV 6,4,3, en la rúbrica de la citada disposición se establece: *De reddendo talione et compositionis summam pro non reddendo talione*.

¹¹⁵ Comienza la mencionada ley diciendo: *Quod si iudex, amicitia corruptus vel premio, iuxta estimationem rei liberare neclexerit neque continuo ulciscendam iustiterit, iudiciaria protinus potestate privatus, ab episcopo vel duce districtus illi...*

¹¹⁶ LV 12,3,25, establece: *Ne iudices quicquam de perfidorum excessibus extra sacerdotum conibentiam iudicare presument.*

¹¹⁷ LV 9,1,21: *De mancipiis fugitivis et de susceptione fugitivorum.*

su disposición contenida en LV 12,1,1¹¹⁸, para que procedan objetivamente, investigando siempre la verdad y mediante el examen de todas las causas *absque personarum acceptione...*, según establece la mencionada disposición.

3.1.3. ORGANO COMPETENTE PARA PEDIR RESPONSABILIDAD AL JUEZ

Otro aspecto a tener en cuenta tiene relación con la apelación, esto es, quién o qué órgano era competente para exigir responsabilidades al juez y por qué cauce podían dirigir sus quejas las víctimas de la injusticia y que no se recogen en la disposición *antiqua*, citada *supra* (nos referimos a la LV 2,1,21). La apelación tiene una regulación defectuosa en la ley de los visigodos¹¹⁹, cabe pensar en la competencia de los jueces superiores, *comites* y *duces* y, por supuesto, en la competencia del rey; además, en la intervención episcopal, prevista en los concilios de los siglos VI y VII para la vigilancia y control de los gobernantes¹²⁰, y así aceptada en las leyes¹²¹.

Sobre este aspecto de la apelación, podemos mencionar una disposición de Chindasvinto contenida en LV 2,1,24¹²² la cual se refiere a un tipo de apelación *a iudice suspecto* en la que intervenía la jerarquía de la Iglesia. Se trata del supuesto en el que temiendo algún litigante la parcialidad del juez secular: *si cuiuscumque honoris aut ordinis iudex dicatur haberi suspectus*, —según la rúbrica de la citada disposición—,

¹¹⁸ LV 12,1,1, bajo la siguiente rúbrica: *De conmonitione principis, qua iubetur, ut iudicium temperent iudices*. La citada disposición en la versión del Fuero Juzgo, concretamente en FJ 12,1,1, establece: *Cuemo el rey manda á sus jueces que sean mesurados en dar el iuicio*.

¹¹⁹ Cf. PETIT, C., «*De negotiis causarum II*», 141-142.

¹²⁰ Concilio de Toledo III, año 589, en el c. 18: reserva a la jerarquía eclesiástica la inspección del comportamiento de los jueces, para que avisándoles les corrijan o den cuenta al rey de los abusos de aquéllos; asimismo en el Concilio de Toledo IV, año 633, en el c. 32 presenta a los obispos como varones a los que Dios ha encargado la protección del pueblo por lo que deberán amonestar a los jueces opresores de los débiles, denunciándolos llegado el caso ante el rey. Y si algún obispo descuidare esto, sea reo delante del concilio. Se cita por la ed. preparada por José Vives, *Concilios visigóticos e hispano-romanos*. (Barcelona-Madrid, 1963).

¹²¹ Cf. la disposición de Recaredo, en LV 12,1,2, cuya rúbrica establece: *Ut nullius ex his, qui populorum accipiunt potestatem et curam, quoscumque de opulis aut in sumtibus aut indictionibus inquitare pertemet*.

¹²² LV 2,1,24, Chindasvinto. *Si cuiuscumque honoris aut ordinis iudex dicatur haberi suspectus.— Si quis iudicem aut comitem aut vicarium comitis seu thiuphadum suspectos habere se dixerit et ad suum ducem aditum accedebdi proposcerit aut fortasse eundem ducem suspectum habere dixerit, non sub hac ocaassione petitor ac presertim pauper quilibet petiatur ultra dilatione. Sed ipsi, qui iudicant eius negotium, unde suspecti dicuntur haberi, cum episcopo civitatis ad liquidum discutiant adque pertractent et de quo indicaverint pariter conscribant suscribantque iudicium...*

en tal supuesto el juez sospechoso deberá tratar la cuestión juntamente con el obispo, concretamente se refiere la ley, al *episcopus civitatis* para conocer la causa y dictar un fallo en común. Estableciendo asimismo la mencionada ley que dicho fallo puede ser apelado ante el rey por parte de quien hubiese recusado al juez como sospechoso.

En términos parecidos se manifiesta la disposición contenida en el Fuero Juzgo, concretamente en FJ 2,1,22 que lleva la siguiente rúbrica: *Del iuez que a sospecha alguna de las partes*. En la disposición citada, (al igual que la contenida en LV 2,1,24), si como consecuencia de la apelación se considera fundada la reclamación, el juez y el obispo son sancionados con la pena establecida para los supuestos de sentencia injusta; por el contrario, si la apelación no está justificada, en ese caso, el apelante es sancionado con idéntica pena. En caso de insolvencia será sancionado con cien azotes (*et si non habuerit, unde compositionem exolvat, C flagellis extensus publice in eiusdem iudicis presentiam verberetur*) en presencia del juez (según establecen las dos disposiciones).

Finalmente, es digna de ser destacada una ley de Recesvinto¹²³, recogida en LV 2,1,28¹²⁴, contra la prohibición de pactos de no atacar fallos (injustos), que los jueces en ocasiones obligaban a llevar a cabo.

En definitiva, considera Petit¹²⁵, en relación con esta materia de la apelación, que se ha intentado sin demasiado éxito, reconstruir una escala jerárquica de órganos judiciales a propósito de las previsiones de estas normas, olvidando la naturaleza casuística del *Liber Iudiciorum*; sigue diciendo el citado autor que «lo único seguro que sabemos se reduce al decisivo papel del obispo como juez del rey con importancia creciente desde la atribución —legal— de tales competencias a fines del siglo VI; si en un principio la colaboración episcopal con la justicia real era prestada más bien en el seno del concilio, desde el reinado de Chindasvinto el obispo local aparece revestido de las funciones concretas de juez de apelación, entre otras cosas»¹²⁶; pone énfasis, además, en destacar que el recurso real a los obispos era «para frenar las desviaciones de los jueces en relación con el derecho oficial»¹²⁷.

¹²³ La disposición de Recesvinto dentro de la línea de revisión de la política de su padre.

¹²⁴ LV 2,1,28, Recesvinto. *Ut omne vinculum, quod post datum iniustum iudicium a causidicis fuerit exactum, habeatur invalidum*.- Además de la prohibición a la que se refiere la disposición aludida, puede verse la disposición de Egica acerca de las *covenantiae* que son condenadas en la LV 2,2,10, bajo la rúbrica: *De his, qui negotia sua iure principali iudicialiter incipiunt et postea inter se citra iudicium pacificare presumunt et ad convenientiam redire*.

¹²⁵ «*De negotiis causarum II*», 145.

¹²⁶ PETIT, C. *De negotiis causarum, II*» 146.

¹²⁷ *Ibidem*.

3.2. *Capítulos Gaudenzianos*¹²⁸

El texto legal citado es otra de las fuentes visigodas conocidas; se trata de catorce capítulos, conocidos como Capítulos o Fragmentos Gaudenzianos o de Holkham, cuya publicación inicial tuvo lugar en 1886¹²⁹. Por lo que respecta a nuestro tema, esto es el juez que sentencia de forma injusta, concretamente en FG 10¹³⁰ se mantiene la pena del *quadruplum*, pero no ya a favor del perjudicado, sino del Fisco; añadiendo además la indignidad para ser juez. El citado capítulo hace referencia a un *edictum* que, según D'Ors¹³¹, no puede ser otro que el Código de Eurico.

3.3. *Edicto de Teodorico*¹³²

En relación con el citado texto legal considera García Gallo¹³³ que «desde 1955, fecha del primer estudio de Vismara sobre este texto —hasta dos años antes aceptado unánimemente como el más característico del Derecho ostrogodo—, se hace indispensable tomarlo en consideración al tratar de las fuentes visigodas» y esta es la razón por la que incluimos el texto en cuestión dentro del apartado: regulación en el Derecho visigodo.

¹²⁸ Se cita por la ed. de ZEUMER en *Monumenta Germaniae Historica (Leges)*, vol. I (Hannover-Leipzig, 1902), 469-472.

¹²⁹ Sobre el particular, puede verse, GARCÍA GALLO, «Consideración crítica de los estudios sobre la legislación y la costumbre visigodas», en AHDE, 44 (1974), 351 y 382-3.

¹³⁰ En FG 10, se establece lo siguiente: *Si quis iudex voluntate sua iudicaverit, et edictum transgressus fuerit propter pecuniam et aliquem preiudicaverit, quadruplum, quantum acceperit, inferat fisco; et amplius iudex non sit. Quod si causam ipsam non preiudicaverit voluntarie, satis reducatur secundum edicti seriem.*

¹³¹ «El Código de Eurico», en Estudios Visigóticos II, 60 La sentencia injusta es una transgresión del *edictum* y, en caso de buena fe del juez, procede la restitución; se dice, *secundum edicti seriem*, lo que apunta al capítulo de CE correspondiente a LB 2,18, cf. D'ORS, *ibidem*.

¹³² Ed. FIRA, *Auctores (Florentiae)*, 1940).

¹³³ Cf. GARCÍA GALLO, A., «Consideración crítica de los estudios sobre la legislación y la costumbre visigodas», 390. RASI, P., «Sulla paternità del c.d. *Edictum Theodorici regis*», en *Archivio Giuridico*, 145 (1953), 105 ss., ha tratado de demostrar que el *Edictum Theodorici regis* no pudo ser obra del rey ostrogodo Teodorico el Grande. Por otra parte, VISMARA, G., «El *Edictum Theodorici*», en *Estudios visigóticos I*, (Roma-Madrid, 1956), 49-89, lo ha identificado con las leyes de Teodorico II, rey de los visigodos. En definitiva, nos encontramos con un texto de carácter legal, posterior al 458, cuyo lugar de redacción y autor no aparecen suficientemente documentados; si se acepta como buena la atribución a un rey Teodorico, en esas fechas de mediados del siglo V no podría ser otro que el II de los visigodos; si se retrasa a principios del siglo VI, podrían serlo el rey de los ostrogodos o el de los francos, cf. GARCÍA GALLO, A., «Consideración crítica de los estudios sobre la legislación y la costumbre visigodas», 395.

En el *Edictum* llamado de Teodorico¹³⁴ se contempla asimismo las actuaciones dolosas del juez que sentenciaba injustamente. Concretamente, en ETh I-4¹³⁵ se refiere a nuestro supuesto delictivo; en primer lugar, en ETh1, se distingue la condena *adversum caput innocens*, en cuyo caso, perdura la equiparación al homicidio (*capite puniatur*, establece el *Edictum*), de otros supuestos de daño patrimonial, en todos los cuales el delito se equipara a la *rapina*, y la pena es del *quadruplum*. Por otra parte, en el supuesto concreto contenido en ETh 2: *Iudex si pecuniam contra statum aut fortunas cuiuslibet ut sententiam proferret acceperit*, la condena en este supuesto es del *quadruplum* del dinero que *venalitatis studio accepit* según se establece en el texto del edicto.

4. Otros testimonios relativos a la conducta de los jueces en la época visigoda

En este apartado vamos a hacer mención precisamente a algunos testimonios de la obra isidoriana, donde en muchos de los pasajes de sus escritos se evocan las parcialidades, sobornos, etc. de los jueces. Concretamente la parte correspondiente a los jueces en Sentencias¹³⁶, «una de las más vinculadas a la realidad», en opinión de Diesner¹³⁷, presentan un modelo ideal de juez influido por las imágenes de la Biblia, mas informan también del peligro de juzgar a las personas *amicitiae favore, sive inimicitiarum odio...* cf. Isidoro, Sent. 3,53,1 y 3,54,7; otros párra-

¹³⁴ Se trata de un texto jurídico de extensión media —un prólogo, 154 capítulos y un epílogo—, sin división en libros o títulos, que presenta la materia sin un orden determinado, cf. la ed. FIRA. (*Florentiae*, 1940).

¹³⁵ ETh1: *Priore itaque loco statuimus, ut si iudex acceperit pecuniam, quatenus adversum caput innocens contra leges et iuris publici cauta iudicaret, capite puniatur. 2. Iudex si pecuniam contra statum aut fortunas cuiuslibet ut sententiam proferret, acceperit et ex hac re sub iusta fuerit examinatione conuictus, in quadruplum quod uenalitatis studio accepit, exsoluat, illi profuturum contra quem redemptus docebitur tulisse sententiam. 3. Iudex quod immerito prouincialibus rapuerit, amissa dignitate qua male usus est, in quadruplum reddat his duntaxat, quibus immerito constat ablatum: et si defunctus fuerit, ab eius heredibus haec poena poscatur. 4. Officium cuiuslibet iudicii, quod quid ultra quam iussum est exegerit, in quadruplum sub fustuarua poena cogatur exsoluere iis, quibus inclite monstrabuntur ablata.*

¹³⁶ En *Santos padres españoles*, II. Introducciones, versión y notas de: Julio CAMPOS RUIZ e Ismael ROCA MELIÁ en BAC (Madrid, 1971).

¹³⁷ DIESNER, Hans-Joachim, considera que el grado de feudalización de la sociedad hispanovisigoda impondría que un juez joven o de bajo rango contara con el patrocinio de algún poderoso, a veces del rey, por lo que las posibilidades de juzgar libremente debían ser excepcionales, cf. *Isidor von Sevilla und das westgotische Spanien*, (Berlín, 1977), 56 ss. del mismo autor: *Isidor von Sevilla und seiner Zeit* (Stuttgart, 1973) y asimismo, «Zeitsgeschichte und Gegenwartsbezug bei Isidor von Sevilla», en *Philologus*, 119 (1975), 92-97.

fos aluden asimismo al peligro de corrupción judicial por regalos de los poderosos (cf Sent. 3,54,4-5)¹³⁸; además, de la perversión del juicio: *timore, cupiditate, odio et amore*, según se dice en Sent. 3,54,7.

Asimismo, en *Synonima*¹³⁹, 1,6 ss., presenta Isidoro el alma torturada que se queja de ser un desamparado carente de protector y defensa, uno de los ingenuos que no siendo patrono ni cliente se encuentra aislado y expuesto a los ataques de los bandos que dividen a los pueblos, acusado de crímenes que ignoraba por falsos testigos y crueles jueces que en su contra sentencian; inocente, ha de sufrir condenas a muerte o a destierro...: hay una evocación a las parcialidades cometidas por unos jueces envueltos en vínculos de patrocinio y de esta forma los que padecen sus actuaciones sufren los efectos de la *amicitia*, del *timor* o del *metus potestatis* sobre los encargados de la justicia.

5. Gastos del proceso

Finalmente, en relación con este punto, hay que destacar que algunas disposiciones de la ley de los visigodos hacen alusión a la citada materia: así, concretamente, una disposición de Chindasvinto sobre tortura servil, en LV 6,1,5¹⁴⁰. Asimismo, la edición de Ervigio a la disposición contenida en la LV 2,1,26, que bajo la rúbrica: *De commodis atque damnis iudicis vel saionis*¹⁴¹, se refiere precisamente al supuesto particular de la partición de la herencia¹⁴².

¹³⁸ Entre otras cosas, se establece: *...plus enim obtinet mentem censoris amor lucri uam aequitas iudicii*.

¹³⁹ *Synonima sive de lamentatione animae peccatricis*, ed. J. P. Migne, PL, 83, cols. 825-868.

¹⁴⁰ LV 6,1,5, Chindasvinto: «... *Si autem dolo servum alienum quispiam subdendum questioni intenderit, et dominus servi, qui accusatur, per probationem eum potuerit de obiecto crimine reddere innocentem, accusator eius alium parís meriti servum accusati domino cogatur exolvere, et dispendium, quod dominus eius in adprobationem innocentis servi pertulerit, prou rationabiliter iudex reddi perpenderit, ab iniusto accusatore exactum domino servi restituatur*. Acerca de la citada ley, como dice PETIT, C., «*De Negotiis Caesarum II*», 139, habrá que discernir si se trata de una simple reparación del daño causado o bien, propiamente, de un gasto procesal.

¹⁴¹ En la disposición mencionada, edición de Ervigio se establece, entre otras cosas: *Cognovimus multos iudices eo, quod, per cupiditatis occasionem supergredientes legum ordinem, ex causis tertiam sibi presumant tollere partem...*

¹⁴² A esta temática se refiere LALINDE ABADIA, J., «Los gastos del proceso en el derecho visigodo», en *Studi in onore di E. Volterra*, vol. V (Milano, 1971), 99-120.

**EL DEBER DE COLABORACION
CON LA ADMINISTRACION EN EL AMBITO
DE LA SEGURIDAD VIAL (artículo 72.3 LTSV).
A VUELTAS CON SU DISCUTIBLE
CONSTITUCIONALIDAD***

Javier Oraá González

Magistrado. Sala de lo Contencioso Administrativo
Tribunal Superior de Justicia. Castilla-León

I

Es y ha sido siempre un tópico el de la soledad del juez, fundamentalmente en el momento de dictar sentencia. Al hacerse tal afirmación se olvida que las cosas no son siempre así y que, desde luego, no lo son en los órganos judiciales colegiados, en los que se comparte mucho más de lo que pudiera parecer desde fuera. Dado que son muchas las horas de trabajo en común y que en no pocos casos son coincidentes las inquietudes profesionales o las preocupaciones del quehacer cotidiano, a nadie puede extrañar que entre los componentes de un Tribunal surjan fuertes lazos de amistad. En algunas ocasiones, además, alguno de ellos sabe granjearse el respeto y la admiración del resto, por lo que resulta enormemente satisfactorio el trabajo diario y, dentro del mismo, la llamada deliberación, esto es, esa reunión en la que los magistrados integrantes de un órgano colegiado intercambian pareceres sobre los asuntos sometidos a su consideración y tratan así de resolverlos de la mejor manera posible.

Casi dos años y medio compartí con José María Lidón esas deliberaciones y debo decir que desde la primera a la última fueron todas un placer. Siempre se ha destacado que es una suerte poder trabajar en lo que te gusta y evidentemente lo es mucho más hacerlo con amigos, so-

* El presente trabajo está dedicado a la memoria de José María Lidón, Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Deusto y Magistrado de la Audiencia Provincial de Vizcaya, a cuyo homenaje se suma.

bre todo si como es el caso tienes la fortuna de aprender de ellos. Aparte de una persona afable, algo por todos conocido, José Mari era un estu-
pendo compañero y una persona con una clara vocación pedagógica, lo
que sin duda es siempre enriquecedor para los demás. Con ese recuerdo
y con la enorme tristeza que me produce su ausencia, quiero abordar en
las líneas que siguen, en cariñoso homenaje, una cuestión que me hu-
biera gustado deliberar con José Mari y hacerlo con ese planteamiento
informal que utilicé en muchas deliberaciones y al que, por desgracia,
faltará el contrapunto teórico lleno de sensatez que él siempre aportaba.

II

El artículo 72.3 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a
Motor y Seguridad Vial (en adelante LTSV) impone una sanción de
multa, en concreto de 301 euros, al titular del vehículo que, debidamente
requerido para ello, incumpla sin causa justificada el deber de identificar
al conductor del mismo presunto responsable de una infracción de tráfico
—lo de presunto lo digo yo, no el precepto legal—. Aun cuando el Tri-
bunal Constitucional desestimó distintas cuestiones de inconstitucionalidad
planteadas en relación con dicho artículo (SSTC 197/1995, de 21 de
diciembre y 7/1996, de 18 de enero), no por ello han quedado despejadas
todas las dudas que genera la infracción en él contenida, que de algún
modo han «recobrado» actualidad tras la Ley 19/2001, de 19 de diciem-
bre, de reforma del texto articulado de la Ley sobre Tráfico aprobado por
Real Decreto legislativo 339/1990, de 2 de marzo.

En efecto, hay que comenzar recordando que la Ley 19/2001 ha
modificado el propio artículo 72.3 LTSV (le ha añadido un segundo
párrafo y ha establecido una pena única, la multa de las faltas graves en
su máxima cuantía) y que también ha dado nueva redacción a otros pre-
ceptos que claramente inciden en aquél, en particular a los artículos 77
y 81 LTSV, de suerte que al momento actual el plazo de prescripción de
la infracción de que aquí se trata ha pasado a ser el de seis meses y,
más importante aún, lo que hasta ahora era norma general —la obliga-
ción de notificar en el acto las denuncias formuladas por los agentes de
la autoridad— ha dejado de facto de serlo, pues son tantas las excep-
ciones, y tan importantes cuantitativamente hablando, que no va a ser
extraño que se multipliquen los supuestos en que la notificación de la
denuncia se efectúe en un momento posterior, circunstancia que ha de
ser puesta en relación con el dato incuestionable de exigir el artículo
72.3 LTSV, como punto de partida, que no haya sido identificado el
conductor al que se imputa una infracción de tráfico.

III

Llegados a este punto y centrados en la cuestión que aquí importa, es decir, cuál es la conducta constitutiva de infracción, entiendo que cabe distinguir diversas hipótesis, que se aprecian mejor si se parte de un ejemplo práctico, como puede ser el de un exceso de velocidad conocido a través de medios de captación y reproducción de imágenes. Habida cuenta que en dicho supuesto ya no es obligada la notificación de la denuncia en el acto (artículo 77.1.3 LTSV), atenuándose así el rigor exigido para la validez de las denuncias por el artículo 10.2 del Reglamento del procedimiento sancionador en materia de tráfico, bien va a poder suceder que el dueño del vehículo al que se imputa dicha infracción sea requerido para que identifique al conductor el día y hora en el que supuestamente fue cometida la misma. En esta situación y como primera posibilidad, es perfectamente posible que el requerimiento se produzca transcurrido un período de tiempo lo suficientemente largo como para no recordar quién era el conductor. Efectivamente, aunque tiene declarado el Tribunal Constitucional que el propietario de un vehículo «debe conocer en todo momento quién lo conduce» (STC 154/1994, de 23 de mayo), no debe desconectarse tal obligación de las concretas circunstancias de cada caso, de manera que podrá y deberá ser «causa justificada» para incumplir aquélla el simple hecho, razonado y razonable, de desconocerse quién era el conductor. Piénsese, a este respecto, que puede recibirse un requerimiento de identificación no ya casi seis meses después de producirse la supuesta infracción sino incluso más tarde, lo que evidentemente dificulta las posibilidades de cumplirlo en debida forma. En efecto, en la medida en que el plazo de prescripción se interrumpe por cualquier actuación administrativa encaminada a averiguar la identidad o domicilio del denunciado y que, entonces, sólo se reanuda aquél una vez paralizado el procedimiento durante un mes, no es descabellado pensar en que, con un plazo prescriptivo de seis meses, el requerimiento a que alude el artículo 72.3 LTSV podría realizarse incluso excedido ese período. En estas condiciones y en la hipótesis relativamente frecuente de que un mismo vehículo sea conducido por varias personas, cabe preguntarse cuántos propietarios son capaces de recordar quién en concreto lo conducía meses atrás (o por ejemplo quién lo aparcó en una calle cualquiera de una gran ciudad sin el ticket correspondiente), sin que por consiguiente quepa interpretar la manifestación de ignorancia como proceder inequívocamente constitutivo de infracción.

Frente a la hipótesis anterior, cabe pensar en otra en la que la actuación administrativa sea rápida y diligente y el requerimiento se haga en tiempo próximo al momento de la infracción, teóricamente suficiente

para poder exigir el cumplimiento del deber legal de colaboración. En este segundo supuesto, a su vez, ha de distinguirse el caso en que el propio dueño sea el conductor de aquél otro en el que el conductor es un tercero. En el primero, esto es, cuando coinciden en una misma persona la condición de propietario y de conductor, es cuando menos discutible si la misma se ve o no compelida, en virtud del mandato legal, a hacer una declaración de marcado carácter autoincriminatorio. Si bien es cierto que la jurisprudencia constitucional ha respondido en sentido negativo al interrogante anterior, rechazando por tanto que exista vulneración del derecho a no declarar contra sí mismo (artículo 24.2 CE), no lo es menos que para afirmar tal se ha visto obligada a —por utilizar la expresión empleada en el Voto particular de los Magistrados Sres. Gimeno Sendra y Mendizábal Allende— «modificar el contenido de la norma, haciéndole decir lo que no dice». En efecto, según el criterio mayoritario del Tribunal Constitucional, lo que se pide al titular del vehículo es únicamente que identifique a la persona contra la que se dirigirá el procedimiento sancionador, de donde deduce que aquél no viene obligado ni a efectuar declaración alguna sobre la infracción ni a autoinculparse de la misma. Al razonar de esta manera, sin embargo, obvia el Tribunal Constitucional que el precepto se refiere expresamente al deber del titular del vehículo de «identificar al conductor responsable de la infracción» (téngase presente que la Ley 19/2001 ha mantenido esa parte del precepto en idénticos términos, sin corregir por tanto lo que la STC 197/1995 calificaba de redacción técnicamente desafortunada) y, mucho más relevante, que en la práctica las cosas no son exactamente como dice aquél. A este respecto, la tesis del Tribunal Constitucional, impecable en términos abstractos, es que al dueño del vehículo sólo se le requiere para que preste su colaboración en la tarea inicial de identificar al conductor del mismo en la fecha y hora en que se formuló la denuncia, correspondiendo a la Administración, una vez tramitado el oportuno expediente con todas las garantías constitucionales y legales, establecer si la persona identificada es o no responsable. Ocurre, sin embargo, que en el ámbito de que se trata y por disponerlo así el artículo 76 LTSV, las denuncias efectuadas por los Agentes de la Autoridad encargados de la vigilancia del tráfico hacen fe, salvo prueba en contrario, respecto de los hechos denunciados, por lo que una vez identificado el conductor, y singularmente si coincide con el propietario (de ser un tercero siempre podría negar los hechos), las posibilidades de no ser sancionado son ciertamente escasas. En efecto, a salvo los contados supuestos en que falta la acreditación del correcto funcionamiento del cinemómetro empleado, difícilmente cabe prueba en contra del exceso de velocidad denunciado, sin que a nadie escape que en la práctica de los juzgados y tribunales,

respecto de hechos de esa naturaleza y con la salvedad expresada, sólo prosperan los recursos por motivos estrictamente formales (irregularidades procedimentales, prescripción de la acción,...).

Como segunda alternativa de la hipótesis hasta ahora examinada, ha de considerarse el caso de que el conductor del vehículo al que se imputa la infracción sea alguien distinto del propietario del mismo, por regla general una persona de su entorno familiar o de su círculo de allegados, supuesto que no ha sido contemplado específicamente por el Tribunal Constitucional al resolver las cuestiones de inconstitucionalidad del artículo 72.3 LSTV, pues la Salas promotoras no llegaron a objetar la existencia, con carácter general, del deber de colaboración impuesto a los titulares de vehículos por dicho precepto, que desarrolla la base 8.6 de la Ley 18/1989, de 25 de julio, de Bases sobre Tráfico y Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, que establece «un especial deber de diligencia del titular del vehículo que le obligará a conocer y facilitar a la Administración todos los datos necesarios para identificar al conductor, cuando se hubiere producido una infracción, al objeto de poder dirigir contra éste el correspondiente procedimiento sancionador». A mi juicio, sin embargo, tampoco en este supuesto el artículo en cuestión está exento de problemas y ello por más que el mismo obedezca a la loable finalidad de que las infracciones de tráfico no queden impunes. Efectivamente, lo primero que hay que decir es que es discutible que el mantenimiento de la seguridad de la circulación vial legitime la imposición de un deber de colaboración que va mucho más allá de lo que se considera admisible cuando de la comisión de delitos se trata y cuando, en consecuencia, los intereses o bienes jurídicos en riesgo son de mayor entidad. Basta, a este respecto, con remitirse a la regulación que del encubrimiento hace el vigente Código Penal y en especial con reparar en los límites que se establecen para la conducta prevista en el artículo 451.3 —sólo es típica respecto de delitos muy concretos, y graves, la ayuda a los presuntos responsables de un delito a eludir la investigación de la autoridad o de sus agentes—, de la que en cualquier caso no podrán ser autoras el círculo de personas contemplado en el artículo 454 C.P.

Pero es que además y en segundo término, no cabe separar las dos posibles opciones —que el propietario coincida o no con el conductor— como si nada tuvieran que ver o como si el ejercicio de una de ellas nada informe o prejuzgue sobre la otra. En efecto, dado que tanto el silencio del titular del vehículo como su alegación de ignorancia comportan la comisión de la falta grave prevista en el artículo 72.3 LSTV, el dueño que resulte finalmente conductor del mismo sólo puede actuar eficazmente su derecho constitucional a no confesarse culpable por la vía de identificar falsamente como conductor a una tercera per-

sona, proceder que no debe venir amparado por el Derecho, que de ninguna manera puede propiciar que la mentira sea el único mecanismo que salvaguarda un derecho fundamental. Mas por si no fuera suficiente, conviene no olvidar que tampoco en los casos en que el conductor sea alguien distinto del titular y ofrezca éste sus datos precisos de identificación se cumple la finalidad perseguida, la mayor seguridad del tráfico viario, afirmación que se hace a la vista de que nada impide que, en el procedimiento seguido contra él, aquél alegue en su descargo cuanto estime oportuno y en concreto que no es el autor de la infracción denunciada. De ser así, parece claro que la Administración no podría ni sancionar a ese supuesto conductor, que obviamente goza a su favor del derecho a la presunción de inocencia, ni tampoco multar al titular del vehículo por incumplir el deber de colaboración, pues de hecho ofreció datos precisos sobre quién conducía el día de la denuncia y no cabe exigirle que pruebe lo que la propia Administración, que venía obligado a ello, no ha sido capaz de probar, sin que haya medio alguno de saber, en definitiva, si al identificar miente o no, duda que en ningún caso puede ser resuelta en contra suya.

IV

Con las consideraciones que han sido hechas hasta ahora, he tratado de apuntar algunas de las dudas que a mi juicio suscita la pervivencia en nuestro Derecho, como infracción autónoma, del incumplimiento del deber de colaboración establecido en el artículo 72.3 LTSV. De hecho, y aunque la nueva regulación legal ya vigente vaya a multiplicar el número de procedimientos seguidos por tal causa, mi opinión es por lo menos claramente restrictiva en orden a la posibilidad de sancionar en base a dicho precepto, a cuyo fin entiendo que la cláusula legal «sin causa justificada» debe ser interpretada, en contra de lo que sucede hasta la fecha (en que parece haberse limitado a los supuestos en que se hubiese producido la sustracción del vehículo por parte de un tercero), de manera tal que tengan cabida en ella tanto los casos en que cualesquiera que sean las razones media un período de tiempo excesivamente largo entre la infracción y el requerimiento —el propio Tribunal Constitucional, en su sentencia 197/1995, ha declarado que entre las obligaciones del propietario de un automóvil está la de saber, «dentro de lo razonablemente posible», la persona que lo maneja, en cada momento— como aquellos otros en que coincidan dueño y conductor, hipótesis esta en la que, de no ser así, podría verse seriamente comprometido el derecho constitucional a no declarar contra sí mismo. Ade-

más, estimo que debe quedar claro que realizada de forma precisa la identificación del conductor ya no puede entrar en juego la infracción examinada y ello con independencia de que el identificado sea o no finalmente sancionado como responsable de la infracción inicial.

En estas condiciones, quedarían tan notablemente reducidas las posibilidades de aplicar el precepto en cuestión (tal vez cuando la identificación no es verdaderamente tal por los términos genéricos o imprecisos en que se produce o cuando los datos facilitados sean irreales o puramente ficticios) que no resulta irrazonable postular que se reconsidere su existencia misma, máxime si se tiene en cuenta que no está claro que cumpla la finalidad que parece perseguir, esto es, que contribuya efectivamente al mantenimiento de la seguridad de la circulación vial. De todas formas y a este respecto, se juzga positivo reproducir aquí, para terminar, lo que señalaba el Fiscal General del Estado en el trámite de alegaciones de las cuestiones de inconstitucionalidad resueltas por la STC 61/1997, en el que recordaba que «ordinariamente deben ser los poderes públicos quienes aporten las pruebas suficientes para castigar las infracciones, aunque ello les suponga un plus de dedicación y de medios» y, asimismo, que «si los Agentes de la Autoridad no son suficientes para efectuar tal notificación personal (se refiere a la de la denuncia en el acto, lo que zanja cualquier cuestión sobre la autoría), puede pensarse en que la Administración debe dedicar más personal o buscar otras soluciones, pero no intentar una autoinculpación, que no se compadece con las garantías del procedimiento sancionador».

V

Otros muchos son los aspectos problemáticos que ofrece el artículo 72.3 LTSV —*dies a quo* en el cómputo del plazo prescriptivo, cuál sea el grado de prueba exigible respecto de la infracción inicial, los efectos sobre el principio de proporcionalidad del establecimiento de una sanción fija y única o la posibilidad de que ésta exceda de la prevista para la infracción encubierta¹— pero el expuesto es sin duda el que más incide en el núcleo de la conducta tipificada y el que, por ello, más necesitado habría estado del sentido común y de la finura jurídica de que hacía gala José María Lidón, al que con esa mezcla de afecto y admiración que siempre he tenido por él dedico estas reflexiones.

¹ Evidentes razones de espacio impiden abordarlos aquí pero son objeto de otro trabajo, pendiente todavía de publicación.

PAREJAS DE HECHO Y CONFLICTOS DE LEYES INTERNOS

María Aurora Ruiz Ferreiro

Magistrada

Juzgado de Instrucción N.º 2 de Pamplona

Sumario: I. Introducción. A. Planteamiento del Trabajo de investigación. B. Precisiones terminológicas. II. Las leyes autonómicas sobre parejas de hecho. Examen del problema de su ámbito de aplicación. A. Breve descripción general de las leyes autonómicas sobre parejas de hecho. B. Regulación contenida en las leyes autonómicas sobre uniones de hecho respecto de su ámbito de aplicación. Examen de las distintas soluciones. III. Consideraciones generales sobre las parejas de hecho y el conflicto de leyes. A. Introducción. B. Posibles soluciones para determinar la ley aplicable a las parejas de hecho. IV. Problemas constitucionales que pueden plantear desde la perspectiva de los conflictos internos las leyes autonómicas sobre parejas de hecho. A. Introducción. Delimitación de la problemática. La experiencia derivada de la Ley navarra para la igualdad jurídica de las parejas estables. B. La competencia de las comunidades autónomas para legislar sobre uniones estables de pareja. C. El problema de «las normas para resolver los conflictos de leyes» contenidas en las leyes autonómicas sobre parejas de hecho. V. Conclusiones. Bibliografía.

I. Introducción

A. *Planteamiento del trabajo de investigación*

Desde hace unos años distintas Comunidades Autónomas han emprendido la tarea de dictar leyes autonómicas para regular la situación jurídica de las parejas de hecho, también denominadas como uniones de hecho, parejas no casadas, parejas estables, etc. Así se han dictado, por el momento, en Cataluña la Ley 10/1998, de 15 de junio, de uniones estables de parejas¹, en Aragón la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas², en Navarra la Ley Foral 6/2000,

¹ DOGC de 23 de julio de 1998.

² BOA de 6 de abril de 1999.

de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables³, en Valencia la Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho⁴, en la Comunidad Autónoma de Madrid la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho⁵, en las Islas Baleares la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables⁶ y en el Principado de Asturias la ley 4/2002, de 23 de mayo, de parejas estables⁷. Además, otras Comunidades Autónomas (País Vasco, Andalucía, Canarias, etc.) están trabajando en la materia y es previsible que en un futuro no muy lejano dispongan de sus propias leyes autonómicas sobre uniones de hecho. También parece que algunas Comunidades (por ejemplo: Madrid) se aprestan a reformar la legislación de la que ya disponen en este campo.

La finalidad de este trabajo no es realizar un estudio del contenido material y sustantivo de las citadas disposiciones, lo cual sería interesantísimo puesto que además de las cuestiones jurídicas habría que abordar aspectos de muy diversa índole, como son entre otros, los sociológicos, los éticos o los morales. Sin embargo, se ha optado por estudiar una cuestión concreta que es la referente a los problemas que suscitan las disposiciones autonómicas sobre parejas de hecho desde el punto de vista de los conflictos de leyes internos. Especialmente abordando dos interrogantes; el primero sería el referente a dilucidar si las Comunidades Autónomas tienen competencia para legislar en materia de parejas de hecho; el segundo se centraría en lo puramente conflictual, abordando cuál es o debe ser el ámbito de aplicación de cada una de estas leyes y si son admisibles, y hasta qué punto, las disposiciones que se contienen en algunas de ellas para determinar su ámbito de aplicación.

La elección de este tema se debe a su indudable actualidad, puesto que actualmente está planteado ante el Tribunal Constitucional el recurso de inconstitucionalidad 5297/2000 contra la mayor parte del articulado de la Ley Foral de Navarra para la igualdad de las parejas estables y el recurso se centra fundamentalmente en los problemas que van a ser objeto de tratamiento en este estudio. Dándose además la situación paradójica de que ante disposiciones similares de otras Comunidades Autónomas no se ha planteado ningún recurso. Por otro lado, los aspectos conflictuales de la citada Ley navarra recientemente han sido objeto de alguna interesante decisión de los Tribunales.

³ *BON* de 7 de julio de 2000. J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, «Las uniones libres en la Ley Foral Navarra de Parejas Estables», *Actualidad Civil*, N.º 17, de 23 al 29 de abril de 2001.

⁴ *DOGV* de 11 de abril de 2001.

⁵ *BOCM* de 3 de enero de 2002.

⁶ *BOE* de 16 de enero de 2002.

⁷ www.fundaciontriangulo.es/familia/e_LeyParejasAsturias.htm

B. *Precisiones terminológicas*

No es fácil definir qué es una pareja de hecho o una unión estable⁸. Las distintas leyes autonómicas ofrecen definiciones más o menos afortunadas, en las que el concepto viene acompañado de requisitos formales (por ejemplo: inscripción en un determinado registro) o temporales (el transcurso de un cierto período de tiempo), que más bien son elementos para acreditar la existencia de la relación.

Pero para precisar la realidad a la que nos referimos podemos recordar que la Ley catalana en su Preámbulo dice que:

«... al margen del matrimonio, la sociedad catalana de hoy presenta otras formas de unión en convivencia de carácter estable, las unas formadas por parejas heterosexuales que, pudiendo contraer matrimonio, se abstienen de hacerlo, y aquellas otras integradas por personas del mismo sexo, que constitucionalmente tienen vedado el paso a aquella institución».

Por su parte, el artículo 3.1 de la Ley 6/1999 de Aragón afirma que:

«Se considera que hay pareja estable no casada cuando se haya producido la convivencia marital durante un período ininterrumpido de dos años, como mínimo, o se haya manifestado la voluntad de constituir la mediante escritura pública».

Además, el artículo 1 de la misma Ley dice que dicha norma se aplicará

«... a las personas mayores de edad que, ..., formen parte de una pareja estable no casada en la que exista relación de afectividad análoga a la conyugal».

Más explícito es el artículo 2.1 de la Ley Foral de Navarra 6/2000 que sostiene que:

«... se considera pareja estable la unión libre y pública, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su orienta-

⁸ E. PÉREZ VERA, «Las parejas de hecho desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado español», en: A. L. CALVO CARAVACA / J. L. IRIARTE ANGEL (eds.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, 2000, pp. 134 y ss. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «Las uniones de hecho: Derecho aplicable», *Actualidad Civil*, LVI, 1999. T. CERVERA SOTO, «Breves reflexiones sobre la regulación jurídica de las uniones no matrimoniales», *Revista de Derecho Privado*, mayo-junio, 2000, pp. 211-220. M. MARTÍN CASALS, «Informe de Derecho comparado sobre la regulación de las parejas de hecho», *Anuario de Derecho Civil*, XLVIII, octubre-diciembre, 1995, pp. 1709-1808.

ción sexual, de dos personas mayores de edad o menores emancipadas sin vínculo de parentesco por consanguinidad o adopción en línea recta o colateral hasta el segundo grado, siempre que ninguna de ellas esté unida por un vínculo matrimonial o forme pareja estable con otra persona».

En muy parecidos términos se expresa el artículo 3 de la Ley de Asturias. Sin embargo, el artículo 1.1 de la Ley de la Comunidad Autónoma de Madrid, al definir su ámbito de aplicación, dice que:

«... será de aplicación a las personas que convivan en pareja, de forma libre, pública y notoria, vinculadas de forma estable, al menos durante un período ininterrumpido de doce meses, existiendo una relación de afectividad, siempre que voluntariamente decidan someterse a la misma mediante la inscripción de la unión en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid».

De todo esto, y sin necesidad de ser exhaustivos, vemos que el concepto de pareja de hecho no es exactamente coincidente en todas las leyes autonómicas, por consiguiente en cada una de ellas hay que operar con el concepto que la misma propone.

II. Las leyes autonómicas sobre parejas de hecho.

Examen del problema de su ámbito de aplicación

A. Breve descripción general de las leyes autonómicas sobre parejas de hecho

Ya hemos dicho anteriormente que el objeto de este trabajo no es estudiar el contenido sustantivo de las leyes autonómicas sobre parejas de hecho, sin embargo, es necesario hacer una breve descripción del mismo para poner de relieve que las citadas leyes son en líneas generales bastante distintas entre sí, por lo que no es indiferente que en un concreto caso se aplique una u otra, porque los resultados materiales van a ser sensiblemente diferentes dependiendo de la legislación que se aplique.

En el apartado anterior hemos visto que las distintas leyes autonómicas no comparten el concepto de pareja estable no casada. Pero además, mientras unas (por ejemplo: la de Cataluña) dan un tratamiento diferenciado a la unión heterosexual y a la homosexual, otras, así la de Navarra o la de Asturias, las confieren un tratamiento unificado o asimilado, y también existen leyes, como la de Madrid o la de Valencia, que prescinden de cualquier referencia a la tendencia sexual en su articulado, aunque en sus respectivos Preámbulos parecen referirse a todo tipo de uniones.

Por lo que se refiere a la regulación que de las parejas de hecho ofrecen las distintas leyes autonómicas también nos encontramos con sensibles diferencias. Unas leyes, por ejemplo la madrileña o la valenciana, se han inclinado por una solución minimalista, centrada sustancialmente en el establecimiento y funcionamiento de un Registro de Uniones de Hecho⁹, y se remiten a un posterior desarrollo reglamentario. Otras leyes, por el contrario, son más ambiciosas y han entrado en una reglamentación concreta del contenido de la relación de pareja, pero también en este caso las diferencias son notables, puesto que algunas leyes —la de Cataluña, la de Navarra— regulan muchos aspectos (responsabilidad patrimonial, adopción, ejercicio de acciones y derechos, guarda y régimen de visita de los hijos, régimen sucesorio, fiscal y de Derecho Público) otras son más parcas —la balear, la aragonesa— y sólo regulan algunos de los citados aspectos. Además, como ya hemos señalado anteriormente, en su reglamentación las leyes autonómicas difieren en cuanto a la consideración de la pareja homosexual.

De este rapidísimo repaso me importa llegar a una conclusión: la resolución del conflicto de leyes entre las distintas leyes autonómicas sobre parejas estables no casadas es muy importante porque las mismas ofrecen reglamentaciones materiales sensiblemente diferentes.

B. *Regulación contenida en las leyes autonómicas sobre uniones de hecho respecto de su ámbito de aplicación. Examen de las distintas soluciones*

También en este punto los legisladores autonómicos han demostrado una gran imaginación para llegar a soluciones diferentes. Dejando al margen la ley aragonesa, que guarda silencio al respecto, las otras leyes contienen distintas disposiciones para regular su ámbito de aplicación *ratione personae*, es decir, bajo qué condiciones y a qué personas y en qué casos se aplican.

⁹ Estas Leyes parecen tributarias del fenómeno que desde hace más de una década se ha extendido por diversos ayuntamientos, que es el de los llamados registros municipales de parejas de hecho. C. VILLAGRASA ALCALDE, «Los registros municipales de uniones civiles», en: J. J. MARTINELL / M. T. ARECES PIÑOL (eds.), *Uniones de hecho*, Lleida, 1998, pp. 515 y ss. M. R. VALPUESTA FERNÁNDEZ, «La institucionalización jurídica de la pareja. Registros de pareja de hecho», en: M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ (coord.), *Las uniones de hecho*, Cádiz, 1995, pp. 47 y ss. J. MORENO VERDEJO, «Algunas reflexiones sobre los registros municipales de uniones civiles no matrimoniales», *Revista General de Derecho*, LI, N.º 603, diciembre 1994, pp. 12543-12549. N. COMTE GUILLEMET, «Las parejas no casadas ante el DIPr», en: A. L. CALVO CARAVACA / J. L. IRIARTE ANGEL (eds.), *Mundialización y familia*, Madrid, 2001, pp. 306 y ss.

La Ley de Cataluña en sus artículos 1.1, respecto de las parejas heterosexuales, y 20.2, en cuanto a las parejas homosexuales, condiciona su aplicación a que:

«... como mínimo uno de los dos miembros de la pareja debe tener vecindad civil en Cataluña»¹⁰.

Una solución parecida ha inspirado a la Ley Foral de Navarra, que en su artículo 2.3 determina que:

«Las disposiciones de la presente Ley Foral se aplicarán a las parejas estables cuando, al menos, uno de sus miembros tenga la vecindad civil navarra»¹¹.

Sin embargo, muy distinto es el criterio de la Ley de la Comunidad de Madrid, que en su artículo 1.2 afirma que:

«Esta Ley únicamente será de aplicación a aquellas uniones de hecho en las que, al menos, uno de los miembros se halle empadronado y tenga su residencia en la Comunidad de Madrid».

Lo cual hay que poner en relación con el párrafo 2 del mismo artículo cuando dice que:

«La presente Ley será de aplicación a las personas que convivan en pareja ... siempre que voluntariamente decidan someterse a la misma mediante la inscripción de la unión en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid».

En una línea relativamente parecida se inscribe la Ley del País valenciano, que en su artículo 1.1 ordena que:

«La presente ley será de aplicación a las personas que convivan en pareja ... siempre que voluntariamente decidan someterse a la misma

¹⁰ N. BOUZA I VIDAL, «Llei 10/1998, de 15 de julio, d'unions estables de parella. Art. 1», en: J. EGEA I FERNÁNDEZ / J. FERRER I RIBA (dirs.), *Comentaris al Codi de família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mutua*, Madrid, 2000, pp. 1141-1159. M. E. GINEBRA MOLINS, «Algunas notas sobre la referencia a la vecindad civil en los arts. 1.1 final y 20.2 de la Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, d'unions de parella», *Conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho civil vasco*, Bilbao, 1999, pp. 427-436.

¹¹ N. GOÑI URRIZA, «La Ley navarra para la igualdad jurídica de las parejas estables», en: A. L. CALVO CARAVACA / J. L. IRIARTE ANGEL (eds.), *Mundialización y familia*, Madrid, 2001, pp. 375-383.

mediante la inscripción de la unión en el Registro Administrativo de Uniones de Hecho de la Comunidad Valenciana».

El párrafo 2 precisa que:

«La inscripción en dicho registro tendrá carácter constitutivo».

Finalmente el párrafo 3 añade la condición de que:

«Esta ley únicamente será de aplicación a aquellas uniones de hecho en las que, al menos, uno de los miembros se halle empadronado en la Comunidad Valenciana».

El Legislador de las Islas Baleares se ha inclinado por una complicada acumulación de requisitos. El artículo 1.2 de su Ley de Parejas Estables determina que:

«Para que les sea de aplicación esta Ley, los miembros de la pareja tendrán que ... inscribirse voluntariamente en el Registro de Parejas Estables de las Illes Balears. La inscripción en este registro tiene carácter constitutivo».

Pero además en el artículo 2.2 se añade que:

«Para poder acogerse a esta Ley, como mínimo uno de los dos miembros ha de tener la vecindad civil en las Illes Balears y se exige la sumisión expresa de ambos al régimen establecido por ésta».

Por su parte el artículo 2 de la Ley del Principado de Asturias establece que:

«Las disposiciones de la presente Ley se aplicarán a las parejas estables cuyos miembros estén empadronados en cualesquiera de los concejos de Asturias».

Asombra la cantidad de soluciones distintas por las que se han inclinado los diferentes legisladores autonómicos. Es muy difícil discernir por qué causas se han inclinado por una solución u otra o por el silencio, puesto que los Preámbulos o Exposiciones de Motivos de las diferentes disposiciones no aportan datos al respecto. Además, esta pluralidad de criterios para definir el ámbito de aplicación de cada Ley autonómica puede llevar a un resultado de notable complejidad, que es el de que una misma situación puede quedar sometida a una Ley distinta dependiendo desde cuál de ellas abordemos el problema. Por

ejemplo: si una persona con vecindad civil catalana mantiene una unión estable de pareja con otra persona de vecindad civil navarra y resulta que viven en Madrid, donde están empadronados y tienen su residencia y además se inscriben en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, la consecuencia es que desde el punto de vista del Derecho Catalán habría que aplicar la Ley de Cataluña, desde la perspectiva del Derecho Foral navarro habría que acudir a la Ley Foral para la igualdad de las parejas estables y desde la óptica del Derecho madrileño habría que aplicar su Ley de uniones de hecho.

III. Consideraciones generales sobre las parejas de hecho y el conflicto de leyes

A. Introducción

El Derecho Internacional Privado español carece de una norma específica para determinar la ley aplicable a las parejas de hecho. Como ya sabemos, únicamente disponemos de las normas que en la mayor parte de las Leyes autonómicas sobre uniones estables no matrimoniales precisan su propio ámbito de aplicación *ratione personae*. Ante esta situación, en este apartado vamos a tratar de discernir, a la luz de la doctrina y el Derecho comparado¹², cuáles son en abstracto las mejores soluciones para hacer frente al problema de las parejas de hecho y el conflicto de leyes.

Antes de seguir y para evitar confusiones es necesario distinguir entre las parejas de hecho y los matrimonios informales o no ceremoniales¹³. En efecto, como señala Iriarte Angel¹⁴, en el Derecho compa-

¹² E. PÉREZ VERA, «Las parejas ...», pp. 131 y ss. N. COMTE GUILLEMET, «Las parejas ...», pp. 295 y ss. I. LÁZARO GONZÁLEZ, *Las uniones de hecho en Derecho Internacional Privado español*, Madrid, 1999. J. M. FONTANELLAS, «Les noves perspectives per una regulació de les unions de fet en el Dret internacional privat espanyol», en: J. M. MARTINELL / M. T. ARECES PIÑOLL (eds.), *XI Jornades Jurídiques. Uniones de hecho*, Lérida, 1998, pp. 236 y ss. S. SÁNCHEZ LORENZO, «Las parejas no casadas ante el Derecho internacional privado», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1989, pp. 487 y ss. C. E. DE ABREU BOUCAULT, «Parejas de hecho y su disolución (unión estable) en el nuevo Derecho de familia: cambios en el Derecho Internacional Privado brasileño», en: A. L. CALVO CARAVACA / J. L. IRIARTE ANGEL (eds.), *Mundialización y familia*, Madrid, 2001, pp. 177 y ss. B. L. CARRILLO CARRILLO, «Ley aplicable a las parejas de hecho en Derecho Internacional Privado español», en: A. L. CALVO CARAVACA / J. L. IRIARTE ANGEL (eds.), *Mundialización y familia*, Madrid, 2001, pp. 385 y ss.

¹³ L. PALSSON, «Marriage and Divorce», *IECL*, vol. III, cap. 16, pp. 30-33.

¹⁴ J. L. IRIARTE ANGEL, «Celebración del matrimonio», en: A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, 3.^a ed., Granada, 2002, vol. II, p. 69.

rado existen ordenamientos (especialmente algunos Estados de Estados Unidos de América y al parecer algunos países de Asia) que admiten los matrimonios informales o no ceremoniales, concluidos sin la intervención de ninguna autoridad civil o religiosa. Se trata de matrimonios constituidos solamente por el acuerdo de las partes o por dicho acuerdo seguido de la cohabitación de los cónyuges y/o la reputación social de los mismos como matrimonio. No son uniones de hecho, puesto que en el ordenamiento jurídico donde surgen son considerados como auténticos matrimonios. Realmente, como explica Palsson¹⁵, se trata de figuras jurídicas que han sobrevivido en el mundo anglosajón, porque en el mismo no penetraron, a causa de la reforma protestante, las disposiciones sobre la forma del matrimonio dictadas en el Concilio de Trento.

Un matrimonio informal o no ceremonial será válido desde el punto de vista del Derecho español siempre que sea admitido como matrimonio por el ordenamiento del Estado donde se ha constituido y donde los contrayentes son considerados como cónyuges. A esta solución se llega por una aplicación analógica del artículo 49 *in fine* del Código Civil¹⁶, inspirada en el *favor matrimonii*¹⁷. Y parece que encuentra un cierto refrendo en alguna práctica de la Dirección General de los Registros y del Notariado¹⁸.

Por otro lado, hay que recordar que las soluciones que podamos proponer deben ser idóneas tanto para resolver conflictos de leyes internos como internacionales. En efecto, una característica fundamental del sistema español de Derecho Internacional Privado es la de atribuir a las normas sobre conflictos de leyes la doble función de regular tanto los de naturaleza interna como los de naturaleza internacional, o sea, es tradicional en nuestro ordenamiento la técnica de emplear un mismo sistema normativo para regular uno y otro tipo de conflictos. Esta identidad de soluciones se consagra en el artículo 16.1 del Código Civil¹⁹.

¹⁵ L. PALSSON, «Marriage ...», pp. 30 y ss.

¹⁶ R. GARCÍA VARELA, «Artículo 49», en: I. SIERRA GIL DE LA CUESTA (coord.), *Comentario del Código Civil*, Barcelona, 2000, T. I, pp. 656 y ss. J. L. IRIARTE ANGEL, «Artículo 49», en: *Legislación de Derecho Internacional Privado*, Madrid, 2002, pp. 161 y ss.

¹⁷ J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Derecho de familia. El matrimonio», en: J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho Internacional Privado. Parte especial*, 6.ª ed., Oviedo, 1995, p. 302.

¹⁸ *Vid.* la Resolución (1.ª) de 2 de enero de 1998.

¹⁹ Dice este artículo:

«Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV con las siguientes particularidades:

1.ª Será ley personal la determinada por la vecindad civil.

2.ª No será aplicable lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 12 sobre calificación, remisión y orden público».

Precepto que él mismo admite excepciones a la regla general, y cuyo contenido ha sido muy discutido en el sentido de que posiblemente hoy en día sería mejor que existiese una Ley especial sobre conflictos internos, que recogiese normas especiales y distintas adaptadas a las especificidades de estos particulares conflictos de leyes. Pero al margen de estas consideraciones, en la actualidad nos encontramos con un sistema que se caracteriza por la identidad de normas reguladoras tanto para los conflictos de leyes internos como para los internacionales.

B. *Posibles soluciones para determinar la ley aplicable a las parejas de hecho*

El Derecho comparado no nos muestra modelos importantes y claros en cuanto al problema de la ley aplicable a las parejas de hecho. Únicamente el artículo 39 de la Ley yugoslava de Derecho Internacional Privado regula la ley aplicable a las relaciones patrimoniales entre convivientes de hecho. Por su parte varios países del Norte de Europa (Dinamarca, Noruega, Suecia) han promulgado Leyes sobre Registro de Parejas de Hecho en las que se contienen normas para regular su ámbito de aplicación espacial y personal²⁰. Tampoco la jurisprudencia comparada nos ofrece al respecto un cuerpo jurisprudencial consistente²¹. Así mismo, en el plano de los Convenios internacionales tampoco podemos encontrar ninguna realización práctica que nos oriente, pues si bien la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado ha manifestado reiteradamente su preocupación e interés por esta materia y la mantiene en su agenda de trabajos, no la ha dado por el momento prioridad²².

Como afirma Beatriz Carrillo Carrillo, «el problema principal que suscita la unión de hecho en el ámbito del Derecho Internacional Privado —tanto español como en Derecho comparado— consiste en dar solución al problema calificativo: considerarla bien como una institución merecedora de una categoría propia en el tráfico internacional, por tanto, puede ser sometida a una regulación conflictual unitaria —dentro de las categorías propias del «estatuto personal», más o menos próxima al matrimonio—; o bien, entenderla como una situación puramente fác-

E. ZABALO ESCUDERO, «Artículo 16.1», en: M. ALBALADEJO / S. DÍAZ ALABART (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, 2.ª ed., Madrid, 1995, T. I, vol. 2.º, pp. 1259 y ss. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, «Artículo 16.1», en: M. ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, 1978, T. I, pp. 518 y ss.

²⁰ I. LÁZARO GONZÁLEZ, *Las uniones ...*, pp. 265 y ss.

²¹ B. L. CARRILLO CARRILLO, «Ley aplicable ...», pp. 390 y ss.

²² E. PÉREZ VERA, «Las parejas ...», p. 132.

tica de la cual, según las diversas opiniones, cabe predicar una solución general o particularizada»²³.

La institucionalización de la figura existe desde el momento que el Legislador comienza a dictar una normativa de una cierta consistencia sobre las uniones de hecho. Lo cual ha sucedido en la mayor parte de los países europeos desde hace pocos años. Por esta razón la jurisprudencia comparada, a la que me he referido anteriormente, forzosamente tuvo que partir de una calificación puramente fáctica de las uniones estables de pareja, es decir, considerar que eran hechos de los que se derivaban consecuencias jurídicas. Desde esta calificación la solución lógica era concluir que quedaban sometidas a la ley del lugar donde se producen, o sea, al ordenamiento del país de la residencia habitual de la pareja que convive.

Pero esta solución presenta algunos reparos²⁴. En primer lugar, puede no ser adecuada cuando la relación entre los convivientes se proyecta más allá del país de su residencia habitual de manera relevante (por ejemplo: adquieren un inmueble en otro Estado). En segundo lugar es demasiado rígida, por lo que prescinde de los intereses en presencia y de las particularidades del caso concreto. Finalmente, hay que reconocer que no es una buena solución cuando la situación de hecho se produce en un determinado Estado y sus efectos jurídicos se manifiestan en otro.

También hay que considerar aquellos supuestos en los que los convivientes han pactado un acuerdo para regir su situación convivencial. En la práctica no es muy frecuente que los miembros de una pareja de hecho tengan la sana precaución de llegar a un acuerdo de este tipo, como también es relativamente infrecuente que los cónyuges pacten capitulaciones matrimoniales. Sin embargo, para una pareja de hecho el recurso a un acuerdo para regular su relación es muy conveniente (en ocasiones se ha hablado de un «matrimonio notarial» para no casados), puesto que introduce seguridad jurídica y certeza para los convivientes y para terceros.

Cuando existe un acuerdo de esta naturaleza surge la cuestión de determinar que Ley lo debe regir. Para un sector mayoritario de la doctrina²⁵ parece que ésta debe ser la misma que rige los contratos internacionales, puesto que estaríamos ante una figura de esta naturaleza, y por tanto sería la ley designada por el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contrac-

²³ B. CARRILLO CARRILLO, «Ley aplicable ...», p. 397.

²⁴ B. CARRILLO CARRILLO, «Ley aplicable ...», pp. 399 y ss. I. LÁZARO GONZÁLEZ, *Las uniones ...*, pp. 375 y ss.

²⁵ B. CARRILLO CARRILLO, «Ley aplicable ...», pp. 400 y ss.

tuales²⁶. Si bien, otro sector minoritario de la doctrina²⁷ sostiene que no hay que acudir al texto convencional, puesto que para estos supuestos permanecería aún en vigor el artículo 10.5 del Código Civil. En este sentido hay que recordar que cuando el artículo 1 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 define su ámbito de aplicación, al enumerar en su párrafo 2.º las materias excluidas del Convenio, dice que el mismo:

«no se aplicará ... b) a las obligaciones contractuales relativas a: ... Los regímenes matrimoniales. Los derechos y deberes derivados de relaciones de familia, de parentesco, de matrimonio o de afinidad ...».

En todo caso estamos ante una cuestión abierta, que todavía no ha recibido una respuesta jurisprudencial.

Antes de seguir más adelante es necesario hacer una precisión muy importante: actualmente en el ordenamiento español podemos decir que desde el momento en que se han dictado las distintas Leyes autonómicas en la materia hemos asistido a una institucionalización de las uniones estables de pareja, es decir, estamos ante una auténtica institución jurídica. De esta manera la promulgación de las Leyes autonómicas sobre parejas de hecho ha significado que «... ya no puede hablarse de que no existe un “estado jurídico” de convivientes de hecho, porque sí existe, igual que existe un conjunto de derechos y obligaciones interpartes configurado por la Ley ...»²⁸. A esto no obsta, a pesar de alguna posición doctrinal minoritaria en este sentido²⁹, el hecho de que en la legislación estatal, entendida como la emanada del Legislador central, no exista, al margen de algunas disposiciones puntuales sobre aspectos concretos³⁰,

²⁶ BOE de 19 de junio de 1993, con corrección de errores en BOE de 9 de agosto de 1993. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «El Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980», en: A. L. CALVO CARAVACA / L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Contratos internacionales*, Madrid, 1997, pp. 41-143. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 de junio de 1980 y Protocolos de interpretación», *Legislación de Derecho Internacional Privado. Comentada y con jurisprudencia*, Madrid, 2002, pp. 811 y ss. J. L. IRIARTE ANGEL, «Artículo 10.5», en: I. SIERRA GIL DE LA CUESTA (coord.), *Comentario del Código Civil*, Barcelona, 2000, T. I, pp. 471-477.

²⁷ I. LÁZARO GONZÁLEZ, *Las uniones ...*, pp. 368 y ss.

²⁸ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Efectos del matrimonio», en: A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, 3.ª ed., Granada, 2002, vol. II, p. 95.

²⁹ I. LÁZARO GONZÁLEZ, *Las uniones ...*, pp. 295 y ss.

³⁰ Por ejemplo, entre otros, nos encontramos con el ejemplo de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que al regular las incompatibilidades y prohibiciones para Jueces y Magistrados, establece en su artículo 391:

una reglamentación orgánica y unitaria de las parejas de hecho. Desde el punto de vista del conflicto de leyes, el sostener que la condición de las parejas de hecho es una auténtica institución jurídica tiene la importante consecuencia de que «... conceptualizada la unión extramatrimonial como una *institución*, es merecedora de un tratamiento conflictual *unitario*, una norma de conflicto autónoma que, en función de sus características propias, la proyecte al tráfico privado internacional»³¹.

Sin embargo, como ya sabemos, tal tratamiento conflictual unitario no existe en el ordenamiento español y esto obliga en la actual situación a buscar dentro de nuestro sistema posibles soluciones. A este respecto la doctrina distingue comúnmente entre por un lado la ley aplicable a la constitución de la pareja de hecho y a las relaciones entre los miembros de la misma y por otro lado la ley aplicable a otros efectos (por ejemplo: derechos sucesorios, alimentos, filiación, nombre de las personas, etc.) derivados de la situación convivencial³².

En cuanto al primer aspecto, es decir, la ley aplicable a la constitución de la pareja de hecho y a las relaciones entre los miembros de la misma teóricamente se puede acudir a varias soluciones.

La primera sería el recurso al artículo 9.1 párrafo 1.º del Código Civil³³, que dice:

«No podrán pertenecer a una misma Sala de Justicia o Audiencia Provincial, Magistrados que estuvieren unidos por vínculo matrimonial o situación de hecho equivalente, o tuvieran parentesco entre sí dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad, salvo que, por previsión legal o por aplicación de lo dispuesto en los artículos 155 y 198.1 de esta Ley existieren varias Secciones, en cuyo caso podrán integrarse en las Secciones diversas, pero no formar Sala juntos.

Tampoco podrán pertenecer a una misma Sala de Gobierno Jueces o Magistrados unidos entre sí por cualquiera de los vínculos a que se refiere el párrafo anterior. Esta disposición es aplicable a los Presidentes».

Por su parte el artículo 392 de la misma Ley Orgánica determina:

«1. Los jueces o Magistrados no podrán intervenir en la resolución de recursos relativos a resoluciones dictadas por quienes tengan con ellos algunas de las relaciones a que hace referencia el artículo anterior, ni en fases posteriores del procedimiento que, por su propia naturaleza, impliquen una valoración de lo actuado anteriormente por ellas.

...».

³¹ J. M. FONTANELLAS I MORELL, «Noves ...», p. 236. B. L. CARRILLO CARRILLO, «Ley aplicable ...», p. 405.

³² Por todos: A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Efectos ...», pp. 96 y ss.

³³ Sobre este precepto en general por todos: J. L. IRIARTE ANGEL, «Artículo 9.1», en: I. SIERRA GIL DE LA CUESTA (coord.), *Comentario del Código Civil*, Barcelona, 2000, T. I, pp. 411 y ss.

«La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte».

Esta solución parte de la idea de que la unión de hecho crea una auténtica familia, plenamente equiparable a la creada por un matrimonio, y en consecuencia su régimen legal se inscribe dentro del llamado estatuto personal³⁴. Pero como no existe una norma de conflicto concreta que determine la ley aplicable a la constitución de la unión de hecho y las relaciones entre los convivientes habría que recordar, como hace Amores Conradi³⁵, que el artículo 9.1 del Código Civil tiene un alcance de principio general en la reglamentación de la ley aplicable a las materias incluidas en el estatuto personal, por lo que se puede defender razonablemente que cualquier aspecto del estatuto personal no expresamente regulado en el Derecho positivo español debe quedar, en principio, sometido a la ley nacional. En conclusión en los casos en que ambos convivientes tuviesen la misma ley personal sería la ley de su nacionalidad común la que determinaría la existencia de su relación y los efectos de la misma entre ellos³⁶. Los razonamientos que sustentan esta tesis son bastante sólidos, sin embargo, no puede ser admitida sin considerarse los reparos que puede suscitar. En primer lugar es de difícil aplicación si los convivientes tienen distinta nacionalidad. En segundo lugar se sustenta sobre un apriorismo que, como veremos posteriormente, suscita muchas dudas como es el de que la unión de hecho crea una auténtica familia. Finalmente, cuando el artículo 9.1 del Código Civil habla de «... los derechos y deberes de familia ...», es muy difícil que se esté refiriendo a las consecuencias de las uniones estables de pareja, pues hay que tener en cuenta que es un precepto dictado en 1974, es decir, en el régimen anterior, y además heredero directo de la redacción de 1889, por lo que fácilmente podemos sostener que la voluntad del legislador al dictar dicha norma era regular los derechos y deberes derivados de la familia tradicional³⁷.

Otra posible solución sería la consistente en aplicar analógicamente las normas de conflicto de leyes destinadas a regular los efectos del

³⁴ Sobre el concepto de estatuto personal: J. L. IRIARTE ANGEL, «La persona física», en: A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, 3.^a ed., Granada, 2002, vol. II, pp. 13 y ss.

³⁵ M. AMORES CONRADI, «Artículo 9.1», en: *Comentario del Código Civil*, 2.^a ed., Madrid, 1993, T. I, pp. 76-79.

³⁶ I. LÁZARO GONZÁLEZ, *Las uniones ...*, pp. 351 y ss.

³⁷ I. CARRILLO CARRILLO, «Ley aplicable ...», p. 412.

matrimonio. Es decir, en nuestro ordenamiento acudir al artículo 9.2 del Código Civil³⁸, que establece lo siguiente:

«Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio.

La separación y el divorcio se regirán por la ley que determina el artículo 107».

Esta tesis también tiene como sustento básico la idea de que matrimonio y convivencia estable de pareja son dos situaciones análogas que merecen un tratamiento paralelo. De una manera más concreta se han alegado a favor de esta postura las siguientes razones³⁹: en primer lugar la propia institucionalización de la pareja de hecho como categoría del Derecho de familia. En segundo lugar, y muy relacionado con lo anterior, la realidad, claramente apreciable en varias de la Leyes autonómicas dictadas en el Estado español, de que la regulación material de las uniones de hecho es extremadamente parecida a la reglamentación de la institución matrimonial, con lo cual es lógico sostener que su régimen conflictual debe ser el mismo; esta idea ha encontrado refrendo en la vieja Ley yugoslava de 1982. En este mismo sentido hay que tener presente que la práctica pone de relieve que cuando tienen conflictos jurídicos y acuden a los Tribunales los convivientes suelen alegar las soluciones legales establecidas para la institución matrimonial y piden a los jueces respuestas idénticas o muy similares a las previstas en el ordenamiento para el matrimonio⁴⁰. Finalmente, hay que recordar que la propia Constitución parece entender que la familia matrimonial y la creada fuera del mismo son dos realidades equiparables, pues en su artículo 39 afirma:

³⁸ Sobre este artículo en general: A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Artículo 9.2», *Legislación de Derecho Internacional Privado. Comentada y con jurisprudencia*, Madrid, 2002, pp. 31 y ss. J. L. IRIARTE ANGEL, «Artículo 9.2», en: I. SIERRA GIL DE LA CUESTA (coord.), *Comentario del Código Civil*, Barcelona, 2000, T. I, pp. 416 y ss.

³⁹ B. CARRILLO CARRILLO, «Ley aplicable ...», pp. 413 y ss.

⁴⁰ Como un dato más podemos traer aquí, que en el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley navarra para la igualdad jurídica de las parejas estables, los recurrentes alegan que el artículo 9.2 del Código Civil puede ser perfectamente aplicable por analogía para determinar el ordenamiento que ha de regular los efectos de la unión de hecho.

- «1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.
2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.
3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.
4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

Por esto, Comte Guillemet⁴¹, basándose en las construcciones de Don José Luis Lacruz Berdejo, entiende que la familia es «... una comunidad que, creada en principio por el matrimonio, está compuesta por progenitores y procreados, y en la que pueden participar otras personas, convivientes o no, unidas ya por lazos de sangre, ya por el vínculo de la sumisión a una misma autoridad. Al lado del tipo principal, existen relaciones familiares extramatrimoniales que constituyen también “familia”, como lo es la compuesta por un solo progenitor y los hijos, o por pareja no casada, etc. ...»

Sin embargo, también existen sólidas razones en sentido contrario y que pueden esgrimirse para rechazar la aplicación analógica de la regulación conflictual prevista para los efectos del matrimonio, o sea en nuestro caso el artículo 9.2 del Código Civil. La primera consiste en que si bien la Constitución protege a la familia en general, sin distinguir si es fruto de un matrimonio o no, sin embargo, parece dar un trato de favor al matrimonio sobre otras instituciones paralelas, ya que el artículo 32 de la Constitución establece explícitamente que:

- «1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.
2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos».

De una primera lectura de este precepto parece desprenderse que el Legislador tiene una clara obligación de regular adecuadamente el matrimonio, pero no existe un mandato similar respecto de las uniones de hecho, por lo que puede sostenerse que la Constitución brinda un trato de *favor iuris* al matrimonio con preferencia a las uniones extramatri-

⁴¹ N. COMTE GUILLEMET, «Las parejas ...», p. 302.

moniales⁴², y esta idea ha penetrado en ocasiones en la jurisprudencia⁴³. Sin embargo, creo que no es conveniente aferrarse con exceso al texto del citado precepto constitucional, puesto que fue fruto de un momento histórico y político muy determinado, en el que pesaron determinadas circunstancias que posiblemente hoy están muy superadas.

También en esta misma línea, diversos autores⁴⁴ han puesto énfasis en la consideración de la voluntad de las partes. En efecto, según estos autores si una pareja ha decidido unirse establemente al margen del matrimonio es porque su voluntad es la de prescindir de la regulación jurídica que recibe esta institución, por lo que resultaría paradójico, e incluso contrario a su voluntad, aplicarles analógicamente las normas previstas para regular el matrimonio, y también sería muy incoherente que los convivientes, una vez de haber optado por una unión libre, luego invocasen analógicamente las disposiciones legales que rigen el matrimonio. No obstante, aunque este razonamiento tiene una base de verdad es menester ponderarlo en sus justos términos. Así, como ya hemos dicho, aunque adolezca de incoherencia, la realidad es que los convivientes, cuando tienen conflictos jurídicos, casi siempre invocan analógicamente las reglas sobre el matrimonio. Además, no todas las parejas de hecho han podido acceder al matrimonio, pues aunque esta posibilidad existe para las uniones de heterosexuales, sin embargo está vedada para las uniones de homosexuales, los cuales en nuestro ordenamiento, al igual que en la mayoría de los ordenamientos comparados, todavía no pueden acceder a contraer matrimonio aunque en muchos casos lo desean, por consiguiente no se puede afirmar a la ligera que si los convivientes no se han casado es porque repudian el matrimonio y deben quedar al margen de su regulación jurídica. Realmente esto sólo se podrá afirmar de una manera contundente cuando, como en la reciente reforma holandesa, se permita que puedan acceder libremente al Registro Civil todo tipo de matrimonios, tanto los de heterosexuales como los de homosexuales.

En conclusión, los autores⁴⁵ que rechazan la aplicación analógica a las parejas de hecho de la reglamentación prevista para los matrimonios es porque en su opinión no existe suficiente identidad de razón en-

⁴² B. CARRILLO CARRILLO, «Ley aplicable ...», pp. 418 y ss.

⁴³ Por ejemplo: Sentencia del Tribunal Constitucional 184/1990, Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1994.

⁴⁴ Por todos las brillantes aportaciones de: F. PANTALEÓN PRIETO, «Régimen jurídico civil de las uniones de hecho», *XI Jornadas Jurídicas: Uniones de Hecho*, Lérida, 1998, pp. 67 y ss.

⁴⁵ Entre otros: J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Derecho ...», p. 293. S. SÁNCHEZ LORENZO, «Las parejas ...», p. 509. B. CARRILLO CARRILLO, «Ley aplicable ...», pp. 420 y ss.

tre una y otra figura en el sentido del artículo 4.1 del Código Civil⁴⁶, ya que para ellos se trata de realidades distintas en las que la autonomía de la voluntad tiene distinto objeto. Sin embargo, estas afirmaciones son discutibles pues en muchas uniones homosexuales hay una auténtica voluntad matrimonial frustrada por los rigurosos términos de los ordenamientos jurídicos y además los conceptos de matrimonio y familia deben ser vistos actualmente desde una nueva perspectiva en la que quepan las más variadas figuras (matrimonio homosexual, matrimonio poligámico, familia monoparental, etc.).

Finalmente hay que hacer una referencia a los autores⁴⁷ que propugnan el recurso a los principios generales del Derecho para cubrir la laguna legal provocada por la falta de una norma en nuestro sistema para determinar la ley aplicable a las uniones de hecho. Como es sabido, el artículo 1.1 del Código Civil atribuye a los principios generales del Derecho la condición de fuente del ordenamiento jurídico a falta de ley y de costumbre, pero además el artículo 1.4 del mismo cuerpo legal establece que:

«Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico».

Como afirma Gullón Ballesteros⁴⁸, «... para la dirección positivista los principios generales del Derecho son normas obtenidas mediante un proceso de abstracción de las propias leyes, de manera que de las leyes pueden o podrían derivarse. Los principios jurídicos generales son en realidad “principios científicos” o “principios sistemáticos”, o, dicho

⁴⁶ Dice el artículo 4 del Código Civil:

«1. Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón.

2. Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.

3. Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes».

A. GULLÓN BALLESTEROS, «Artículo 4», en: I. SIERRA GIL DE LA CUESTA (coord.), *Comentario del Código Civil*, Barcelona, 2000, T. I, pp. 378 y ss. J. B. VALLET DE GOYTISOLO, «La analogía en el Derecho», *ADC*, 1995, pp. 1039 y ss.

⁴⁷ Entre otros: B. CARRILLO CARRILLO, «Ley aplicable ...», pp. 422 y ss. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Efectos del matrimonio», ..., pp. 95 y ss.

⁴⁸ A. GULLÓN BALLESTEROS, «Artículo 1», en: I. SIERRA GIL DE LA CUESTA (coord.), *Comentario del Código Civil*, Barcelona, 2000, T. I, pp. 354 y 365.

de otra manera, los principios generales del Derecho son “principios del ordenamiento jurídico”, que resultan, por vía de sucesivas abstracciones, del conjunto de las normas particulares. En ellos, las mismas normas particulares habrán encontrado inspiración. Dicho con otras palabras: son los antecedentes del ordenamiento positivo, en los cuales el legislador se ha inspirado. Han penetrado en el ordenamiento jurídico a través de una legislación concreta, pero constituyen, en aquél, una suerte de muros maestros o pilares fundamentales de su estructura ...». Y más adelante añade el mismo autor «... el carácter informador de los principios generales choca de alguna manera con su conceptualización de fuente del Derecho, subordinada a la ley y a la costumbre. Por definición, lo que informa, lo que está en la raíz del ordenamiento jurídico, es paradójico que se considere como fuente de tercer grado. La aparente contradicción se puede superar estimando que se trata de principios que no han quedado del todo plasmados en normas jurídicas positivas, por lo que no han agotado su potencialidad».

Es desde esta perspectiva desde la que se recurre a los principios generales del Derecho para cubrir la laguna legal que ahora nos preocupa. Según los autores que propugnan esta solución⁴⁹, el recurso a los principios generales del Derecho permite extraer los principios básicos para formular soluciones concretas en este sector. Estas soluciones consistirían en primer lugar en el juego de la autonomía de la voluntad, es decir se debe aplicar la ley elegida por los convivientes. Esta solución es razonable y ya me he referido anteriormente a ella. A falta de elección de ley, según esta posición doctrinal, se puede acudir o bien a aplicar la ley del país donde se inició la convivencia voluntaria o bien a la ley del país más vinculado con la situación, o sea solventar la cuestión de acuerdo con el principio de proximidad. La opción por uno u otro mecanismo dependerá de si lo que se pretende es una respuesta jurídica segura y previsible o por el contrario adaptada al caso concreto y que lo localice en el ordenamiento más adecuado, es decir, depende de si pretendemos una respuesta rígida o flexible. La rigidez en la norma de conflicto se logra mediante el uso de conexiones únicas y fijadas en el tiempo, que permiten determinar automáticamente el ordenamiento aplicable sin ningún esfuerzo valorativo. A este respecto, las normas rígidas tienen a su favor que *prima facie* garantizan a los sujetos una absoluta seguridad, certeza y previsibilidad de resultados. Estas últimas son especialmente necesarias en los supuestos, como el ahora estudiado, en los que los sujetos deben prever los resultados de su actividad

⁴⁹ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Efectos ...», pp. 96-97.

y comportamiento durante un largo período de tiempo. Por el contrario, las normas flexibles pueden proporcionar respuestas jurídicas que localizan mejor el supuesto y más adaptadas al caso concreto.

La tesis del recurso a los principios generales del Derecho tiene indudables aspectos positivos (por ejemplo: poner énfasis en la aplicación prioritaria de la autonomía de la voluntad) pero también tiene puntos criticables, como son, entre otros, que es muy compleja, pues siempre la referencia a los principios generales del Derecho nos coloca en un ámbito oscuro, de perfiles imprecisos y discutibles, ya que hay distintas concepciones (positivista, iusnaturalista, etc.) de lo que son dichos principios⁵⁰ generales y no todos estamos de acuerdo en que se entiende por los mismos. En este mismo sentido, son muy discutibles los principios generales del Derecho que según estos autores informan la materia estudiada, puesto que se pueden aceptar los que ellos proponen, pero también se podrían admitir otros (por ejemplo: entender que es un principio general del Derecho Internacional Privado español que en materia de estatuto personal rige siempre en primer lugar la ley nacional, lo que implica que cuando se trata de una pareja hay que acudir a la ley nacional común).

De todo lo visto hasta aquí hay que concluir que en la actual situación del Derecho Internacional Privado español no hay una respuesta jurídica clara e indiscutible para determinar la ley aplicable a la constitución de la pareja de hecho y a las relaciones entre sus miembros. Sólo la necesaria acción del legislador o en su defecto de la jurisprudencia puede remediar satisfactoriamente esta laguna legal.

Por lo que se refiere, admitida su existencia, a los otros efectos derivados de la unión de hecho (por ejemplo: efectos sucesorios) la doctrina más sólida entiende que estos efectos se rigen por la ley aplicable designada por la específica norma de Derecho Internacional Privado existente en la materia⁵¹. Por ejemplo, la sucesión por causa de muerte de uno de los convivientes, y en consecuencia los eventuales derechos sucesorios del otro miembro de la pareja) se rigen por lo dispuesto en el artículo 9.8 del Código Civil, que nos remite a la ley personal —ley de la nacionalidad, ley de su vecindad civil en los conflictos internos— del causante, aunque una asimilación radical entre pareja de hecho y matrimonio pudiera hacer dudar si no sería necesario entrar en el inciso último del citado artículo⁵².

⁵⁰ A. GULLÓN BALLESTEROS, «Artículo 1», ..., pp. 354 y ss.

⁵¹ B. CARRILLO CARRILLO, «Ley aplicable ...», pp. 445 y ss. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Efectos ...», p. 97.

⁵² Dice el citado precepto:

IV. Problemas constitucionales que pueden plantear desde la perspectiva de los conflictos internos las leyes autonómicas sobre parejas de hecho

A. *Introducción. Delimitación de la problemática. La experiencia derivada de la Ley navarra para la igualdad jurídica de las parejas estables*

En las páginas siguientes pretendo estudiar los problemas de naturaleza constitucional que pueden suscitar las leyes autonómicas sobre parejas de hecho. Tales problemas o cuestiones pueden ser muy variados (por ejemplo: concepto constitucional de la familia, significado del principio de igualdad respecto de la orientación sexual, protección del menor y límites de la adopción, etc.). Lógicamente, yo no voy a entrar en todos estos aspectos y en otros similares que puedan llegar a plantearse, porque tal intento haría inabarcable este trabajo.

El análisis de los problemas constitucionales se va a acometer desde la perspectiva de los conflictos de leyes internos. A este respecto surgen dos aspectos problemáticos o dudosos: el primero es la discutible competencia de las Comunidades Autónomas para legislar regulando el régimen jurídico de las uniones de hecho, el segundo consiste en la constitucionalidad o presunta inconstitucionalidad de las disposiciones contenidas en algunas de las leyes autonómicas en la materia para delimitar su concreto ámbito de aplicación.

Este análisis se va a realizar partiendo principalmente del estudio de los problemas planteados por la ley navarra para la igualdad jurídica de las parejas estables, pues dicha ley es la que hasta el momento ha suscitado mayores controversias técnicas, al ser objeto del recurso de inconstitucionalidad número 5297/2000⁵³ y al haberse planteado

«La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última. Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge superviviente se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes».

⁵³ N. GOÑI URRIZA, «La ley ...», pp. 375 y ss.

Sorprendentemente, la Ley de Navarra ha sido la única que se ha recurrido ante el Tribunal Constitucional, las demás leyes autonómicas en la materia, algunas muy parecidas o con puntos coincidentes con la de Navarra, no han sido objeto de recurso, lo cual es paradójico y ha sido reiteradamente alegado por el Parlamento de Navarra en su contestación al recurso.

ya ante los Tribunales ordinarios el dilema de su ámbito de aplicación personal⁵⁴.

B. *La competencia de las comunidades autónomas para legislar sobre uniones estables de pareja*

Esta competencia hay que analizarla partiendo de los siempre difíciles términos del artículo 149.1.8.^a de la Constitución. Dice este precepto:

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

...

8.^a. Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial».

Lógicamente, no pretendemos, ni podemos, hacer un análisis general de la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de legislación civil⁵⁵, si no que únicamente nos vamos a centrar en la cuestión de las uniones estables de pareja.

Por todo esto nos podemos encontrar con que el puro y frío debate técnico se vea deformado en la práctica por consideraciones de muy diversa índole, ajenas a la técnica jurídica.

⁵⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2.^a) de 12 de junio de 2002.

⁵⁵ A. ARCE JANARIZ, *Constitución y Derechos Civiles Forales*, Madrid, 1987. M. COCA PAYERAS, «Conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil propio, en la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 88, 156 y 226 de 1993)», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1994, pp. 435 y ss. E. ZABALO ESCUDERO, «Nota», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1993, pp. 530 y ss.

Como postulado previo hay que recordar que el Tribunal Constitucional ha interpretado reiteradamente los términos «conservación, modificación y desarrollo» del Derecho Civil propio. Entre otras destaca su sentencia de 12 de marzo de 1993 (*BOE* de 15 de abril de 1993, con rectificación en *BOE* de 21 de junio de 1993), en la que se sostiene:

«... el concepto constitucional de conservación ... permite ... la asunción o integración en el ordenamiento autonómico de las Compilaciones y otras normas derivadas de las fuentes propias de su ordenamiento y puede hacer también viable, junto a ello, la formalización legislativa de costumbres efectivamente vigentes en el propio ámbito territorial (STC 121/1992) ... Tampoco puede considerarse como modificadora del Derecho ... preexistente, visto que en el mismo

Los que impugnan o niegan la competencia de las Comunidades Autónomas en este sector alegan que al dictar estas normas los poderes autonómicos invaden o lesionan la competencia exclusiva del Estado sobre «las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio». En efecto, desde este punto de vista, al promulgar unas normas que prácticamente equiparan a las uniones estables de pareja con el matrimonio se están introduciendo nuevas formas de matrimonio, lo cual es competencia exclusiva del Estado. Sin que pueda defenderse la legislación autonómica afirmando que únicamente se trata de normas de protección de la familia, puesto que para sus críticos, estas leyes introducen un modelo de familia distinto, que consiste en una nueva forma de matrimonio, ya que rigen relaciones basadas en la *affectio maritalis*. A mayor abundamiento, no se puede caer en un puro nominalismo formal de hacer depender la competencia exclusiva del Estado de que la correspondiente Ley autonómica se refiera expresamente o no al matrimonio. En conclusión, se impugna la competencia de las Comunidades Autónomas al existir una reserva exclusiva a favor del Estado, sin que esto signifique que constitucionalmente el matrimonio sea la única forma de relación conyugal, pero que en todo caso, las distintas formas deben ser reguladas por el poder central. Estas ideas se desgranán detalladamente en el recurso interpuesto contra la Ley navarra, en el que se afirma:

« ... la regulación de la Ley Foral no es otra cosa que la introducción en el ordenamiento jurídico navarro de una nueva forma de matrimonio y tal regulación sólo puede hacerla el Estado.

Cuando el artículo 149, 1, 8.^a de la Constitución atribuye al Estado la competencia exclusiva, en todo caso, para dictar las reglas sobre las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, quiere

contenía regla alguna, directa y expresa, sobre la adopción y sus efectos ... La Constitución permite ... que los Derechos civiles especiales o forales preexistentes puedan ser objeto no ya de conservación y modificación, sino también de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico y reconoce, de este modo, no sólo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro de tales ordenamientos preconstitucionales ... Sin duda que la noción constitucional de desarrollo permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisibile identificación de tal concepto con el más restringido de modificación ... Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral ...».

Los Magistrados Viver Pi-Suñer y González Campos formularon sendos votos particulares proponiendo una interpretación del concepto «desarrollo» más expansiva para los ordenamientos civiles forales o especiales.

decir que aquél se reserva la competencia para definir, en sentido amplio, el sistema matrimonial español.

...

... la ley foral no se limita a dictar normas de protección de la familia, pese a la invocación del artículo 39 de la Constitución, sino que trata de introducir un modelo de familia distinto del tradicional que no es otra cosa que una nueva forma de matrimonio. Y si de lo que se trata es de conseguir que las parejas estables posean un régimen jurídico semejante al matrimonial para conseguir —como delata el propio título de la Ley— la igualdad jurídica con el matrimonio, la igualdad debe serlo también a efectos competenciales. Si el resultado final es que las parejas estables sean consideradas como si de un matrimonio se tratara, parece claro que quien tenga la competencia para decidir qué es matrimonio tendrá competencia para regular el régimen jurídico de aquella.

Negar esta conclusión equivaldría a caer en el nominalismo, al entender que la competencia estatal incluye al matrimonio, pero no a las uniones paramatrimoniales ...

La ley foral no regula las consecuencias jurídicas de una genérica vinculación de personas unidas por lazos de parentesco o de afecto, generales o indeterminados, sino que configura una relación basada en la “*affectio maritalis*” con llamada expresa para su identificación a la relación conyugal ...

Las “formas de matrimonio” a que alude el artículo 149, 1, 8.^a de la Constitución española, deben pues comprender, no sólo las formas actualmente reconocidas de constitución del matrimonio, sino a cualesquiera otras posibilidades que el legislador estatal pudiera diseñar como tipo o modelo de relación conyugal, excluyéndose de la competencia autonómica o foral cualquier regulación paralela, complementaria o sustitutiva que recaiga sobre la misma materia: la curación de la relación conyugal y la regulación de su contenido ...».

A estos razonamientos, los defensores de la competencia en la materia de las Comunidades Autónomas contestan alegando que no hay lesión de lo dispuesto en el artículo 149.1.8 de la Constitución, puesto que no se invade ninguna competencia exclusiva del Estado. Desde su perspectiva no se trataría de introducir una nueva forma de matrimonio, si no de refrendar y proteger a nivel de Derecho positivo un modelo social que indiscutiblemente existe en la sociedad. A mayor abundamiento, la competencia exclusiva del Estado se centra en las formas de matrimonio, o sea, en el régimen de celebración y ruptura legal del matrimonio, pero lo referente a los efectos del matrimonio (relaciones entre los cónyuges, consecuencias económicas, etc.) se escapa de dicha competencia exclusiva y puede ser regulado por las Comunidades Autónomas, como de hecho ya hacen muchos de los ordenamientos forales, que contienen disposiciones al respecto. Como se dice en la contestación al recurso contra la Ley de Navarra:

«... la Ley Foral no regula aspecto alguno del sistema matrimonial, sino una situación social en la que quienes se encuentran en ella quieren deliberadamente mantenerse al margen del matrimonio. No hay en la Ley Foral una regulación del vínculo matrimonial, sino una normación de una realidad humana distinta y diferente, hasta el punto en que en la misma se admiten las parejas estables de homosexuales. En definitiva, como el supuesto de hecho que se regula es distinto al matrimonio, no hay una invasión de la competencia estatal.

... la equiparación o, si se prefiere, la no discriminación entre el matrimonio y la pareja estable que propugna la Ley Foral, no se intenta alcanzar a través de la atribución a la pareja estable del mismo régimen jurídico, sino a través de un régimen jurídico civil diferente, dado que estamos hablando de realidades diferentes ...

Más en concreto, son distintos los requisitos de capacidad para constituir una pareja estable que para contraer matrimonio ...».

Además, la competencia exclusiva del Estado respecto de las formas del matrimonio, en cuanto que es una excepción a la competencia de las Comunidades Autónomas para «la conservación, modificación y desarrollo» de sus ordenamientos civiles, debe ser interpretada restrictivamente.

Vistos los términos del debate jurídico, nos encontramos ante una cuestión abierta, que en su momento será resuelta por el Tribunal Constitucional y sobre la que es muy difícil pronosticar cualquier solución.

C. *El problema de «las normas para resolver los conflictos de leyes» contenidas en las leyes autonómicas sobre parejas de hecho*

Como hemos visto anteriormente, las distintas leyes autonómicas sobre parejas de hecho, salvo la dictada por la Comunidad de Aragón, que guarda un prudente y astuto silencio, contienen normas para determinar su ámbito de aplicación. La existencia de estas normas puede suscitar serios reparos, puesto que el artículo 149.1.8 de la Constitución atribuye al Estado la competencia exclusiva para dictar las normas para resolver los conflictos de leyes, y se puede entender que las referidas normas autonómicas pueden merecer esta calificación, con lo que al promulgarlas se habría invadido una competencia exclusiva del Estado.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha entendido que esta competencia exclusiva afecta también a los conflictos internos⁵⁶ e

⁵⁶ E. ZABALO ESCUDERO, «Artículo 16.1», ..., pp. 1263 y ss. J. L. IRIARTE ANGEL, «Parámetros constitucionales para los conflictos internos en materia civil», *Conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho Civil Vasco*, Bilbao, 1999, pp. 39 y ss. A. BORRÁS RODRÍ-

igualmente atañe a la regulación de la vecindad civil, puesto que se trata de lograr una resolución única y uniforme de los conflictos de leyes internos. Así, en la sentencia 156/1993, de 6 de mayo⁵⁷, se dijo que esta materia es

«... por entero ajena ... a las competencias autonómicas y ... por lo mismo, las disposiciones de las Comunidades Autónomas no pueden, so pena de incurrir en invalidez, sino reiterar —en su caso y si así lo exigiera la sistemática de la legislación— lo establecido en la norma dictada por el Estado ...»

Y más adelante precisa en cuanto a la competencia exclusiva del Estado:

«... no hay duda alguna de que se integra en todo caso en ella la adopción de las normas de conflicto y la definición de cada uno de sus elementos, entre los que cuenta, y con la mayor relevancia, la determinación de los puntos de conexión ... La norma fundamental ... optó ... por un sistema estatal y, por tanto, uniforme de Derecho civil interregional y excluyó, en la misma medida, que pudieran las Comunidades Autónomas establecer regímenes peculiares para la resolución de los conflictos de leyes, ya por la vía de articular puntos de conexión diversos a los dispuestos en la legislación general ya, en otra hipótesis, por medio de la redefinición, alteración o manipulación de tales puntos de conexión ...».

Y más clara aún es la sentencia del Tribunal Constitucional 226/1993, de 8 de julio⁵⁸, que sostiene:

« ... la Constitución reserva a la exclusiva competencia del Estado la adopción de las “normas para resolver los conflictos de leyes” ... de modo que es a las Cortes Generales a quien corresponde el establecimiento de las normas de conflicto para la resolución de supuestos de tráfico interregional y, antes aun, la definición y regulación, en general, de los puntos de conexión conforme a los cuales han de articularse aquellas reglas».

GUEZ, «Los conflictos internos en materia civil a la luz de la legislación actualmente vigente», *Ibidem*, pp. 71 y ss. S. ALVAREZ GONZÁLEZ, «Igualdad, competencia y deslealtad en el sistema español de Derecho interregional (y en el de Derecho Internacional Privado)», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2001, pp. 49 y ss. J. J. ALVAREZ RUBIO, «La actual configuración de los presupuestos generales del sistema español de Derecho interregional», *Revista Vasca de Administración Pública*, 1997, pp. 9 y ss.

⁵⁷ BOE de 28 de mayo de 1993.

⁵⁸ BOE de 2 de agosto de 1993.

Con estos precedentes no debe extrañar que la doctrina científica haya dudado seriamente de la constitucionalidad de artículos como el 1.1 y el 20.2 de la Ley de Cataluña o el 2.3 de la Ley Foral de uniones estables de pareja⁵⁹, o incluso haya sostenido que es palmariamente inconstitucional⁶⁰.

Igualmente, en el recurso de inconstitucionalidad 5297/2000 contra la Ley navarra, los recurrentes denuncian la inconstitucionalidad de su artículo 2.3 por invadir la competencia exclusiva del Estado para dictar las normas para resolver los conflictos de leyes. En el recurso, tras reiterar la jurisprudencia constitucional al respecto, se hacen dos reflexiones que merecen ser destacadas. La primera consiste en que la ausencia de una regla estatal que determine la ley aplicable a las uniones de hecho no justifica que las Comunidades Autónomas dicten tales disposiciones invadiendo una competencia exclusiva del Estado, pues la aplicación analógica del artículo 9.2 del Código Civil puede colmar la laguna legal, o dicho de otra manera, tal competencia exclusiva no decae por el hecho de que no se ejercite. La segunda estriba en que la solución de la Ley Foral puede llevar a un «exceso», pero también a un «defecto», de aplicación del ordenamiento navarro. En concreto se afirma en el recurso:

«... claramente se aprecia que el criterio de la ley foral impugnada, que conceptúa como necesario y suficiente la condición foral navarra para la aplicación de la ley, pugna con los criterios del Código civil. La condición de aforado en otro territorio foral o la sujeción al derecho común del otro miembro de la pareja, arrastraría la aplicación de la ley impugnada, frente a la posibilidad de opción dada en el Código civil en el segundo de los criterios aplicativos y frente a la aplicación de la ley de residencia que se enuncia como tercero de los puntos de conexión en el precitado artículo 9,2 del Código civil. Se daría, pues un “exceso” en la aplicación de la ley impugnada que llevaría a una proyección de sus normas en perjuicio del ámbito de otros ordenamientos territoriales y de los márgenes de libre disposición que aquellas normas confieren. Pero existiría también una regulación “por defecto”, como ocurriría por ejemplo si unos residentes en Navarra pero de diversa vecindad foral decidieran acogerse al régimen aplicable a la residencia común ... La redacción del artículo 2,3 ... excluiría indebidamente de su aplicación a los casos reseñados. Nos encontraríamos así no sólo con una invasión de competencias estatales si no que, además, tal invasión crea un estado contradictorio de cosas, frente al propio principio de igualdad en la aplicación de los distintos ordenamientos civiles españoles...».

⁵⁹ Por todos, véase la autorizada opinión de la Catedrática y Magistrada del Tribunal Constitucional, E. PÉREZ VERA, «Las parejas ...», pp. 136-137.

⁶⁰ Por ejemplo: S. ALVAREZ GONZÁLEZ, «Igualdad, competencia ...», p. 51.

Por su parte, en la contestación al recurso, se defiende la validez constitucional del artículo 2.3 de la Ley foral alegando dos razones. La primera es que el Código Civil no contempla una norma de conflicto para determinar cuál de las leyes autonómicas sobre parejas de hecho se aplica en cada caso, por tanto ante esta carencia, si las Comunidades Autónomas dictan una norma al respecto no estarían vulnerando ninguna norma estatal. Este razonamiento no es muy sólido, puesto que el problema no es de vulneración de normas sino de vulneración de competencias exclusivas. Algo más calado puede tener el segundo motivo alegado. Este consiste en que el artículo 2.3 de la Ley de uniones estables no contiene ninguna regla específica de conflicto, únicamente se limita a reiterar lo dispuesto en el artículo 16 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra⁶¹, que dice:

«La condición foral navarra de una persona, somete a ésta al derecho civil y a las disposiciones administrativas y fiscales de Navarra».

Desde este punto de partida, según sus defensores, el art. 2.3 no supone más que la posibilidad de determinar la aplicación de la Ley navarra, en sus aspectos civiles, a la pareja estable en la que uno de los miembros tenga la vecindad civil navarra, pero atendándose siempre a que dicha aplicación sea posible si lo permiten las normas estatales previstas para resolver conflictos de leyes, o dicho de otra manera, cuando no se vulnera lo previsto en las mismas.

En esta línea, algún sector de la doctrina académica, refiriéndose a esta norma y otras paralelas de las demás leyes autonómicas, ha afirmado que: «... la única vía posible —aunque muy forzada—, para salvar la *validez* de estos preceptos consiste en considerarlos como “normas de delimitación interior”, encargados de fijar el “ámbito de aplicación” de la Ley ... a ciertos casos, pero exclusivamente una vez que la *determinación de la Ley aplicable* al supuesto internacional o interregional ha sido resuelta por el *DIPr. estatal*»⁶².

Pero como dice B. Carrillo⁶³, «estos preceptos ... siguen presentando una dudosa constitucionalidad: el legislador autonómico tiene vedado, por mandato constitucional establecer por sí mismo el ámbito de aplicación espacial de sus normas: sólo el legislador estatal puede decidir ese extremo». En efecto, en su día se planteó una cierta polémica

⁶¹ E. RUBIO TORRANO, «Artículo 16», en: E. RUBIO TORRANO (dir.), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Pamplona, 2002, pp. 49 y ss.

⁶² A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Efectos ...», p. 97.

⁶³ B. CARRILLO CARRILLO, «Ley aplicable ...», p. 448.

mica hoy superada respecto a si la limitación constitucional afectaba únicamente a las normas de conflicto o, por el contrario se refería a todo tipo de normas que pueden servir para resolver los conflictos de leyes⁶⁴. Pero el Tribunal Constitucional en su sentencia 72/1983, de 29 de julio⁶⁵, parece inclinarse por la idea de que la competencia exclusiva estatal abarca a todo tipo de normas y no sólo a las de conflicto propiamente dichas. De hecho, autores como González Campos, que en su día sostuvo una posición más moderada, posteriormente ha afirmado que el Tribunal Constitucional «... al afirmar que “esta es, en definitiva, una materia enteramente sustraída por el artículo 149.1.8 a la acción normativa de las Comunidades Autónomas ...” ... excluye la posibilidad defendida por la doctrina, de que las Comunidades Autónomas, tras la Constitución, pudieran delimitar unilateralmente el ámbito de aplicación de algunas instituciones de su Derecho civil propio, como habían hecho algunas Compilaciones»⁶⁶.

V. Conclusiones

- Algunas Comunidades Autónomas han procedido a dictar normas sobre uniones de hecho partiendo de distintas definiciones legales del fenómeno y proponiendo diferentes reglamentaciones jurídicas.
- En las referidas leyes autonómicas se recogen una pluralidad de criterios diferentes para definir su respectivo ámbito de aplicación.
- El Derecho Internacional Privado español carece de una norma específica para determinar la ley aplicable a las parejas de hecho. Ante esta laguna, la solución mejor, entre las varias posibles y con todo tipo de reservas, consiste en acudir a la autonomía de la voluntad y en su defecto a una aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 9.2 del Código Civil.
- Las leyes autonómicas sobre parejas de hecho pueden plantear principalmente dos problemas en el plano de la constitucionalidad en lo que se refiere a los conflictos internos: la competencia de las Comunidades Autónomas para legislar en esta materia y la validez de las disposiciones para determinar su ámbito de aplicación.

⁶⁴ A. BORRÁS RODRÍGUEZ, *Calificación, reenvío y orden público en el Derecho interregional español*, Barcelona, 1984, pp. 12-14. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho Internacional Privado. Parte I: Introducción*, Madrid, 1984, pp. 169 y ss.

⁶⁵ BOE de 18 de agosto de 1983.

⁶⁶ J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Los conflictos internos en el sistema español de Derecho Internacional Privado», en: E. PÉREZ VERA (dir.), *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Madrid, 1998, p. 71.

- El Estado tiene competencia exclusiva sobre relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, por consiguiente serían inconstitucionales las leyes autonómicas si consagrasen una nueva forma de matrimonio, pero serían constitucionalmente válidas si en vez de eso pretendiesen únicamente refrendar y proteger legalmente un modelo social de familia.
- El Estado tiene competencia exclusiva para dictar las normas para resolver los conflictos de leyes, por este motivo son de muy dudosa constitucionalidad las normas contenidas en las leyes autonómicas sobre uniones estables de pareja para fijar su ámbito de aplicación.

Bibliografía

- ABREU BOUCAULT, C. E. «Parejas de hecho y su disolución (unión estable) en el nuevo Derecho de familia: cambios en el Derecho internacional Privado brasileño», en: A. L. CALVO CARAVACA / J. L. IRIARTE ANGEL (eds.), *Mundialización y familia*, Madrid, 2001, pp. 177 y ss.
- ALVAREZ GONZÁLEZ, S. «Igualdad, competencia y deslealtad en el sistema español de Derecho interregional (y en el Derecho Internacional Privado)», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2001, pp. 49 y ss.
- ALVAREZ RUBIO, J. J. «La actual configuración de los presupuestos generales del sistema español de Derecho interregional», *Revista Vasca de Administración Pública*, 1997, pp. 9 y ss.
- AMORES CONRADI, M. «Artículo 9.1», *Comentario del Código Civil*, 2.^a ed., Madrid, 1993, T. I, pp. 76 y ss.
- ARCE JANARIZ, A. *Constitución y Derechos Civiles Forales*, Madrid, 1987.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. «Artículo 16.1», en: M. ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, 1978, T. I, pp. 518 y ss.
- BORRÁS RODRÍGUEZ, A. «Los conflictos internos en materia civil a la luz de la legislación actualmente vigente», *Conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho Civil Vasco*, Bilbao, 1999, pp. 71 y ss.
- , *Calificación, reenvío y orden público en el Derecho interregional español*, Barcelona, 1984.
- BOUZA I VIDAL, N. «Leí 10/1998, de 15 de julio, d' unions estables de parella. Art. 1», en: J. EGEA I FERNÁNDEZ / J. FERRER I RIBA (dirs.), *Comentaris al Codi de familia, a la Llei d' unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mutua*, Madrid, 2000, pp. 1141 y ss.
- CALVO CARAVACA, A. L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. «El Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980», en: A. L. CALVO CARAVACA / L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Contratos internacionales*, Madrid, 1997, pp. 41 y ss.
- , «Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 de junio de 1980 y Protocolos de interpretación», *Legislación de*

- Derecho Internacional Privado. Comentada y con jurisprudencia*, Madrid, 2002, pp. 811 y ss.
- , «Artículo 9.2», *Ibidem*, pp. 31 y ss.
- , «Efectos del matrimonio», en: A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, 3.ª ed., Granada, 2002, vol. II, pp. 77 y ss.
- CARRILLO CARRILLO, B. «Ley aplicable a las parejas de hecho en Derecho Internacional Privado español», en: A. L. CALVO CARAVACA / J. L. IRIARTE ANGEL (eds.), *Mundialización y familia*, Madrid, 2001, pp. 385 y ss.
- CERVERA SOTO, T. «Breves reflexiones sobre la regulación jurídica de las uniones no matrimoniales», *Revista de Derecho Privado*, mayo-junio, 2000, pp. 211-220.
- COCA PAYERAS, M. «Conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil propio en la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 88, 156 y 226 de 1993)», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1994, pp. 435 y ss.
- COMTE GUILLEMET, N. «Las parejas no casadas ante el DIPr.», en: A. L. CALVO CARAVACA / J. L. IRIARTE ANGEL (eds.), *Mundialización y familia*, Madrid, 2001, pp. 306 y ss.
- FONTANELLAS, J. M. «Les noves perspectives per una regulació de les unions de fet en el Dret internacional privat espanyol», en: J. M. MARTINELL / M. T. ARECES PIÑOLL (eds.), *XI Jornades Jurídiques. Uniones de hecho*, Lérida, 1998, pp. 236 y ss.
- GARCÍA VARELA, R. «Artículo 49», en: I. SIERRA GIL DE LA CUESTA (coord.), *Comentario del Código Civil*, Barcelona, 2000, T. I, pp. 656 y ss.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V. «Las uniones libres en la Ley Foral Navarra de Parejas Estables», *Actualidad Civil*, N.º 17, de 23 al 29 de abril de 2001.
- GINEBRA MOLINS, M. E. «Algunas notas sobre la referencia a la vecindad civil en los arts. 1.1 final 20.2 de la Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, d'unions de parella», *Conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho civil vasco*, Bilbao, 1999, pp. 427 y ss.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. «Derecho de familia. El matrimonio», en: J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho Internacional Privado. Parte especial*, 6.ª ed., Oviedo, 1995.
- , *Derecho Internacional Privado. Parte I: Introducción*, Madrid, 1984.
- , «Los conflictos internos en el sistema español de Derecho internacional privado», en: E. PÉREZ VERA (dir.), *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Madrid, 1998.
- GOÑI URRIZA, N. «La ley navarra para la igualdad jurídica de las parejas estables», en: A. L. CALVO CARAVACA / J. L. IRIARTE ANGEL (eds.), *Mundialización y familia*, Madrid, 2001, pp. 375 y ss.
- GULLÓN BALLESTEROS, A. «Artículo 4», en: I. SIERRA GIL DE LA CUESTA (coord.), *Comentario del Código Civil*, Barcelona, 2000, T. I, pp. 378 y ss.
- , «Artículo 1», *Ibidem*, pp. 354 y ss.
- IRIARTE ANGEL, J. L. «Celebración del matrimonio», en: A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, 3.ª ed., Granada, 2002, pp. 61 y ss.
- , «La persona física», *Ibidem*, pp. 13 y ss.

- , «Artículo 49», *Legislación de Derecho Internacional Privado. Comentada y con jurisprudencia*, Madrid, 2002, pp. 161 y ss.
- , «Artículo 10.5», en: I. SIERRA GIL DE LA CUESTA (coord.), *Comentario del Código Civil*, Barcelona, 2000, T. I, pp. 471 y ss.
- , «Artículo 9.1», *Ibidem*, pp. 411 y ss.
- , «Artículo 9.2», *Ibidem*, pp. 416 y ss.
- , «Parámetros constitucionales para los conflictos internos en materia civil», *Conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho Civil Vasco*, Bilbao, 1999, pp. 39 y ss.
- LÁZARO GONZÁLEZ, I. *Las uniones de hecho en Derecho Internacional Privado español*, Madrid, 1999.
- MARTÍN CASALS, M. «Informe de Derecho comparado sobre la regulación de las parejas de hecho», *Anuario de Derecho Civil*, XLVIII, octubre-diciembre, 1995, pp. 1709-1808.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. «Las uniones de hecho: Derecho aplicable», *Actualidad Civil*, LVI, 1999.
- MORENO VERDEJO, J. «Algunas reflexiones sobre los registros municipales de uniones civiles no matrimoniales», *Revista General de Derecho*, LI, N.º 603, diciembre 1994, pp. 12543 y ss.
- PALSSON, L. «Marriage and Divorce», *IECL*, vol. III, cap. 16, pp. 3 y ss.
- PANTALEÓN PRIETO, F. «Régimen jurídico civil de las uniones de hecho», *XI Jornades Jurídiques. Uniones de hecho*, Lérida, 1998, pp. 67 y ss.
- PÉREZ VERA, E. «Las parejas de hecho desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado español», en: A. L. CALVO CARAVACA / J. L. IRIARTE ANGEL (eds.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, 2000, pp. 134 y ss.
- RUBIO TORRANO, E. «Artículo 16», en: E. RUBIO TORRANO (dir.), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Pamplona, 2002, pp. 49 y ss.
- SÁNCHEZ LORENZO, S. «Las parejas no casadas ante el Derecho internacional privado», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1989, pp. 487 y ss.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R. «La institucionalización jurídica de la pareja. Registros de pareja de hecho», en: M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ (coord.), *Las uniones de hecho*, Cádiz, 1995, pp. 47 y ss.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B. «La analogía en el Derecho», *ADC*, 1995, pp. 1039 y ss.
- VILLAGRASA ALCALDE, C. «Los registros municipales de uniones civiles», en: J. J. MARTINELL / M. T. ARECES PIÑOL (eds.), *Uniones de hecho*, Lleida, 1998, pp. 515 y ss.
- ZABALO ESCUDERO, E. «Artículo 16.1», en: M. ALBALADEJO / S. DÍAZ ALABART (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, 2.ª ed., Madrid, 1995, T. I, vol. 2.º, pp. 1259 y ss.
- , «Nota», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1993, pp. 530 y ss.

LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA COEXISTENCIA DE LAS REGLAMENTACIONES SOBRE LOS CREDITOS DOCUMENTARIOS *STAND-BY* Y SOBRE LAS GARANTIAS INDEPENDIENTES

Javier San Juan Crucelaegui
Profesor de la Universidad de Deusto

Sumario: I. La naturaleza y modalidades de los créditos *stand-by*. 1. El crédito *stand-by* financiero. 2. La utilización del crédito *stand-by* en garantía del pago del precio. II. La diferente naturaleza jurídica de los créditos documentarios ordinarios y de los créditos *stand-by*. 1. Las diferentes finalidades económicas. 2. El diferente grado de formalismo. III. La aplicabilidad de las reglas y usos uniformes sobre los créditos documentarios (RUU) a los créditos *stand-by*. 1. Los preceptos de las RUU aplicables a los créditos *stand-by*. 2. Los preceptos de las RUU no aplicables a los créditos *stand-by*. IV. La identidad de naturaleza entre las garantías independientes y los créditos *stand-by* y el campo de aplicación de sus respectivas reglamentaciones. 1. La inaplicabilidad de las RUU a las garantías independientes. 2. La aplicabilidad de las Reglas Uniformes sobre las Garantías a Demanda (RUGD) a los créditos *stand-by*.

En las actuales relaciones mercantiles internacionales se ha producido una mutación y una ampliación de los riesgos asumidos por el acreedor internacional y, por ende, ha surgido la necesidad de garantía de tales riesgos transformados e intensificados. Los ordenamientos jurídicos no han podido servir esta nueva necesidad por recurso a los tipos contractuales por ellos conocidos y aceptados, fueren de tradicional raigambre o de reciente aparición y consolidación. El mecanismo del crédito documentario, aun habiendo alcanzado una plena decantación jurídica, no se acomoda a la cobertura de riesgos complejos y perdurables. Por otra parte, y en términos generales, no resultan de interés para el acreedor las figuras tradicionales de garantía, marcadas primordialmente por su carácter de accesoriedad, porque el garante accesorio puede invocar las excepciones y medios de defensa que corresponden al deudor. En ese caso, el acreedor viene obligado con frecuencia a la incoación de procedimientos judiciales que entrañan dilaciones e in-

convenientes. Por otro lado, las instituciones financieras, usualmente libradoras de las garantías en las relaciones internacionales, se resisten a actuar como garantes accesorios, pues ello implica asumir la dificultad de la determinación de aquellas situaciones en las que deben proceder a la realización del pago, pudiendo verse involucradas en las diferencias que pudieran oponer a las partes en relación con el contrato subyacente garantizado.

Tradicionalmente, el género de las garantías personales ha contenido en su seno la sola especie de la fianza, tipo jurídico decisivamente teñido por su carácter de accesoriedad, y figura contractual que no ha recibido atención primordial en el pasado en orden a su utilización en el comercio internacional. Por el contrario, en los últimos años las necesidades de nuevas figuras internacionales de garantía han convertido a la fianza en centro de atención y ha adquirido rango de garantía de primer orden. Sin embargo, la rigidez de su regulación y la tendencia de la jurisprudencia a la firme y nítida protección de los caracteres de la fianza, hasta llegar a entenderlos como inderogables, han provocado una consecuencia de opuesto signo, arrastrando la crisis de la institución al causar su incapacidad para la satisfacción de aquellas necesidades para las que su utilización era pretendida. Dicha crisis se manifiesta en que la regulación jurídica de la fianza puede producir efectos imprevisibles, lo que entraña mayor gravedad puesto que su finalidad estriba, precisamente, en procurar una garantía. La historia del desarrollo de la fianza pone de manifiesto que el exceso de protección del tipo contractual y de sus caracteres frente a los intereses del acreedor garantizado se traduce inevitablemente en desconfianza hacia una figura de garantía que se ha convertido en aleatoria, pues, en virtud de la comunicación de excepciones entre relación garantizada y relación de garantía, puede acabar por significar garantía de la ejecución de una sentencia judicial. Aun pudiendo incurrir la siguiente afirmación en exageración, se tiene la impresión de que el respeto a la obligación asumida no siempre se produce cuando se recurre a la fianza. Por ello, no debe causar extrañeza que los acreedores insatisfechos y desencantados busquen nuevas fórmulas de garantía.

Descartada la utilización de la figura de la fianza para el aseguramiento de las transacciones internacionales como consecuencia de su carácter accesorio, la aparición de la figura de las garantías independientes constituye, en tal contexto, la réplica de los importadores frente al rigor de las condiciones de pago impuestas por los exportadores, generalmente consistentes en la exigencia del pago de la compraventa mediante crédito documentario. Frente a la seguridad así obtenida por el exportador, el importador desea verse igualmente protegido por una

promesa de pago independiente del contrato subyacente y emitida por una institución financiera que suscita confianza y que permanece al margen y desconectada de la relación subyacente garantizada.

En respuesta a tal nueva necesidad de figuras de garantía que superen las insuficiencias de las tradicionales, se ha producido la aparición de las hoy llamadas garantías independientes, con frecuencia denominadas «garantías a demanda» o «a primer requerimiento». Las garantías independientes europeas y su equivalente norteamericano, las *stand-by letters of credit*, constituyen un fenómeno jurídico relativamente nuevo pues, aun cuando parece que su uso se produjo inicialmente en los mercados internos de los EEUU a lo largo de la década de los años sesenta, su utilización generalizada en las relaciones internacionales se produjo en la década de los años setenta¹. En aquellas fechas, el espectacular incremento de los ingresos financieros recibidos por los países productores de petróleo del Oriente Medio les permitió la conclusión de múltiples y complejos contratos con empresas occidentales para la construcción y mejora de infraestructuras, construcción de equipamientos públicos, puesta en marcha de proyectos industriales y agrícolas e impulso de proyectos de defensa nacional. Probablemente, el origen general de las garantías independientes y, más en particular, el de las garantías pagaderas a demanda simple, puede ser situado en dichas transacciones. Su utilización acabaría por alcanzar, posteriormente, amplísima extensión. Su expansión se explica, asimismo, por el hecho de que pueden ser utilizadas para la cobertura de toda clase de transacciones, fueren éstas de índole financiera o no. En suma, mientras la posición del vendedor o exportador había quedado garantizada desde antes incluso de la década de los años cincuenta mediante la figura del crédito documentario, la posición del comprador o importador no había encontrado auténtico aseguramiento hasta el inicio de la década de los años setenta². Sin embargo, puede afirmarse que, en la actualidad, la mayor parte de las transacciones internacionales se llevan a cabo mediante la inclusión de algún tipo de garantía para el aseguramiento de la posición del adquirente.

En consonancia con tal evolución, la Cámara de Comercio Internacional ha preparado un conjunto de reglamentaciones a propósito de las

¹ Acerca del nacimiento de la figura de las garantías abstractas o independientes, *vid.* GAVALDA y STOUFFLET, «La lettre de garantie internationale», en *Rev. Trimestrielle de Droit Commercial*, Tomo XXXIII, 1980, págs. 1-23; asimismo, BERTRAMS, *Bank Guarantees in International Trade*, 2.^a edición, Deventer, Kluwer Law International and the International Chamber of Commerce, 1996, págs. 42 y sigs.

² Acerca del nacimiento del crédito documentario, *vid.* STOUFFLET, *Le crédit documentaire*, París, Librairies Techniques, 1957, págs. 42 y sigs.

garantías contractuales utilizadas en la contratación internacional³. En su orden cronológico, el primer texto es el titulado *Reglas Uniformes Relativas a las Garantías Contractuales*, de 1978, que permanece formalmente vigente a pesar de la falta de aceptación de que fue objeto, lo que fue consecuencia de que dicho texto constituyera una toma de postura por parte de la CCI contra la figura de las garantías abstractas o independientes, pretendiendo con la promulgación del citado texto una «moralización» de la práctica internacional. La realidad de la generalizada aceptación internacional dispensada en favor de las garantías independientes llevó posteriormente a la CCI, en 1992, a la promulgación de las *Reglas y Usos Uniformes Relativos a las Garantías a Primer Requerimiento*, en las que se dispensa plena acogida a las garantías independientes de acuerdo con la práctica internacionalmente observada. Sin embargo, manteniendo un cierto grado de oposición a las mismas, las configura como primordialmente revestidas de un carácter documentario, asumiendo, en consecuencia, una postura en algún grado contraria a las garantías pagaderas a demanda simple de su beneficiario. Por último, en 1994, bajo las presiones singularmente de algunas empresas constructoras y compañías de seguros, la CCI publicó las reglas sobre los *Contract Bonds*⁴, lo que contribuyó a la creación de lo que puede parecer una maraña normativa, pero que es reglamentación claramente diferenciada de cualquier otra vigente al regular figuras de garantía caracterizadas por su esencial accesoriedad⁵.

Confusión, asimismo, se ha venido derivando la coexistencia de las *Reglas y Usos Uniformes Relativos a los Créditos Documentarios* pues, desde la Revisión de 1982, aquellas dieron forzada acogida y extendieron su regulación a los créditos documentarios *stand-by*, figura ésta que ostenta una clara identidad de naturaleza jurídica con las garantías indepen-

³ Acerca de la labor de la CCI en lo relativo a la unificación del derecho en materia de garantías, *vid.* SÁNCHEZ CALERO, «Garantías a primer requerimiento», en *Las garantías a primer requerimiento (garantías a primera demanda)*, Fundación BBV-Civitas, Madrid, 1996, págs. 36-38.

⁴ Traducción al castellano, Publicación CCI, *Reglas para las Fianzas Contractuales*.

⁵ Las Naciones Unidas, a través de la Uncitral, dieron fin en 1995 a la Convención en materia de Garantías Independientes, la cual quedó abierta a la firma de los Estados desde el mes de diciembre del citado año. La Convención ha recibido un escaso número de ratificaciones y adhesiones hasta la fecha, por lo que cabe la duda sobre su futuro éxito. Sin embargo, este último texto presenta el especial interés de refundir el concepto y la regulación de las figuras de las garantías independientes y de los créditos documentarios *stand-by*, aceptando la identidad de naturaleza jurídica de las mismas y superando de esta forma la incertidumbre que pudiera derivarse de las diversas reglamentaciones emanadas de la CCI.

dientes⁶. Al ser estas últimas objeto de regulación específica en 1992, permaneciendo los créditos documentarios *stand-by* bajo la disciplina de las RUU, el resultado se traduce en la doble regulación de un mismo mecanismo jurídico de garantía, siendo por ello necesario analizar la coexistencia y delimitar el campo de aplicación de las RUU y de las RUGD.

Las garantías utilizadas en el comercio internacional pueden asumir formas diversas, tales como créditos documentarios comerciales u ordinarios, garantías independientes o cartas de crédito *stand-by*⁷. Entre las citadas figuras cabe la apreciación de grados de parentesco⁸, puesto que el crédito documentario comercial u ordinario es el origen de las cartas de crédito *stand-by*, y éstas parecen serlo, a su vez, de las garantías independientes. La cronología seguida en su utilización parece respaldar la idea de una genealogía de las garantías independientes, según la cual el origen inicial se encontraría en el crédito documentario y los posteriores desarrollos habrían terminado por retornar a sus fuentes originales. Esta idea habría llevado a los redactores de las RUU, al haber apreciado tal parentesco, al sometimiento de ambas figuras a unos mismos principios inspiradores básicos en la Revisión de las Reglas y Usos Uniformes relativas a los créditos documentarios llevada a cabo en 1983, momento en que la figura del crédito documentario *stand-by* fue recogida en las RUU.

Los créditos *stand-by* se desarrollaron a partir de los años cincuenta⁹. Han sido utilizados por los bancos norteamericanos tanto en operaciones comerciales internas como en transacciones internacionales, de re-

⁶ De otro lado, desde la Revisión de las RUU de 1982, la CCI había dado acogida en las RUU aplicables a los créditos documentarios a la figura de los créditos *stand-by*, substancialmente similares a las garantías independientes, los cuales disponen así de una regulación diferenciada. Sin embargo, la identidad o similitud conceptuales de ambas figuras plantea la cuestión de la aplicabilidad de las RUU a las garantías independientes en razón de la apuntada similitud conceptual entre ambas.

⁷ Cfr. DÍAZ MORENO, «Los trabajos de Uncitral en materia de garantías independientes internacionales», en *Rev. de Derecho Mercantil*, 1993, págs. 151-205. El citado autor, pág. 152 afirma: «carta de crédito contingente es el término usado como traducción de la expresión inglesa *stand-by letters of credit* en los documentos de la Uncitral redactados en castellano. Tal traducción no resulta satisfactoria, se resiente de una cierta artificiosidad, y no encuentra precedente o punto de referencia en la terminología generalmente usada, sin que la expresión inglesa haya sido traducida a otros idiomas además de al castellano».

⁸ Cfr. PUECH, «Credit documentaire, garanties bancaires, stand-by letter of credit: une etude comparative», en *Actualités BFCE*, julio, 1988, págs. 11-12; SIMLER, *Le cautionnement et les garanties autonomes*, 2.^a edición, París, Litec, 1992, pág. 675.

⁹ Resulta de especial interés, el informe de la Secretaría General de la Uncitral, XII sesión, Viena, 18 a 29 de junio de 1979, «Lettres de credit standby», Doc. A/CN.1/163, de 9 de mayo de 1979, en *Uncitral Yearbook*, vol. X, 1979, pág. 86.

sultas de la prohibición¹⁰ que sobre ellos pesaba de emitir garantías por cuenta de terceros¹¹ lo que resultaba de la exclusiva competencia de las compañías de seguros¹². Igual prohibición pesaba sobre los bancos de otros países. Ello ha permitido afirmar¹³ que las cartas de crédito *stand-by* son el resultado de un camuflaje, consecuencia de la desviación padecida por la técnica del crédito documentario.

Ha venido subsistiendo un grado de confusión en cuanto a la regulación de las diferentes figuras mencionadas y el campo de aplicación de las distintas reglamentaciones emanadas de la CCI¹⁴ a tal propósito, pues la CCI dio cuerpo a regulaciones distintas aplicables a las garantías independientes y a los créditos *stand-by* al decidir la inclusión de éstos en las RUU aplicables a los créditos documentarios¹⁵, de donde se deducía

¹⁰ Tal prohibición lo fue de origen jurisprudencial y se inició en los finales del siglo XIX. La emisión de garantías resulta posible siempre que el banco garante tuviera un interés directo. Por el contrario, la emisión de una garantía a favor de un tercero no fue considerado como actividad bancaria en el caso *Bowen vs. Needless National Bank*, 94 F. 925, 9th Circuit, 1899; la evolución histórica queda reflejada en GABLE, «Standby Letters of Credit: Nomenclature has confounded analysis», en *Law and Policy in International Business*, 1980, vol. 12, págs. 914-915; igualmente, CABRILLAC y MOULLY, *Droit des suretes...* cit., pág. 366.

¹¹ Las autoridades (*controller of the currency*) promulgaron diversas reglamentaciones que autorizaban la emisión de *standby letters of credit* por los bancos estadounidenses. La primera de ellas, de mayo de 1977, fue la *Final interpretative Ruling*; la segunda, de 1980, impuso condiciones para la validez de los créditos *stand-by* relativas a las comisiones bancarias, vigencia y monto del crédito, pago contra documentos y reembolso por el ordenante. Los bancos integrados en el *Federal Reserve System* quedan bajo la *Federal Reserve Board*, 12 CFR, 1982; el resto de los bancos quedan bajo la *Federal Deposit Insurance Corporation*, 12 CFR, 1983. *Vid.* la exposición de CABRILLAC y MOULLY, *Droit des suretes*, cit., pág. 366.

¹² Al respecto, DICKSON y ARABYAN, *Le performance bond...*, cit., pág. 936; MARTIN, «La lettre de credit stand-by», en *Rev. Banque*, 1985, n.º 6, págs. 31-32.

¹³ La expresión pertenece a VASSEUR, en *Droit et économie bancaires*, fascículo II *Les opérations de banque*, París, 1987-1988, pág. 796-797.

¹⁴ *Reglas y Usos Uniformes Relativos a los créditos documentarios*, Revisión de 1983, Publicación CCI n.º 400, que dio inicialmente cabida a los créditos *stand-by* en las RUU; Revisión de 1993; Publicación CCI n.º 500, Revisión 1993, que mantuvo tal inclusión introduciendo modificaciones primordialmente acerca de los documentos; las RUU se completan con la Publicación CCI, n.º 516, *The New ICC Standard Documentary Credit Forms*; acerca de la evolución seguida por las RUU, puede verse la Publicación CCI n.º 411, *UCP 1974/1983 Revisions Compared and Explained. Documentary credits*, y la Publicación CCI, n.º 511, *Documentary Credits: UCP 500 and 400 Compared*.

¹⁵ Acerca de la revisión llevada a cabo en 1983, pueden verse BOUDINOT, «La revision des regles et usances relatives aux credits documentaires», en *Rev. Banque*, 1983, págs. 609-612 y págs. 997-1001; ELLINGER, «The Uniform Customs, their nature and the 1983 Revision», en *Lloyd's and Maritime Commercial Law Quarterly*, 1984, págs. 578-605; JASINSKY, «Application aux lettres de credit stand-by des regles et usances», en *Rev. Banque*, 1988, págs. 1116-1120; MARTIN, «La lettre de credit stand-by», en *Rev. Banque*, 1985, n.º 6, págs. 31-32; especialmente, SCHMITTHOFF, «The New Uniform Customs for Letter of Credit», en *Journal of Business Law*, 1983, págs. 193 y sigs.

que los créditos *stand-by* quedaban incardinados en la figura del crédito documentario¹⁶. Por el contrario, se aprecia una identidad conceptual entre los créditos *stand-by* y las garantías independientes, y entre aquéllos y los créditos documentarios ordinarios, de donde puede seguirse la duda acerca de la regulación de las garantías independientes en el marco de la regulación emanada de la CCI, pues sobre la base de tal identidad conceptual, cabría su regulación mediante las RUGD o mediante las RUU. Es de señalar que tal confusión se encuentra, probablemente, en vías de clarificación de resultados de la publicación por la CCI de las *International Standby Practices (ISP 98)*¹⁷ que se encuentran culminando su proceso de aceptación por los operadores internacionales. Por ello, procede el análisis de los créditos *stand-by* al objeto de precisar la regulación de las garantías independientes en el marco de la reglamentación emanada de la CCI¹⁸.

I. La naturaleza y modalidades de los créditos *stand-by*

El término *stand-by* significa un estado de alerta o de espera, es decir, no debiera producirse su participación en la operación e implica la idea de estar preparado para intervenir, de forma que la carta de crédito

¹⁶ Acerca de los créditos *stand-by*, WUNNIECKE & WUNNICKE, *Standby letters of credit*, Business Practice Library, Wiley Law Publications, 1989, en especial, acerca de la jurisprudencia norteamericana, págs. 451-459; DOLAN, *The law of Letters of Credit (Commercial and standby Credits)*, Boston 2nd. ed. 1990, págs. 7-29, 7-83, 11-28, 11-45, complementada por el suplemento 1995, en CLR, 1985, págs. 1-45; ELLINGER y BARRY, «Standby Letters of credit», en *International Business Lawyer*, 1978, vol. 6, págs. 604-640; GETZ, «Enjoining the International Standby Letter of Credit: The Iranian Letter of Credit Cases», en *Harvard International Law Journal*, 1980, págs. 189-252; así como los artículos de KOZOLCHYK, «Bank guarantees and letters of credit: time for a return to the fold», en *Journal of International Banking Law*, 1989, págs. 1-79; KOZOLCHYK, «The Emerging Law of Standby letters of Credit and Bank Guarantees», en *Arizona Law Review*, 1980, págs. 319 y sigs; KOZOLCHYK, «The financial letter of credit», en *Rev. de Droit des Affaires Internationales*, n.º 4, 1995, pág. 405; LECHEN, «Les suretés internationales (Etats-Unis d'Amérique 1980-1986)», en *Rev. de Droit des Affaires Internationales*, n.º 5, 1988, págs. 665-686; MATEJCEK, «The law and practice relating to the use of letters of credit and performance bonds in securing contractual performance in Canada and the United States», en *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux*, cit., págs. 49-79; RIGGS, «La lettre de credit standby en tant que garantie bancaire aux Etats-Unis», en *Rev. de Droit des Affaires Internationales*, n.º 3, 1990, págs. 393-400; STUMPF, «Fraud in the transaction: enjoining letters of credit during the iranian revolution», en *Harvard Law Review*, vol. 93, 1980, págs. 992-1015.

¹⁷ Preparadas por The Institute of International Banking Law & Practice, Publicación CCI, n.º 590.

¹⁸ En la doctrina española, VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, Barcelona, Bosch, 1986, Tomo II, págs. 423 y sigs.; ALONSO UREBA, «En torno al crédito documentario con particular referencia a las modalidades de créditos transferibles y subsidiarios», en

stand-by no debería llegar a ser ejecutada si todo se desarrollara normalmente. Asegura el normal desarrollo de una operación comercial o industrial, aunque finalmente pueda resultar siendo ejecutado caso de que se produjeran precisas y determinadas circunstancias¹⁹. Las cartas de crédito *stand-by* cubren aspectos diferentes según las operaciones a garantizar, siendo utilizadas en términos generales como garantías comerciales y financieras que revisten una gran versatilidad²⁰.

1. *El crédito stand-by financiero*

En virtud del artículo 5-103 (1, b) del *Uniform Commercial Code* (UCC)²¹, los bancos americanos pueden emitir cartas de crédito de este

Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero, Madrid, 1990, págs. 455 y sigs.; TAPIA HERMIDA, «Reglas y usos relativos a los créditos documentarios. Revisión 1983», en *Rev. de Derecho Bancario y Bursátil*, 1983, págs. 43 y sigs.; HERNÁNDEZ MARTÍ, «Créditos documentarios: su cumplimiento y excepciones al mismo», en *Estudios Jurídicos Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Tomo III, Cívitas, Madrid, 1996, págs. 3297-3324.

¹⁹ Vid. al respecto la exposición de VASSEUR, *Les opérations de banque* cit., pág. 796-797; MARTIN, *La lettre de credit stand-by*, cit., págs. 31-32; fundamentándose en los dos autores citados, CAPRIOLI, *Le credit documentaire: evolution et perspectives*, Paría, Litec, 1992, págs. 286-287.

²⁰ Un cierto porcentaje de tales garantías son libradas a propósito de contratos de construcción o de venta de naves industriales «llave en mano», aun cuando son asimismo utilizadas en relación con situaciones y relaciones jurídicas de gran heterogeneidad. En los EEUU, los *stand-by* son también utilizados en materia civil, de forma que, por ejemplo en el marco del derecho de familia son parte integrante en los acuerdos de custodia de niños, concesión y pagos de pensiones alimenticias, incluso en promesas en matrimonio, y asimismo su utilización se produce en los negocios inmobiliarios. Como ejemplo de la versatilidad de los créditos *stand-by*, puede hacerse mención del caso de la Bahía de Cochinos, narrado por VASSEUR, *Les opérations de banque* cit., pág. 800. En abril de 1961, la CIA intentó el derrocamiento del régimen de Fidel Castro. Tras el fracaso de la operación de una invasión llevada a cabo por emigrantes cubanos en Bahía de Cochinos, el gobierno del Presidente Kennedy aceptó la permuta de productos farmacéuticos por un valor de cincuenta y tres millones de dólares EEUU a cambio de la puesta en libertad de los prisioneros, operación de difícil conclusión por la desconfianza del régimen cubano, la cual, sin embargo, fue desbloqueada mediante la emisión de una *stand-by letter of credit* por un banco canadiense contragarantizada por dos bancos estadounidenses, ejecutable mediante la simple declaración del gobierno cubano en el sentido de que los EEUU no habían entregado los productos farmacéuticos.

²¹ Art. 5-102-1, *Uniform Commercial Code*, (UCC): «(1) This article applies: (a) to a credit issued by a bank if the credit requires a documentary draft or a documentary demand for payment; and (b) to a credit issued by a person other than a bank if the credit requires that the draft or demand for payment be accompanied by a document of title; and (c) to a credit issued by a bank or other person than a bank if the credit is not within subparagraphs a) o b) but conspicuously states that it is a letter of credit or is conspicuously so entitled. El precepto transcrito es complementado por el Art. 5-103 del mismo texto legal (UCC): (a) Credit or letter of credit means an engagement by a bank or other person made at the request of a customer and of a kind within the scope of this Article (section 5-102) that the

tipo. En la práctica bancaria americana, las cartas de crédito *stand-by* son igualmente utilizadas como basamento de obligaciones financieras. Las cartas de crédito *stand-by* emitidas como documentos negociables en los Estados Unidos tienen como finalidad la de actuar como título de garantía para la emisión de efectos negociables. Se permite a las sociedades la emisión de documentos negociables (*commercial paper*) en el mercado financiero tradicional para obtención de tesorería. El *commercial paper* corresponde a un pagaré a corto plazo, descontable, emitido al portador o a favor de persona determinada (el comprador). Su vencimiento no suele exceder de nueve meses, aunque la duración normal es inferior a seis meses. Estos pagarés garantizan a sus portadores que serán reembolsados por el garante a su término si el suscriptor no pudiera hacerlo. Son garantías que sirven de sostenimiento a obligaciones financieras de cualquier clase.

La emisión de una carta de crédito *stand-by* puede tener por objeto una garantía de sumisión (*bid bond*) que permita garantizar al comprador la conclusión del contrato; o bien, una garantía de devolución de anticipos (*advance payment bond*) que cubra la devolución de adelantos recibidos si la entrega no llegara a ser efectuada; o bien, una garantía de buena ejecución (*performance bond*) que conlleve el pago de una suma convenida caso de que el acuerdo no haya sido cumplido; o bien, una garantía de retención (*retention money bond*) que substituya la retención que hubiere de practicarse por una garantía bancaria. La garantía *stand-by* podrá también cubrir el mantenimiento de equipamientos (*maintenance bonds*) o incluso el pago de salarios o de subcontratistas (*labour and material payment bond*)²².

Según la opinión vigente en los EEUU, las ventajas que se derivan de una carta de crédito *stand-by* residen en la certidumbre y seguridad jurídicas en cuanto a su regulación que se derivan de la adhesión efectuada por los bancos emisores de dichas cartas de crédito a las RUU, por lo que se beneficia de un conjunto de normas jurídicas de derecho uniforme y universal; por otra parte, ayudan al mantenimiento del equilibrio contractual entre las partes, pues la carta de crédito *stand-by* sirve de contrapeso a la garantía de pago probablemente emitida por el comprador a favor del vendedor. A este respecto, constituyen, al igual

issuer will honor drafts or other demand for payment upon compliance with the conditions specified in the credit. A credit may be either an agreement to honor or a statement that the bank or other person is authorised to honor. (b) A documentary draft or a documentary demand for payment is one honor of which is conditioned upon the presentation of a document or documents. «Document» means any paper including document of title, security, invoice, notice of default and the like». Vid. sobre la cuestión, RIGGS, *L'utilisation des lettres de credit a l'appui d'émissions d'effets negociables aux Etats-Unis*, cit., págs. 806 y 819.

²² CAPRIOLI, *Le credit documentaire...* cit., págs. 292-293.

que una garantía independiente, la contrapartida de un crédito documentario ordinario. La carta de crédito *stand-by* emitida en favor del comprador equilibra la garantía de pago (que podría ser un crédito documentario). En el contexto de esta operación, se invierte completamente el proceso del crédito documentario ordinario o clásico, pues el beneficiario es el comprador mientras que el librador es el vendedor²³.

2. La utilización del crédito *stand-by* en garantía del pago del precio

Cuando se utiliza un crédito *stand-by* como garantía del pago adeudado derivado de un contrato de compraventa, aquél no tiene como finalidad servir de garantía de la ejecución de un contrato. Ello no impide la apreciación de acentuadas similitudes entre el crédito *stand-by* comercial y el crédito documentario ordinario. Al igual que en éste, la emisión de una carta de crédito *stand-by* comercial procede del comprador, que es su ordenante, quien solicita su emisión en favor del vendedor, que resulta ser su beneficiario. El uso del calificativo «comercial» en la carta de crédito *stand-by* emitida para garantizar una operación de importación es consecuencia de su utilización como garantía del pago de una compraventa sin que pueda ser considerada como un medio de pago.

Asimismo, puede señalarse la similitud consistente en que el importe garantizado alcanza a la totalidad de la operación y no a una parte de la misma. En consecuencia, además de las similitudes de índole formal entre el crédito *stand-by* comercial y el crédito documentario ordinario, aquél muestra una única diferencia con éste, pues no constituye un medio de pago normal, sino que lo es por defecto²⁴, de forma que el banco no tendrá que pagar su importe a no ser que el comprador no pague, es decir, no cumpla su prestación correspondiente en la operación subyacente. El pago de la carta de crédito es secundario o subsidiario, puesto que sanciona una falta de pago²⁵. Ambas modalidades de cartas

²³ BOUDINOT, *La revision des regles et usances relatives aux credits documentaires*, cit., págs. 609-612 y págs. 997-1001.

²⁴ Al respecto, cfr. la exposición de PUECH, *Credit documentaire, garanties bancaires, stand-by letters of credit...* cit., pág. 19.

²⁵ El desarrollo de la carta de crédito *stand-by* comercial ha supuesto algunos problemas para los bancos, tales como, de un lado, la posibilidad de que pueda tener lugar un doble pago y, de otro, el hecho de que los documentos no otorgan ningún derecho sobre la mercancía, así como la apreciación de la calidad y de la capacidad del ordenante. En cuanto al primer punto, para paliar el riesgo del doble pago, se ha adoptado un modelo de carta de crédito *stand-by* como pago de mercancías en el cual el beneficiario certificará no haber recibido el pago. Considerando que el banco no tiene necesidad de documentos originales, la última dificultad depende de la apreciación de los riesgos por el propio banco caso a caso. Cfr. CAPRIOLI, *Le credit documentaire...* cit., pág. 296.

de crédito *stand-by* son instrumentos de garantía, por lo que podrían quedar sin surtir sus efectos si en un crédito *stand-by* financiero el exportador ejecutara normalmente sus obligaciones, o si en un crédito *stand-by* comercial el comprador pagara el importe de la transacción.

II. La diferente naturaleza jurídica de los créditos documentarios ordinarios y de los créditos *stand-by*

El funcionamiento de la carta de crédito *stand-by* es similar al de la garantía independiente en cuanto al fondo, y es similar al del crédito documentario en cuanto a la forma. Sin embargo, los principios que lo inspiraron preveían su integración en la técnica del crédito documentario dado que la práctica bancaria buscaba insertar los *stand-by* en la regulación general de los créditos documentarios. Las discusiones han sido abundantes respecto a su inclusión en la Revisión de las RUU de 1983, en razón de este carácter híbrido²⁶.

Para un sector doctrinal²⁷, las semejanzas apreciables entre la carta de crédito *stand-by* y el crédito documentario ordinario resultan de peso suficiente como para concluir la identidad de naturaleza jurídica entre ambos instrumentos²⁸.

²⁶ Antes de dicha revisión, era práctica frecuente la referencia a la aplicación de las RUU en las cartas de crédito *stand-by* con la intención de garantizar las obligaciones de suministros o de prestaciones de los servicios a la exportación. *Vid.* al respecto MARTIN, *La lettre de credit standd-by* cit., págs. 31-32.

²⁷ Tal línea doctrina está representada principalmente, aun cuando con matizaciones, por BOUDINOT, *La revision des regles et usances relatives aux credits documentaires*, cit., págs. 609-612 y págs. 997-1001; JASINSKY, *Application aux lettres de credit stand-by des regles et usances*, cit., págs. 1010-1014; MARTIN, *La lettre de credit stand-by*, cit., págs. 31-32; abiertamente, CAPRIOLI, *Le credit documentaire...* cit., especialmente pág. 287. Tales semejanzas permiten concluir la específica particularidad de la carta de crédito *stand-by*, pues las operaciones de crédito *stand-by* y los créditos documentarios son compromisos bancarios crediticios. Por otra parte, ambos mecanismos implican estructuras en los planos jurídico y financiero en los que son similares las personas comprometidas, comparten la misma independencia frente al contrato subyacente y deben cumplir con determinados requisitos en orden a la ejecución del compromiso del banco. Asimismo, cabe resaltar la filiación jurídica que preside los destinos del crédito documentario y de la carta de crédito *stand-by* en cuanto garantías bancarias internacionales. Para dicho sector doctrinal, se podría, pues, deducir que existe una identidad de técnica bancaria y de naturaleza jurídica entre el crédito documentario y la carta de crédito *stand-by*.

²⁸ Los créditos *stand-by* y los créditos documentarios ordinarios son, por su propia naturaleza, compromisos bancarios crediticios. Es la consideración generalmente deparada por la doctrina francesa. El crédito documentario es incardinable entre los créditos a la importación, pues el banco prestará su firma al comprador para garantizar la realización de la prestación financiera y pagará al vendedor a partir del momento en que éste haya presentado los documentos previstos en el momento de la apertura del crédito. En consecuencia,

Por otra parte, se pone de manifiesto que, en la práctica, las relaciones económicas internacionales que conllevan la emisión de una garantía implican la participación de una misma estructura personal cuyos elementos resultan ser: un ordenante, un banco emisor que asume un compromiso de pago, un beneficiario que debe dar normalmente cumplimiento a determinadas condiciones y, a veces, un segundo banco intermediario; todo ello con independencia del concreto instrumento utilizado, fuere éste tanto un crédito documentario ordinario como una carta de crédito *stand-by*, y todo ello, asimismo, basado en la aportación de los documentos cuya entrega ha sido pactada por las partes.

La apreciación de la mencionada estructura operacional lleva a presumir que ello habría sido la causa de su inclusión en las RUU, por lo que la identidad de naturaleza entre los créditos documentarios ordinarios y los créditos *stand-by* se fundamentaría en el art. 2 de las RUU²⁹, que contiene la definición de crédito documentario y que abarca tanto a los créditos documentarios ordinarios como a las cartas de crédito *stand-by*, para de ello deducir una identidad de naturaleza entre ambos mecanismos³⁰. En apoyo de lo anterior, se arguye³¹ que las considera-

sus características responden a la definición de crédito pues éstos son compromisos asumidos por un banco en favor de terceros a petición de un cliente. Al respecto, BONNEAU, *Droit Bancaire*, París, Montchrestien, 1994, pág. 391; RIVES LANGE y CONTAMYNE RAYNAUD, *Droit Bancaire*, 6.ª edición, París, Précis Dalloz, 1995, pág. 721; SIMLER, *Le cautionnement...* cit., n.º 869; GAVALDA y STOUFFLET, *Droit du crédit*, Tomo I, n.º 89.

²⁹ RUU, Publicación CCI, n.º 500: el art. 1 de las RUU establece que «Las presentes Reglas y Usos Uniformes...son de aplicación a todos los créditos documentarios (incluyendo las cartas de crédito *stand-by* en la medida en que sea aplicable...). Por su parte, el art. 2 de las RUU define el crédito documentario en el sentido de que lo es «todo acuerdo, cualquiera que sea su denominación o descripción, por el que un banco, obrando a petición y de conformidad con las instrucciones de un cliente (ordenante) o en su propio nombre: I) se obliga a hacer un pago a un tercero (beneficiario) o a su orden, o a aceptar y pagar letras de cambio libradas por el beneficiario; II) o autoriza a otro banco para que efectúe el pago o para que acepte y pague tales instrumentos de giro; III) o autoriza a otro banco para que negocie contra la entrega de los documentos, siempre y cuando se cumplan los términos y las condiciones del crédito».

³⁰ Entre otros autores, BOUDINOT, *La revision des regles et usances relatives aux credits documentaires*, cit., págs. 609-612 y págs. 997-1001; JASINSKY, *Application aux lettres de credit stand-by des regles et usances*, cit., págs. 1116-1120; MARTIN, *La lettre de credit stand-by*, cit., págs. 31-32; CAPRIOLI, *Le credit documentaire...* cit., págs. 274 y sigs. Hay un salto lógico en el razonamiento seguido por el citado autor, para cuya excusa aduce que la función de la CCI es conseguir la unificación de las prácticas bancarias y no su división. En realidad, esta orientación doctrinal buscaba más defender la labor unificadora de la CCI y extender la regulación contenida en las RUU a los créditos *stand-by*, en busca de seguridad jurídica, que defender estrictamente la identidad de naturaleza jurídica entre éstos y los créditos documentarios ordinarios.

³¹ Cfr. CAPRIOLI, *Le credit documentaire...* cit., pág. 280.

ciones hechas por la Comisión Bancaria de la CCI³² acerca del citado precepto ponen de relieve una substancial identidad en la naturaleza jurídica de los compromisos.

En realidad, la preocupación de la CCI estribó en la consecución de la mayor unificación posible en cuanto a la práctica de los mecanismos bancarios de garantía, entre los cuales la regulación relativa a los créditos documentarios ostentaba un reconocimiento universal³³. La denominación créditos documentarios *stand-by*, propagada desde los EEUU, y la consideración analógica dispensada a los mismos en relación a los créditos documentarios ordinarios llevaron a la inclusión de los créditos *stand-by* en la regulación de los créditos documentarios en aras a la evitación de la diversificación jurídica. Realmente hubiera sido sorprendente que la CCI hubiera dado una definición diferente a los créditos *stand-by* cuando su propósito era el de buscar su sumisión a una misma regulación. La aceptación por las RUU de un nuevo tipo distinto de crédito documentario, reconociendo la existencia de un mecanismo distinto del crédito documentario ordinario, hubiera sido actitud poco favorable para la unidad de la institución³⁴.

En efecto, cabe apreciar un paralelismo entre ambas figuras, crédito documentario ordinario y carta de crédito *stand-by*, pues ambas son compromisos de pago independientes del contrato subyacente, cuya realización está sometida al respeto de las condiciones documentarias estipuladas en el crédito. La independencia de la obligación del banco en la carta de crédito *stand-by* caracteriza igualmente al crédito documentario ordinario. El objeto principal de la carta de crédito *stand-by* es el de garantizar a primera demanda un pago al beneficiario caso de

³² Vid. Doc. CCI. n.º 470/367, de 4 de agosto de 1980, así como la Opinión (*Avis*) (1980-1981) al respecto de la Comisión de Práctica y Técnica Bancarias de la CCI. Cfr. CAPRIOLI, *Le credit documentaire...* cit., pág. 282, notas 36 y 37.

³³ Comentarios acerca de la cuestión de WHEBLE, Doc. CCI. n.º 470/561, de 11 de octubre de 1988, y Doc. CCI. n.º 470/Int. 248, de 13 de diciembre de 1988, en sus informes dirigidos a los miembros de la Comisión Bancaria en los que el autor propone la supresión de las *stand-by letters of credit* del texto de las RUU «car cela s'applique a des situations par default. La question sera couverte par les nouvelles regles sur les garanties».

³⁴ Otros autores señalan alguna otra similitud, como la que ambas muestran en cuanto a su función compartida de ser garantías bancarias de pago, bien lo fueren del pago de un suministro de mercancías, bien lo fueren del buen fin de una prestación contractual o del pago de su incumplimiento. Ambas deben ser objeto de notificación al beneficiario por su emisor a fin de tener un valor frente a terceros. La conjugación de estas convergencias ha producido una nueva garantía llamada carta de crédito *stand-by*, que es en realidad una garantía bancaria independiente emitida en forma de crédito documentario. BONTOUX, *Les garanties bancaires dans le commerce international*, cit., págs. 171-174; en el mismo sentido, PUECH, «Les garanties bancaires dans le commerce international», en *Actualites BFCE*, mayo 1984, págs. 3-4.

incumplimiento de sus prestaciones contractuales por el deudor. Ya en 1979, en su XII Sesión, la Uncitral³⁵ había calificado y definido las cartas de crédito *stand-by* de igual forma en su informe, afirmando que «la carta de crédito emitida por un banco en favor del beneficiario establece entre el banco y el beneficiario una relación jurídica independiente de este contrato subyacente... De conformidad con los términos convenidos en el contrato subyacente especificará las condiciones que debe cumplir el beneficiario para tener derecho a reclamar el pago... el banco está obligado a pagarle, sin tener en cuenta diferencias que podrían existir entre el beneficiario y el librador en lo que concierne al contrato (subyacente)»³⁶.

Sin embargo, junto a las similitudes apuntadas, más aparentes que reales, cabe la apreciación de diferencias de índole básica que apuntan a una diferenciación en cuanto a la naturaleza jurídica de ambos instrumentos. En el aspecto económico, las funciones de ambos mecanismos parecen ser opuestas, puesto que la carta de crédito *stand-by* es una garantía mientras que el crédito documentario es un medio de pago. Por otro lado, el crédito *stand-by* se presenta bajo la forma y la apariencia de un crédito documentario ordinario, aunque el formalismo empleado esté limitado³⁷.

Los créditos documentarios se incardinan en las «operaciones de mediación en los pagos» dentro de la tipología de las operaciones bancarias³⁸. La utilización del término «crédito» puede ser ajena a los perfiles de la figura contemplada, pues el pago por el banco al vendedor no implica necesariamente una relación de crédito entre banco y comprador, dado que el banco puede disponer de fondos del propio comprador (v.gr., en depósito o en cuenta corriente). A su vez, en la relación

³⁵ Cfr. Doc. A/CN.9/163, de 9 de mayo de 1979, titulado *Stand-by letters of credit*.

³⁶ Cfr. ELLINGER, «Letters of credit», en *The Transnational Law of International Commercial Transactions*, cit., pág. 248. Dada la identidad de naturaleza jurídica, los tribunales suelen estimar que su régimen jurídico es también el mismo. Bajo esta perspectiva, el estudio de la jurisprudencia anglosajona ha llevado al citado autor a concluir que «cases concerning *stand-by* credits can, however, be of relevance in respect of issues concerning documentary credits as the courts are inclined to apply a uniform body of law to both types of letter of credit».

³⁷ A diferencia de los créditos documentarios ordinarios o comerciales, las cartas de crédito *stand-by* son, en principio, operaciones bancarias ligadas a la exportación, que contienen un compromiso de pago al comprador caso de incumplimiento de sus obligaciones por el vendedor. La carta de crédito *stand-by* se sitúa, bien entre los compromisos a la importación a título de garantía para la compra de mercancías, bien entre los compromisos a la exportación como garantía de la correcta ejecución del contrato. PUECH, «Les stand-by letters of credit: une force meconnue», en *Actualités BFCE*, octubre 1986, págs. 1-2.

³⁸ VICENT CHULIA, *Compendio crítico...*, cit., II, pág. 423.

entre el banco y el vendedor, no hay crédito si el pago es al contado, si bien cabe que la modalidad de pago consista en la aceptación de una letra por el comprador que descuenta a su vez el banco al vendedor, originándose entonces una relación de crédito. Todo ello pone de manifiesto que puede haber crédito, pero que ello es accesorio respecto de lo esencial que resulta ser la mediación en los pagos³⁹. En cualquier caso, parece claro que tanto los créditos documentarios ordinarios, los créditos *stand-by* y las garantías independientes son reconducibles conjuntamente a tal renglón de actividad bancaria, fuere ésta de índole crediticia o de mediación en los pagos según las distintas concepciones.

1. *Las diferentes finalidades económicas*

Puede apreciarse la existencia de una diferencia relativa a la dualidad funcional del crédito documentario, que es simultáneamente instrumento de garantía y medio de pago, frente al monismo funcional que preside el funcionamiento de la carta de crédito *stand-by*, que es únicamente garantía de ejecución.

Por otra parte, existe diferencia en cuanto a las finalidades económicas de ambos instrumentos, pues uno de ellos está destinado a su ejecución y el otro, al menos en principio, a no ser ejecutado. La función del crédito documentario consiste en asegurar a su beneficiario el pago de una mercancía o de una prestación de servicios por lo que su técnica implica obligatoriamente su realización, de forma que, si todo se desarrolla normalmente y de conformidad con el contrato, aquél es ejecutado⁴⁰. Por su parte, la carta de crédito *stand-by* sanciona la inejecución o la defectuosa ejecución del contrato subyacente. Si las partes respetan los términos del contrato, no será ejecutada. Ambos mecanismos sirven, pues, necesidades económicas diferentes⁴¹.

2. *El diferente grado de formalismo*

Un crédito documentario ordinario suele hacer referencia a un conjunto de documentos de índole comercial cuya presentación dará lugar a la realización del crédito documentario de manera automática. Tales

³⁹ ALONSO UREBA, *En torno al crédito documentario...*, cit., pág. 457.

⁴⁰ BONNEAU, *Droit Bancaire...*, cit., pág. 385.

⁴¹ En cuanto a su coste, señala CAPRIOLI, *Le credit documentaire...*, cit., pág. 288, que los bancos aplican a los créditos *stand-by* la misma comisión que a las garantías independientes en razón del mayor riesgo financiero, aunque el riesgo técnico relativo al examen de los documentos tiende a reducirse. La idea de un riesgo mínimo en el examen de los documentos conduce a considerar el formalismo que exhibe, en ambos casos, exigencia idéntica.

documentos tienen por misión probar o aportar la presunción de que el contrato subyacente ha recibido correcta ejecución, estableciendo el normal cumplimiento de sus obligaciones por parte del vendedor, de manera que, al dar cumplimiento final a sus obligaciones, el beneficiario tiene la certeza de ser pagado.

En cambio, la ejecución de una carta de crédito *stand-by* contra documentos puede requerir un único documento, cual es la simple declaración del beneficiario de la carta de crédito *stand-by*. La declaración mencionará que no ha recibido la prestación o que la prestación ha sido mal ejecutada. A veces, la declaración del beneficiario, que afirma que el reembolso no ha sido hecho o que el resultado no ha sido alcanzado, se acompaña de otros documentos librados por terceras personas (peritos, ingenieros, asesores, árbitros, etc.). El carácter documentario de las cartas de crédito *stand-by* reviste sin embargo particular importancia, puesto que la obligación de presentación de los documentos permite diferenciarlas de las garantías independientes que pueden ser simples, supuesto en el cual la reclamación del pago por el beneficiario no debe ir acompañada de documento alguno⁴².

Cabe apreciar una notoria diferencia entre el acusado formalismo que reviste el crédito documentario cuando se utiliza para el pago del precio de una compraventa de mercancías, supuesto en el que se requiere un conjunto completo de documentos que representan la prueba del cumplimiento de las obligaciones del vendedor, frente al formalismo simplificado en el supuesto de un crédito *stand-by*. Ello desvirtúa el general carácter documentario inicialmente previsto por las RUU, puesto que el mecanismo implica la idea de que los documentos representan las mercancías. En las cartas de crédito *stand-by*, las exigencias documentarias se ven reducidas a su más simple expresión para satisfacer condiciones de forma mínimamente necesarias para poder quedar incorporadas al mecanismo del crédito documentario⁴³.

Por otra parte, el significado de la documentación exigida en la carta de crédito *stand-by* es distinto del que se aprecia en el crédito documentario ordinario o clásico, pues los documentos no intervienen en el mismo momento de la operación. En este último, se emplean como contrapartida de un compromiso bancario, mientras en aquél fundamentan la sanción de una inejecución contractual. En el crédito *stand-by*, los documentos emanan esencialmente del beneficiario; por

⁴² MARTIN, art. cit., págs. 25-27. Parece claro el escaso valor del argumento que lleva a concluir que un crédito *stand-by* es una garantía independiente documentaria.

⁴³ JASINSKY, *Application aux lettres de credit stand-by des regles et usances*, cit., págs. 1116-1120.

el contrario, los documentos emanados de terceros pueden ser numerosos en el caso del crédito documentario. Esta diferencia se explica porque los documentos exigidos en un crédito documentario deben corresponderse exactamente con las necesidades de la operación comercial. Fines económicos opuestos entrañan un sentido y un alcance diferente en el plano de las obligaciones documentarias que emanan del contrato.

La finalidad económica del crédito documentario y las condiciones documentarias para la realización del crédito son diferentes de las exigidas en las cartas de crédito *stand-by*. Por tanto, una transposición de las RUU a los créditos *stand-by* podría resultar distorsionadora.

Por último, existe una dualidad de cartas de crédito *stand-by*, pues, cuando el banco emite una carta de crédito *stand-by* a solicitud del importador, tal carta de crédito resulta comparable con un crédito documentario clásico, en tanto que la emisión de una carta de crédito *stand-by* a solicitud del exportador la hace comparable a una garantía independiente.

Las similitudes que se tratan de resaltar entre los créditos documentarios ordinarios y los créditos *stand-by*, de modo que quepa la subsunción de éstos en la general noción de crédito documentario, con el consiguiente corolario de su procedente sumisión a las RUU, no parecen encontrarse suficientemente respaldadas. Por el contrario, las diferencias apreciables entre ambas figuras, particularmente las relativas a la función económica y jurídica por ellas desempeñada, conducen al establecimiento de una clara diferenciación entre créditos documentarios ordinarios y créditos *stand-by*, así como a la apreciación de la plena similitud de éstos con las garantías independientes⁴⁴. En tal línea de pensamiento, en su comentario a propósito de la Revisión de 1983 de las RUU aplicables a los créditos documentarios, SCHMITTHOFF⁴⁵ afirma que los «créditos *stand-by* son esencialmente garantías bancarias independientes, de forma que la obligación de pago del banco nacerá si el deudor principal, comprador o suministrador según fuere el caso, incumple sus obligaciones, aunque la obligación del banco dependerá del cumplimiento de determinadas condiciones, tales como la presentación de los documentos requeridos. La carta de crédito *stand-by* es una invención americana. En los EEUU ciertos bancos tienen prohibida la

⁴⁴ Tal es el criterio en que se fundamenta la Convención de la Uncitral en materia de garantías independientes, que viene a refundir en cuanto a su regulación a los créditos *stand-by* y a las garantías autónomas o a primera demanda.

⁴⁵ Cfr. SCHMITTHOFF, *The New Uniform Customs for Letter of Credit*, cit., págs. 193 y sigs.

emisión de garantías bancarias independientes. Evaden tal prohibición mediante la emisión de cartas de crédito *stand-by*, particularmente en el mercado interno». Prosigue el citado autor afirmando que «las cartas de crédito *stand-by* son una institución tan diferente de los créditos documentarios ordinarios que resulta inapropiado y susceptible de generar confusión el que las nuevas RUU se extiendan a dicha clase de instrumento financiero».

Realmente, los créditos documentarios ordinarios son algo distinto de las cartas de crédito *stand-by*, a veces denominadas «créditos documentarios de garantía», que, de acuerdo con ALONSO UREBA⁴⁶, «no sirven a una finalidad de mediación en el pago, sino de garantía de una suma de dinero debida por el ordenante del crédito documentario al beneficiario, generalizándose hoy como garantía bancaria y aproximándose en este sentido a las llamadas «garantías abstractas o a primer requerimiento», si bien, a diferencia de éstas, el pago por el banco puede condicionarse a la entrega de ciertos documentos». El citado autor afirma⁴⁷ a continuación, que su inclusión en las RUU bajo la denominación de *stand-by letters of credit* puede inducir, aún más si cabe, a cierta confusión.⁴⁸

Tal parece ser, igualmente, la opinión de la propia CCI, pues, aun cuando mantenga la simultánea vigencia de diferentes regulaciones sobre los créditos documentarios y sobre las garantías a primera demanda, la Introducción de las RUGD afirma que los *stand-by credits are technically within the definition of a demand guarantee*⁴⁹.

⁴⁶ Cfr. ALONSO UREBA, *En torno al crédito documentario con particular referencia a las modalidades de créditos transferibles y subsidiarios*, cit., pág. 457. Cita, a su vez, a GUTTERIDGE y MEGRAH, *The Law of Bankers' Commercial Credits*, pág. 9.

⁴⁷ ALONSO UREBA, *ibidem*.

⁴⁸ En la misma línea de opinión, VENTRIS, *Bankers' Documentary credits*, 3.ª edición, London Press Ltd., 1990, pág. 148, quien afirma que «In this respect many may consider the inclusion in the code of bankers' guarantees in the guise of *stand-by* letters of credit a gross error, and which may well turn out to be a «wolf in sheep's clothing». Bankers' documentary credits and *stand-by* letters of credit have nothing in common. Indeed, the one is the antithesis of the other». En el mismo sentido se pronuncia COLEMAN, *Performance guarantees*, cit., pág. 229. Igualmente, ELLINGER, «Stand-by letters of credit», en *International Business Lawyer*, 1978, vol. 6, pág. 622; asimismo, BERTRAMS, *op. cit.*, pág. 6, en donde el autor se pronuncia con rotundidad afirmando que considerar como diferentes a los créditos *stand-by* y a las garantías independientes europeas «is a fallacy». Igualmente, pueden verse los comentarios acerca de la cuestión de WHEBLE, Doc. CCI. n.º 470/561, de 11 de octubre de 1988, y Doc. CCI. n.º 470/Int. 248, de 13 de diciembre de 1988, informes dirigidos a los miembros de la Comisión Bancaria, en los que el autor propone la supresión de los *stand-by letters of credit* del texto de las RUU «car cela s'applique a des situations par default. La question sera couverte par les nouvelles regles sur les garanties».

⁴⁹ RUGD, Publicación CCI, n.º 458, pág. 1.

III. La aplicabilidad de las RUU a los créditos *stand-by*

Los créditos *stand-by* están sujetos a las RUU desde la Revisión de 1983. Sin embargo, de acuerdo con lo anteriormente expuesto, constituyen una figura o mecanismo jurídico que, según la modalidad de que se trate, puede corresponderse con la noción de crédito documentario ordinario, lo que sería el caso del crédito *stand-by* comercial; por el contrario, puede mostrar substanciales diferencias conceptuales frente a la figura del crédito documentario, lo que sería el caso del crédito *stand-by* financiero del que, incluso, podría llegarse a afirmar que su sometimiento a las RUU tiene algo de artificial, probablemente forzado por el interés de los bancos americanos en conseguir tal equiparación y sometimiento como medio para eludir prohibiciones contenidas en el propio derecho norteamericano respecto de las actividades que los bancos americanos podrían desarrollar o tener vetadas.

A pesar de ello, para un sector doctrinal, la emisión de una garantía independiente en forma de crédito documentario sometido a las RUU ofrece la ventaja de la seguridad jurídica apreciable en la figura del crédito documentario⁵⁰. La utilización de la forma de un crédito *stand-by* y su sumisión a las RUU hará que se beneficie de las ventajas que resultan de ser unas reglas universalmente aceptadas, lo que se contrapone al hecho de que las reglas reguladoras de las garantías independientes no poseen un carácter consuetudinario, mientras que las RUU son internacionalmente consideradas como un conjunto de reglas consuetudinarias universales, con larga tradición en la práctica bancaria.

Por otro lado, el carácter documentario de los créditos *stand-by* les otorga una consistente fuerza jurídica, de forma que el ordenante sabrá siempre, de forma precisa, las razones que llevan al beneficiario a la reclamación del pago. Por el contrario, en el supuesto de una garantía independiente no sometida a las RUU, la declaración del beneficiario en el sentido de que el ordenante no ha dado completo cumplimiento a la ejecución de sus prestaciones contractuales será la prueba formal para la reclamación de la garantía, permitiendo, por tanto, una reclamación abusiva de aquella. La responsabilidad del beneficiario podrá ser más fácilmente establecida en orden a la recuperación de lo indebidamente percibido y, asimismo, se pueden soslayar los inconvenientes derivados de la ambigüedad de la noción de abuso manifiesto puesta de manifiesto por la jurisprudencia de diferentes países en materia de ga-

⁵⁰ CAPRIOLI, *Le credit documentaire...* cit., pág. 293, y los autores citados en notas 61 y 62.

rantías independientes. En suma, para un sector doctrinal⁵¹, a pesar de las imperfecciones de que todavía se resiente la regulación relativa a los créditos documentarios, el crédito *stand-by* regulado por las RUU es visto como instrumento más seguro que las garantías a primer requerimiento.

Probablemente, tal punto de vista no puede ser compartido en la actualidad, al menos desde el punto de vista de la práctica europea. La figura de los créditos *stand-by* es creación americana, artificialmente forzada por las particularidades de la legislación bancaria de los EEUU y artificialmente introducida en las RUU, de donde se sigue incluso una defectuosa aplicabilidad de las RUU. Conceptualmente, no son cosa distinta de las garantías independientes, de donde se sigue una cierta desvirtuación de la noción de crédito documentario. Por el contrario, las garantías independientes disponen hoy de una adecuada regulación en las RUGD, aun cuando no se encuentre tan decantada como la contenida en las RUU. Por último, la Convención de la Uncitral, que refunde y contempla ambas figuras de garantía, significará una mayor uniformidad en la práctica universal.

Producida la inclusión de los créditos *stand-by* en las RUU, la consecuencia estriba en su sometimiento a las previsiones en aquellas contenidas. Sin embargo, las particularidades que los créditos *stand-by* ponen de manifiesto, su diferencia conceptual con la normalmente aceptada como noción de crédito documentario, su marcada proximidad a la noción de garantía independiente, todo ello trae como consecuencia la incompleta adecuación de las RUU para la total regulación de los créditos *stand-by* y, en consecuencia, la exclusión de determinados preceptos de las RUU en su aplicación a los créditos *stand-by*. No hay pautas en las RUU⁵² o en otros pronunciamientos de la CCI que permitan la precisión de los artículos que resultan de aplicación al crédito *stand-by*. Por el contrario, determinados preceptos han sido declarados como inaplicables.

⁵¹ BOUDINOT, *La revision des regles et usances relatives aux credits documentaires*, cit., págs. 609-612 y págs. 997-1001; CAPRIOLI, *Le credit documentaire...* cit., pág. 298 JASINSKY, *Application aux lettres de credit stand-by des regles et usances*, cit., págs. 1116-1120; MARTIN, *La lettre de credit stand-by*, cit., págs. 31-32.

⁵² Cfr. la exposición de CABRILLAC y MOULLY, *Droit de suretés* cit., pág. 367, quienes ponen de manifiesto que la CCI ha afirmado que las cartas de crédito *stand-by* pueden encajar en la definición de los créditos documentarios, de acuerdo con lo dispuesto en las Disposiciones generales, y que deben contener una referencia expresa a las RUU. Vid. asimismo las decisiones de la *ICC Banking Commission on queries relating to Uniform Customs and Practice for Documentary Credits*, Publicación CCI n.º 371, 1980, pág. 11.

1. *Los preceptos de las RUU aplicables a los créditos stand-by*

El art. 1 establece la aplicabilidad de las RUU a los créditos *stand-by*, pero sugiere que no lo son en su totalidad, ni marca las pautas para tal discernimiento.

«Las presentes Reglas y Usos Uniformes...son de aplicación a todos los créditos documentarios (incluyendo las Cartas de Crédito *Stand-by*, **en la medida en que sea aplicable**)...»

Entre ellos se encuentran:

- 1.º El art. 2 recoge la definición de crédito documentario y contempla los requisitos que permiten la calificación de un crédito documentario como ordinario o comercial, o bien como crédito documentario *stand-by*⁵³;
- 2.º Los arts. 3 a 6 expresan el carácter abstracto del compromiso bancario, significando la plena independencia del crédito frente al contrato subyacente, lo sea éste de compraventa o de cualquier otra naturaleza. El art. 3 matiza que tal independencia se mantendrá aun cuando en el crédito se incluyere alguna referencia al mencionado contrato, lo que parece una precisión dedicada a los créditos *stand-by* que suelen contener alguna referencia al contrato subyacente;
- 3.º El art. 4 establece que las partes deben tomar únicamente en consideración los documentos y no las mercancías, junto a lo cual se alude a la extensión de las RUU a la prestación de servicios u otras prestaciones, mención que resulta de carácter básico aun cuando novedosa en el texto de las RUU, y que asimismo parece dedicada a los créditos *stand-by* que son emitidos en relación a otras varias clases de relaciones jurídicas más allá de la compraventa de mercancías;
- 4.º El art. 5 se refiere a la emisión de los créditos y a las modificaciones que pudieran ser introducidas, precisando que deberán ser completas y precisas, aun cuando la simple declaración acerca de la inejecución del contrato mencionado en la carta de crédito será suficiente a los efectos del mencionado precepto;
- 5.º La notificación de la carta de crédito *stand-by* tendrá lugar de acuerdo con las previsiones del art. 8, mientras que los arts. 10 y 11 regulan lo relativo al alcance de la obligación asumida por

⁵³ Cfr. *supra*, nota n.º 14.

el banco, fijando los requisitos para la notificación y la confirmación cualquiera que fuere el tipo de crédito emitido;

- 6.º Pueden resultar igualmente de aplicación los arts. 15 a 21 relativos a las responsabilidades de los bancos que deberán examinar los documentos en plazo y con cuidado razonables, así como su apariencia de conformidad con las condiciones del crédito, debiendo además resultar compatibles entre sí;
- 7.º En lo relativo a los documentos, la redacción dada a los arts. 22 a 24 es consecuencia de la inclusión de los créditos *stand-by* por lo que resultan de aplicación a éstos;
- 8.º Los arts. 25 a 42, relativos a los documentos de transporte, no pueden resultar de aplicación a los *stand-by* financieros pero sí a los comerciales;
- 9.º Otras disposiciones de las RUU tampoco suscitan dudas en cuanto a su posible aplicación. Así los arts. 44 y 45 son muestra de la adaptación de la Revisión de 1983 a la oficialización de los *stand-by*. El art. 46 contiene la noción de fecha última válida para la presentación de los documentos de acuerdo con las previsiones del crédito. Asimismo, tampoco presentan problemas los arts. 48 y 49, ni los arts. 51 a 53 que precisan el significado de determinados términos y expresiones utilizadas en las relaciones comerciales.

2. *Los preceptos de las RUU no aplicables a los créditos stand-by*

Por el contrario, parece claro que no resultan de aplicación a la regulación de los *stand-by* las disposiciones de las RUU relativas a la irrevocabilidad del crédito, las relativas a los plazos para la presentación de los documentos, así como las disposiciones que contemplan la transferencia del crédito⁵⁴.

Los arts. 7 a 9 de las RUU se refieren a la naturaleza del crédito. Entre sus previsiones se encuentra la necesaria mención del carácter de irrevocabilidad sin la cual el crédito será considerado como revocable y, por lo tanto, podría ser alterado o anulado. En la práctica, no son frecuentes los créditos revocables porque la revocabilidad sería, desde un principio, contraria a la función de garantía de pago o indemnización consubstancial a la figura. La irrevocabilidad aparece como intrínseca a la figura, y sería difícil imaginar la hipótesis en la cual el beneficiario solicitara la emisión de un crédito *stand-by* revocable para garantizar el

⁵⁴ Vid. el análisis de CAPRIOLI, *Le credit documentaire...* cit., págs. 298-307.

pago de unas mercancías o la indemnización correspondiente a la inejecución de una prestación contractual. Se trata, en suma, de previsiones opuestas al espíritu de los créditos *stand-by*.

El art. 47 RUU regula el plazo de presentación de los documentos, en virtud del cual, a falta de estipulación expresa, regirá el plazo de veintiún días para dicha presentación, de forma que, transcurrido dicho plazo, el banco se encontrará en la tesitura de poder negarse a la aceptación de aquellos documentos cuya presentación hubiere incurrido en retraso⁵⁵. Dicha previsión no se aplica a los créditos *stand-by*, como ha declarado la Comisión Bancaria de la CCI a propósito del art. 47 RUU⁵⁶. En efecto, un crédito *stand-by* será de utilidad caso de inejecución de alguna o algunas prestaciones contractuales. La función de garantía inherente a este tipo de crédito tendrá como consecuencia la presentación de cualquier documento tras la expiración del mencionado plazo, de donde se sigue la inaplicabilidad del mencionado precepto a los créditos *stand-by*.

El art. 54 RUU se refiere a las circunstancias en las cuales puede tener lugar la transferencia o cesión de un crédito documentario, en principio posible en relación a cualquier clase de crédito documentario. De acuerdo con el citado precepto, en el supuesto de un crédito transferido, el adquirente o cesionario podrá obtener el pago de su propio crédito contra el envío de sus propios documentos y facturas. Aplicando tal posibilidad al crédito *stand-by*, ello se traduciría en la posibilidad de que un segundo beneficiario presentara una reclamación afirmando el impago de su propio crédito. La doctrina parece considerar el carácter *intuitu personae* propio de las garantías independientes a las que resulta asimilable el crédito *stand-by*, como el factor que haría imposible la transferencia de éste último tipo de crédito.

IV. La identidad de naturaleza entre las garantías independientes y los créditos *stand-by* y el campo de aplicación de sus respectivas reglamentaciones

La regulación relativa a los créditos documentarios, que ha conseguido una especial adaptación para servir las necesidades de dicha figura a lo largo de un prolongado período, constituye una referencia

⁵⁵ Al respecto, cfr. la exposición de JASINSKY, *Credit documentaire, Application aux lettres de credit stand-by des regles et usances*, cit., págs. 1116-1120.

⁵⁶ Cfr. los pronunciamientos de la CCI sobre el citado precepto, *Opinions of the ICC Banking Commission 1987-1988*, pág. 64, Doc. CCI, 470/Int. 240, 470/531, de 19 de abril de 1988; *vid.* la exposición de CAPRIOLI, *op. cit.*, pág. 304, nota 85.

cuando se trata de la fijación del régimen jurídico para la regulación de las garantías independientes, tanto más cuanto que éstas encontraron su inicial desarrollo en forma de créditos *stand-by*. Dado que su forma es altamente similar y puesto que el carácter de independencia es el principal en ambos casos, la asimilación entre ambas resulta natural, por lo que puede resultar de interés la determinación de aquellos preceptos de las RUU que pudieran ser transpuestas a la regulación de las garantías independientes. Por su parte, la Revisión de 1993 matiza que las RUU resultarán de aplicación a todos los créditos documentarios, incluidos los *stand-by*, en la medida en que resultaren pertinentes. Sin embargo, no ha tenido lugar una determinación precisa de los preceptos que les pudieran resultar de aplicación, aun cuando determinados artículos han sido añadidos o modificados en atención expresamente a las cartas de crédito *stand-by*, pese a lo cual la cuestión sigue adoleciendo de imprecisión.

1. *La inaplicabilidad de las RUU a las garantías independientes*

En el supuesto de que una carta de garantía contuviera una referencia a las RUU, los sistemas jurídicos que reconocen el principio de autonomía consideran aquellas como aplicables. Caso de silencio del texto de la garantía, se ha entendido que las RUU no resultan de aplicación, porque se trata de una garantía y no de un crédito documentario⁵⁷. Por su parte, los ordenamientos jurídicos anglosajones o pertenecientes al *Common Law* podrían sentirse inclinados a la aplicación de las RUU⁵⁸, dada su afirmación de la identidad de naturaleza entre las diferentes figuras de garantía, aun cuando es claro que un crédito *stand-by* no documentario (*clean*) es una garantía no susceptible de regulación por las RUU.

La mayor parte de la doctrina sostiene la inaplicabilidad de las RUU a las garantías independientes. Aquellos autores que mantienen una posición más dubitativa expresan asimismo su impresión de que, incluso en el supuesto de su aplicabilidad, es reducido el número de preceptos aplicables que aportan soluciones, aun cuando éstas son de suyo plenamente evidentes (tal como la afirmación del principio de

⁵⁷ Cfr. CABRILLAC y MOULY, *op. cit.*, pág. 367, y las decisiones jurisprudenciales allí citadas.

⁵⁸ Cfr. CABRILLAC y MOULY, *op. cit.*, nota 147, quienes citan al respecto los casos *Wichita Eagle and Beacon Publishing Co. vs. Pacific National Bank*, así como el caso *Steinmeyer vs. Warner Consolidated Corp*; casos asimismo citados por ELLINGER, *Letters of Credit* en HORN y SCHMITTHOFF, *The Transnational law of international commercial transactions*, Kluwer, 1982, pág. 241, especialmente pág. 254 (nota 77) y pág. 273.

independencia), o no resultan de gran utilidad por su ambigüedad (tal como la regulación acerca de la responsabilidad de los bancos)⁵⁹.

De entre los 49 artículos de las RUU, sólo una minoría podrían resultar en principio adecuados para su transposición a la regulación de las garantías independientes.

En un plano general⁶⁰, no resultan de utilidad los preceptos relativos a los documentos, fundamento técnico de los créditos documentarios ausente en las garantías, a los que está dedicada la sección «D». Asimismo, en aquellas otras secciones que inicialmente podrían parecer más ricas en disposiciones con vocación para la regulación de las garantías, tales como la sección «A» que contiene disposiciones generales, la sección «B» relativa a la forma, la sección «E» relativa a la vigencia, pocos son los preceptos adaptados a los problemas y necesidades de las garantías independientes.

Aquellos preceptos que, por no referirse de manera específica al mecanismo de los créditos documentarios, pudiera pensarse son de posible transposición a la regulación de las garantías independientes, no significan precisión o ayuda reales, pues tampoco hacen relación a los problemas principales de las garantías independientes. Tal es el caso de los arts. 12, 16-18, 40-41, 48-49.

En un plano más concreto⁶¹, algunos preceptos no pueden ser tomados en consideración por su manifiesta inadaptación al mecanismo de las garantías independientes. 1.º) Ello es lo que sucede con las disposiciones acerca de los bancos confirmadores o notificadores, las cuales carecen de utilidad porque no es habitual, en lo relativo a los créditos *stand-by*, el recurso a un banco notificador o confirmador. Por otra parte, aun cuando tales fueran las condiciones infrecuentes en que una garantía hubiera podido ser emitida, los arts. 7 y 13 no serían de aplicación porque no reflejan una práctica habitual o establecida en materia de garantías. Incluso en el supuesto de una referencia expresa a las RUU, podría caber duda acerca de la voluntad auténtica de las partes de que tal regla fuera aplicada en razón de lo infrecuente de la situación. 2.º) Sería, por otra parte, incoherente la pretensión de aplicación

⁵⁹ JASINSKY, *Credit documentaire...* cit., págs. 1116-1120; SION, «La garantie bancaire internationale et les enseignements du droit américain», en *Rev. Banque*, 1984, págs. 5 y 20; CABRILLAC y MOULY, *op. cit.*, pág. 368, nota 150.

⁶⁰ CABRILLAC y MOULY, *op. cit.*, pág. 369.

⁶¹ Cfr. CABRILLAC y MOULY, *op. cit.*, págs. 369-372 llevan a cabo un análisis altamente detallado acerca de los preceptos concretos de las RUU que podrían resultar de aplicación a las garantías independientes, para concluir que, o bien los preceptos analizados resultan inaplicables en razón de la teleología de los diferentes preceptos cuya aplicación queda descartada, o bien apreciar la aplicabilidad de determinados preceptos no aporta ventaja alguna.

del art. 6, el cual permite la declaración de la revocabilidad de un crédito, porque una garantía independiente no puede ser unilateralmente revocada, pues en tal caso perdería todo su valor; por el contrario, las garantías son irrevocables por naturaleza⁶². 3.º) Otras preceptos, como el art. 14 (a) acerca del derecho de reembolso, o el art. 3 que afirma el principio de independencia de los créditos, contienen soluciones a las que se llegaría igualmente aunque no existieran. 4.º) Algunos preceptos ponen especialmente de manifiesto su inadaptación en razón de las diferencias existentes entre los créditos documentarios y las garantías independientes. Ello es lo que sucede al art. 19 relativo al reembolso entre bancos que resulta inadaptado al mecanismo de la contragarantía; o tal como el art. 6 que permite la emisión de créditos revocables. 5.º) Por último, determinados preceptos, como los arts. 42 y 47 acerca de la vigencia de los créditos documentarios, ofrecen soluciones que podrían resultar de interés teórico pero resultan inadecuadas a las particularidades de las garantías independientes.

Las consideraciones expuestas permiten concluir que la pretensión de la aplicación de las RUU a las garantías independientes y no documentarias no supone sino una utilidad menor, que quedaría aún más reducida si se toma en consideración el riesgo de que las decisiones e interpretaciones acerca de las garantías pudieran perturbar por analogía el funcionamiento de los créditos documentarios, grandemente asentado después de una larga práctica.

2. La aplicabilidad de las RUGD a los créditos stand-by

La CCI se ha pronunciado, aun de manera indirecta, en favor del mantenimiento de la sumisión de los créditos *stand-by* a las RUU, pues la Introducción de las RUGD indica:

«**Standby credits are already governed by the Uniform Customs and Practice for Documentary Credits.** They have developed into all-purpose financial support instruments which are used in a much wider range of financial and commercial activity than demand guarantees, and regularly involve practices and procedures that are infrequently encountered in relation to demand guarantees.

Accordingly, while standby credits are technically within the definition of a demand guarantee, **it is expected that the issuers of standby credits will continue to use the UCP**, which are both more detailed and more appropriate to the particular requirements of standby credits».

⁶² JASINSKY, art. cit., pág. 1117.

Sin embargo, opcionalmente y siempre que a ello se hubiera hecho referencia expresa en el texto de la garantía, las RUGD podrán aplicarse a los créditos *stand-by* pues, de acuerdo con la Introducción de las RUGD, éstas resultan de aplicación:

«to the use of demand guarantees, that is, guarantees, bonds, and other payment undertakings under which the duty of any other documents specified in the guarantee and is not conditional on proof of default by the principal in the underlying transaction».

En relación a la aplicación de las RUGD a los créditos *stand-by*, la CCI podía haber asumido diversas posibles posiciones: 1.^a) la aplicación de las RUU a los créditos *stand-by*, mientras que las RUGD se aplicarían a otras garantías; 2.^a) el sometimiento de los créditos *stand-by* a ambos textos, manteniendo la aplicabilidad de las RUU y sometiénolos a las nuevas RUGD; 3.^a) la adopción de un texto específico únicamente relativo a los créditos *stand-by*, y la exclusión de éstos de la aplicación de las RUU con ocasión de la siguiente revisión de éstas últimas⁶³.

Quizá, en busca de una mayor claridad reguladora, hubiera sido preferible elegir la primera solución, al menos en lo relativo a las cartas de crédito *stand-by* comerciales, puesto que las RUU han cumplido su papel de regulación y de uniformidad en dicha cuestión y, en consecuencia, era deseable que las cartas de crédito *stand-by* quedaran bajo el campo de aplicación de dichas reglas. No parecía, pues, necesaria la creación de un nuevo texto cuando ya existía uno que había recibido gran aceptación. Sin embargo, es la segunda solución la que ha prevalecido en las RUGD. La Introducción convierte a este texto en aplicable a todas las garantías. El proyecto incluía expresamente las cartas de crédito *stand-by* que quedarían reguladas a elección de las partes, bien por las RUU, bien por las RUGD. El interés de la posibilidad de sumisión a ambos textos encuentra su fundamento en la distinción entre las cartas de crédito *stand-by* comerciales, reguladas por las RUU, y las cartas de crédito *stand-by* financieras, reguladas por las RUGD.

En cualquier caso, tal como quedó apuntado anteriormente, si las ISP 98 terminaran por alcanzar implantación generalizada, las cuestiones derivadas de la actual coexistencia de diferentes reglamentaciones, cuyos respectivos campos de aplicación se solapan entre sí, quedarían clarificados en buena medida.

⁶³ Cft. CAPRIOLI, *Le credit documentaire...* cit., pág. 316.

APROXIMACIONES AL CONCEPTO DE INTERES GENERAL

Manuel María Zorrilla Ruiz

Catedrático de la Universidad de Deusto
Profesor Visitante de la Universidad «Montesquieu» de Burdeos (Francia),
de la Universidad de Łodz (Polonia) y del Instituto Pernambucano
de Derecho del Trabajo de Recife (Brasil)

1. Morfología y difusión del poder

La *vida de relación* prospera y se transforma a causa de las iniciativas del poder que —tras hacer acto de presencia— comparece en las *zonas de sus impactos y repercusiones*, y acapara todos sus reductos. De ahí, lo proteico de las perspectivas y la multiplicidad de los aspectos que ofrece la *fenomenología del poder*, compuesta de acciones compulsivas que, unas veces, tratan de sojuzgar a los iguales —para atenuar las contingencias tormentosas y fingir aparentes estados de calma— y, otras, desencadenan las convulsiones típicas de los procesos colectivos de sometimiento o destrucción. Estas acciones afectan a los individuos y a las formaciones intermedias en que se organizan. Lo primero ocurre cuando las personas físicas pueblan un medio invertebrado o se agrupan en *colectividades difusas* que no tienen conciencia ni convencimiento de su condición unitaria. Lo segundo acaece si la persona, que evoluciona y positivamente, pertenece a una sociedad —estructurada generalmente en el Estado— que consta de unidades intermedias, procedentes de la síntesis o acumulación reflexiva de comunidades inferiores.

Las personas y las comunidades se cercioran —con más o menos clarividencia y profetismo— de la fisonomía y peculiaridades del poder que, según los casos, estimula su supervivencia o la deprime. Su sensibilidad les previene contra el *componente compulsivo* de esas operaciones y apunta las consecuencias y respuestas a que dan lugar los episodios del ejercicio del poder. La movilidad personal explica que sus objetivos dependan de tales fluctuaciones y muestra que, pese al esfuerzo de los

más audaces *ensayos de liberación*, el poder propende a invadir —haciéndole inhabitable— el campo de las libertades de quienes no se resignan a transigir con las servidumbres de su dominación. Hay un *poder de Derecho* que comprime y sofoca los afanes de emancipación que animan la *gran aventura* de la libertad individual. Reflexiones análogas —aunque en términos de más complejidad— aclaran la sujeción de las comunidades a la intervención de los poderes que resultan de su crecimiento. Los *poderes de Derecho* tienden a racionalizar la vida de los grupos sociales, porque la suma del *orden político* y la *paz social* (art. 10.1 CE) —cuya síntesis describe la noción tradicional de *orden público protegido por la ley* (art. 16.1 CE)— planifican la *vida en dignidad* que ambicionan sus protagonistas y retribuye sus esfuerzos. Los *poderes de hecho* derivan de las peripecias del crecimiento social —que, por vía de superposición o adición, afecta al mecanismo de los poderes de Derecho— y de la cadencia del *esfuerzo de transformación* con que los poderes públicos mejoran la cantidad y calidad de los procesos de cumplimiento de sus fines (arts. 9.2 CE y 9.2 EAPV). El diagnóstico de la *fenomenología del poder* —sin otras adjetivaciones o etiquetas— destaca la espontaneidad de un *mal de crecimiento* que, unas veces, se corrige mediante auxilios saludables, y, otras, no escapa a las depravaciones —derivadas de la perversión de las instituciones del Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE)— que, sorprendiendo a la recta razón y el buen sentido de los criterios de la opinión pública, aumenta el *volumen de riesgos* —susceptibles de ascender a situaciones alarmantes— que el dinamismo de los *regímenes de libertades* trae consigo, e introduce la versión democrática —contrafigura de su pasada formulación autoritaria— del *arte de vivir peligrosamente*.

El ejercicio del poder exige sacrificios —no siempre inventariados con esmero ni practicados con la necesaria energía— de quienes lo ejercitan en virtud de la investidura legítima que les transmite la voluntad del pueblo soberano (art. 1.1 CE). La autoridad —que, merced a tal atribución, se ha erigido— no es la *fuerza incontrolada* que, al mandar contra razón, oprime sin tregua ni templanza, sino el eco del *Derecho de la racionalidad imperante* que —al contar, pesar y medir la juricidad de los compromisos del poder— pondera las razones de su organización y los medios de que usa para realizarlos. Las limitaciones que los poderes públicos, afectados por ellas, deben soportar, reposan en la *cláusula general* que proclama el respeto a los derechos ajenos —reiterando el deber de sujeción a la legalidad fundamental y al resto del ordenamiento jurídico— y en el solícito manejo de los instrumentos destinados a controlar el ejercicio de sus respectivas competencias (arts 9.1 y 3, 10.11, 24.1, 103.3 y 106.1 CE).

Las actuaciones que reflejan la fenomenología del poder recaban sacrificios de quienes, conforme a Derecho, se someten a su autoridad. La dependencia propia de este acatamiento —de que son parte la producción legislativa, las disposiciones gubernamentales, los actos domésticos de las Administraciones Públicas y las resoluciones judiciales (arts. 9.1 y 3, 66.2, 91, 97, 103.1, 117.3 y 118 CE)— se justifica por la presunción de legitimidad que les asiste, pues la seguridad jurídica —garantizada en virtud de lo serio y legítimo de sus mecanismos— y la confianza en el normal funcionamiento de las instituciones, desaconsejan poner en entredicho, por sistema, los mandatos generales y especiales de esa procedencia. Su aceptación no es el fruto de una sensata convicción o acto de fe —que aloja en lo más hondo del conocimiento y la reflexión individuales los motivos de la obediencia que les hace posibles— y sí de la predisposición —ya que no heroica, valiosa y esforzada— a constatar que, cuando los *males menores* entran en colisión con los *bienes posibles*, esa reacción sitúa en pie de guerra —mejor que cualquier otra— la efectividad de los valores superiores del ordenamiento jurídico y aumenta su peso específico en todos los aspectos de la vida social (arts. 1.1, 9.2 y 10.1 CE).

El ejercicio del poder también exige los sacrificios y renunciaciones —aceptados contemporizadamente o por inercia— de cuantos, a causa de la movilidad social y el reparto de sus equilibrios, se inscriben en el marco de su dominación. La sumisión —que, en ocasiones, acusa la decadencia o el abandono de las posturas de contestación y de crítica— también refleja la satisfacción malentendida por la pérdida de las *libertades detestadas*, si se generaliza el temor a los inconvenientes de su ejercicio saludable, o si el estímulo de sus dificultades capitula ante las falsas promesas de los que, anunciados como auténticos *propósitos de liberación*, no lo son ni de lejos. Estos imperativos ocupan —de modo difuso y, a la vez, perceptible— los espacios de un libre albedrío que quiere mantener los mínimos de su dignidad, y entorpecen, cuando no aniquilan, los proyectos que, a falta de refuerzos o asideros, no cuentan con probabilidades de supervivencia. Los poderes de hecho no reducen a una *cautividad dialéctica*, más o menos excitante de la curiosidad de los observadores, los efectos de su intervención, sino que —ante el sentido propio del concepto indeterminado que encierra la idea de *grupo de presión*— se dedican a neutralizar, tenaz y concienzudamente, los proyectos con cuya sensibilidad no comulgan, o a entorpecer el cumplimiento de las obligaciones que, dictadas por los sentimientos de moralidad individual, juzgan incompatibles con las líneas maestras de la planificación elegida.

2. Ordenación racional y razonable del poder

El *efecto multiplicador* de las variantes del ejercicio del poder —al que los analistas sociológicos imputan riesgos no menos temibles que los procedentes de las agresiones de la naturaleza— requiere que, más por condiciones de eficacia que por imperativos deontológicos, sus acciones obedezcan a pautas de selectividad y templanza. Esta proposición —recomendable para encabezar la metodología general del tratamiento del poder— gana en fiabilidad si se repara en las flaquezas del poder político que asiente a la *tentación totalitaria*. Lo hace porque, sin encontrar otra salida, su ilegitimidad explica esa conducta, o porque —a la luz de los avisos que la Historia cuida de ratificar— todo sistema de libertades se resiente de episodios maléficos, cuyos efectos perversos suplantando las *formas rectas de gobernación* por las *especies depravadas o corruptas*.

El olvido de las prevenciones de selectividad y morigeración, provoca el fracaso de las empresas políticas que, al hacer caso omiso de sus admoniciones, las pasan por alto y, con el tiempo, debilitan el arraigo social del poder, multiplican los agravios que le imputa la comunidad y degeneran en los enfrentamientos consiguientes. Un elocuente dicho filosófico —a saber, el de que *la bondad luce en cuantas operaciones del entendimiento se caracterizan por la intuición y sagacidad de su adelanto, mientras que la malevolencia sigue, como la sombra al cuerpo, a los experimentos en que menudean la incomprensión y la torpeza*— conviene a la censura de los actos del poder político y les sujeta a los controles de esta regla de la *sana crítica*. El *gobernante moralmente malo* —estigmatizado por lo inconfesable de los motivos que ensombrecen el ejercicio del poder que ostenta— es un *mal gobernante* que, cautivado por la idea de su perpetuación, desoye un principio de juego decisivo para el éxito de su empresa. El que le advierte que, en el orden de los aciertos y los éxitos, *no se conciben un cálculo tan desafortunado ni una perspectiva tan indigna de elogio, como los que arrancan del enfebrecimiento de una voluntad degradada y egoísta*. La posesión y el disfrute de los recursos del poder —como el de todo bien que augura una placentera existencia— desatan una *explosión de voluptuosidad* que, antes o después, toca a su fin. Es entonces cuando el poder —cuya actitud frenética rechaza los consejos lúcidos y los cambios de rumbo apuntados para purgar sus extravíos— prefiere, por aquello de que *los dioses ciegan a quien quiere perder*, elegir el camino de un calvario que recorre con terquedad y desatino acompañados al aumento de las calamidades que le aguardan. Parece que este malestar —buscado de propósito— y no la consecución del bien común,

constituye el *oscuro objeto del deseo* de un poder que no reconoce sus deslices, ni, cuando se le advierten, publica la voluntad de corregirlos.

El poder recupera la dimensión ajustada a la naturaleza de las cosas, si —como en todo proceso perceptible de espiritualización— incorpora un *elemento teleológico* que modera el empuje del poder-fuerza física y, desterrando su negativa imagen de *fin buscado a ultranza*, le convierte en el medio de otros fines subordinados a su auxilio benéfico. La perfección de los objetivos del poder vigoriza la traza de la sociedad y aumenta sus oportunidades de crecimiento y desarrollo. Cooperar a reforzar los fueros de una Moral colectiva que —yendo más lejos de la vieja idea de *buenas costumbres*— se apropia el novísimo concepto del *sentimiento constitucional* que los individuos y los grupos sociales comparten con algún entusiasmo. El poder que adopta esta postura, acumula las dosis de solvencia y testimonio que premian su *optimismo deontológico*, porque se encuentra cargado de razón en la tarea de lograr aquellos objetivos, y, con independencia de sus fracasos o sus éxitos, da prueba de una tenacidad capaz de resistir —hasta la extenuación— el ataque de las fuerzas del mal y superar la decepción que esas contrariedades ocasionan. La noción de *autoridad* abarca, de una parte, la *densidad espiritual* de los modos en que el poder se hace visible, y, de otra, el convencimiento de que su inclinación a la verdad le obliga a agotar las posibilidades de una comunión tan envidiable. La autoridad representa la *eficacia certera* que neutraliza los empeños de arruinar la integridad de las verdades de esa procedencia. La autoridad constituye el *poder de ordenar según razón* que instrumenta sabiamente los recursos de apoyo al servicio de su voluntad transformadora, promueve los proyectos propicios a la sanidad del cambio prometido, y evita que lo irrazonable y arbitrario se adueñen de sus adquisiciones. El uso de la coacción —legítima y proporcionada a la entidad de los obstáculos con que el poder tropieza— le permite adoptar medidas intelectualmente convincentes —significadas por lo socialmente útil de su efectividad— y acordes con los compromisos adquiridos para proteger los bienes que preservan.

3. Respuestas del poder a los requerimientos del interés general

El *poder de ordenar según razón* presupone que sus fundamentos —como factores de sensibilidad y de cambio— residen en la *expansión de la dignidad de la persona humana* que ofrece una doble significación. Revela, de una parte, la supremacía individual sobre las cosas, animadas o inertes, que pueblan el mundo, y enaltece el *pleno y libre desarrollo de la personalidad* (arts. 10.1 y 27.1 CE). También expresa

la atribución de un *crédito moral* por el que la persona reclama de *su entorno fructífero* cuanto coopere a la mejora en que su realización —incesante e imparabile— debe consistir. De ahí, que se deseche la figura del *desheredado absoluto*, porque, desde el aterrizaje del individuo en este mundo, ese derecho constituye el primer componente de su patrimonio y está en la base de una personalidad abierta a proyectos de perfección interminable.

La garantía del mínimo de dignidad pensable entre los hombres, se corresponde con las funciones del poder que, elevado a la condición de autoridad, *se justifica, erige y ejercita para garantizar el bien común*. Pese a la filiación filosófica de esta idea y a las objeciones más propias de un *prejuicio escolar* que del respeto merecido por sus excelencias, el valor intelectual de la *noción de bien común* ha sorteado, con éxito, toda clase de obstáculos y —gracias a las abrumadoras razones que, desde una perspectiva politicosocial, defienden su *puesta en escena permanente*— ha ganado la batalla de su firmeza conceptual. Su carga de tradición es tal, que, al margen de las nominaciones empleadas en sucesivas circunstancias del tiempo y del lugar, cualquiera de ellas preserva —por cierto, muy celosamente— el vigor de un concepto que el pluralismo terminológico no ha conseguido adulterar y que —según la máxima que invita a *llamar a las cosas por su nombre*— sigue denominándole con exactitud. La tradición del bien común pertenece a un legado que, ante la *inercia doctrinal* de los propósitos que asisten a la sabiduría de sus variantes históricas, retorna sin tregua ni descanso. El prestigio logrado por la noción de bien común es tal y tan impresionante, que las invocaciones dogmáticas en que repercute, se precian de referir a ella sus orígenes y comparten su denominación para destacar sus valores morales y jurídicos. La afección éticosocial del bien común crece en proporciones cuya notabilidad no sorprende, pues el cuerpo de doctrina que su modernización ha engendrado, goza de un poder —intelectualmente persuasivo— que escasea en otras diversiones especulativas del espíritu humano.

La política legislativa se identifica con estas reflexiones, porque el encaje del bien común en la *actualidad secular* conecta con el dogma de la *generalidad de las leyes* —en el espacio localizador de la efectiva tutela de los *intereses generales*— y de la duración y aplicación útil de sus mandatos y/o prohibiciones. Los legisladores —que, por deber de estado, relacionan con el bien común el fundamento de las normas jurídicas que ponen en circulación— huyen, no obstante, de un *literalismo dependiente* y aliado con las premisas aristotélicotomistas de origen. Las frecuentes menciones del *interés general* o, más exactamente, de los *intereses generales* (arts. 30.3, 34.1, 44.2, 47, 103.1, 128.2, 149.1

núms. 20.º y 24.º, 150.3 y 155.1 CE), revalidan la perennidad de una idea que, como elemento central de la axiología y la deontología constitucionales, permite vestir de legitimidad —por tratarse de un concepto jurídico cuya elasticidad no evita su manejo abusivo— ciertas decisiones que, censurables a primera vista y ayunas del poder de convicción que debe asistirles, requieren el aplomo de un *acto de fe* para renunciar intelectualmente a los juicios —negativos o menos elogiosos— que suscita su consideración.

4. Descripción del espacio habitable

La construcción cabal del bien común disipa los interrogantes cuya eliminación despeja, a su vez, el escenario de la que —fuera de deformaciones que hagan de ella su contrafigura o su sarcasmo— es libertad vivida en plenitud y sin obstáculos que desdigan de su grandeza y servidumbre. El bien común no se entiende sin la *habitabilidad de un espacio social* que comparten los agentes, presentes y futuros, de las situaciones de interés general que se presienten, y cuyas premoniciones y remedios enriquecen los caminos de su perfección. El espacio social es la *comunidad* en que la idea de *servicios esenciales* no mira solamente al rigor del concepto que la expresión comprende, sino también a lo indispensable de su normal funcionamiento, para que la sociedad no se disuelva ni revierta a los moldes de una estructura —rudimentaria o anacrónica (arts. 28.2, 37.2 y 128.2 CE)— en que se consume su desintegración. Este *marco difuso* deja de ser la ocasional reunión de las personas físicas que coinciden en él, y —como círculo de convivencia más perfecta— se ha de adaptar a los principios rectores de la *adecuación democrática*. Ello implica la capacidad de coexistir pacíficamente —aspiración minimalista que, para limar las asperezas de las fricciones internacionales entre bloques políticos, prosperó en la época de la *guerra fría*— y coordinar los instrumentos necesarios para planificar el futuro de la comunidad que se crea. Se coexiste gracias a la capacidad de *permanencia social* —dependiente de la recepción y el respeto de los valores educativos— o la *aptitud de regeneración* de las personas desocializadas que, tras un juicio de recuperación favorable, regresan a la sociedad que les ha expulsado de su seno y que, una vez rehabilitados, les asigna las obligaciones que les incumben de futuro (arts. 11.2 y 29.1 DUDH). La *paz social* —que refleja la realidad del bien común y que, lejos de reducirse a un efecto simplista, reposa en serios fundamentos axiológicos (art. 10.1 CE)—no sólo resulta del acierto técnico de sus proyectistas, sino también de la intensidad y frecuencia con que

se ejercitan unas virtudes morales seleccionadas e identificadas en términos de fácil comprensión. Hay que armonizar la energía creativa del conflicto social —...*la guerra lo engendra todo...*, ... *de la discusión nace la luz...*— con la disposición pacífica de las actitudes que no por ser ésta su definición, se alejan de los riesgos cuya superación es parte de las cargas que deben soportar. Hay que relativizar la comunión apasionada con las propias convicciones, no tanto para achicar la fe que comunican, cuanto para reforzar su profesión con la ayuda de otras verdades que reclaman la franca reconsideración de las formas que ha revestido su mensaje y del eco de sus enseñanzas de fondo. A los caracteres —inaprehensibles, muchos de ellos, e indefinidos— de la idea de *dignidad individual*, se añade la reflexión de que cada persona es un *medio del universo* que incluye a los demás, y que éste no constituye un fin insolidario o apartado de los que inspiran la acción de cada uno. Sin olvidar la edificación y el desafío de la máxima que exalta *el valor del esfuerzo personal en vivir en paz con los demás*, a todos consta que la paz no es el enmudecimiento del fragor del combate o de la lucha armada, ni el hueco que dejan al pasar, sino el temor crítico de que, en cualquier momento, se renuncie a perseguir la paz con la avidez y añoranza que merece, o se ceda a las tentaciones de sustituir, con pretextos triviales, las posturas pacíficas por otras que, aunque similares, no se eximen de los reproches de injusticia. Si la ley protege el *orden público*, es porque hay derechos fundamentales cuyo abuso puede dañar este valor y porque su concepto incluye, según una tradición muy preciada, la estabilidad de las condiciones necesarias para garantizar el equilibrio de las fuerzas sociales y el respeto debido a la dignidad de sus titulares (arts. 10.1 y 16.2 CE). De ahí, que la noción de bien común abarque *la posibilidad y la necesidad de que cada habitante de la ciudad terrestre la ocupe persuadido de que ha de coexistir en concordia y en paz con sus iguales*, para no perjudicar el contenido esencial o núcleo invulnerable de los derechos sancionados constitucionalmente. Lo contrario conmueve los cimientos de la paz social —que depende de esa pervivencia— y el orden político, suprimiendo la protección que el Estado social y democrático de Derecho instituye en pro de las dosis de libertad y de igualdad que sintetizan la *excelencia del valor superior de la justicia* (art. 1.1 CE).

5. Repercusiones de la estructura social

Coexistir, como exigencia primordial de la propensión al bien común, es sensibilizarse a la grandeza y servidumbre de la vida en el seno de la sociedad pluralista, y aceptar los riesgos de inmersión en un *esce-*

nario de conflicto donde —completando las invitaciones a rehacer los procesos de reforma intelectual y moral— se debaten las claves del progreso de las comunidades resueltas a preservar sus condiciones fundacionales, a reforzar sus compromisos de presente y a esclarecer sus pretensiones de futuro. No sorprende que, como conviene a su carácter de concepto jurídico indeterminado, la noción de *pluralismo social* admita diversos matices y/o interpretaciones.

El pluralismo social trasluce, en primer término, la eminencia del valor superior del ordenamiento jurídico que, primando la igualdad, proscribe las discriminaciones de las personas y grupos que se interaccionan en clave de paz y libertad. La paz reclama adquisiciones colectivas —dependientes de otras variables a las que se somete (art. 10.1 CE)— y la libertad no se concibe fuera de la existencia *coposeída en dignidad* por las comunidades e individuos que en ellas se insertan (arts. 1.1, 9.2 y 14 CE). El pluralismo de la sociedad se echa en falta —por más y tenazmente que se reivindique este título— si, como comunidad organizada en el Estado o en otros círculos de más modesta autonomía que la de la soberanía estatal (arts. 1.2 y 143.1 CE), no acierta a dar con las medidas de flexibilidad precisas para superar los trances en que se acreditan, de una parte, su madurez y su progreso, y, de otra, su capacidad de gestionar eficazmente los episodios prósperos y las contrariedades que le aquejan.

La sociedad rudamente xenófoba —en nombre, unas veces, de la tradición invocada como excusa reductora y, otras, de pretextos que aducen el equilibrio social y económico— no es pluralista, porque su virulencia aniquila el proceso de enriquecimiento evolutivo —que sus grupos tienen derecho a protagonizar— e ignora los fueros de un *derecho de comunicación* perteneciente a los contenidos del que —con las moderaciones impuestas por el acceso a los horizontes constitutivamente históricos de la razón práctica— ha sido, es y seguirá siendo el *acervo del orden natural y del Derecho de los pueblos*.

La sociedad no es pluralista si, pese a lo inequívoco de una estructura que obliga a calificarla de tal, las normas colectivas —segregadas por el *espíritu público*— muestran actitudes inamistosas u hostiles a la incorporación de otros grupos sociales, o alardean de un dogmatismo intransigente a la hora de facilitarles los modos de convivencia que sus orígenes exigen. La máxima de que *las decisiones del destino ciegan a quien quiere perder*, puede aplicarse cuantas veces, en lugar de la receptividad y sensatez aconsejables para salir al paso de los retos históricos, afrontándolos sin tibieza ni demasiados yerros, prevalecen la insensibilidad a sus llamadas y la ineptitud para desentrañar los enigmas que sus mensajes insinúan. Promover la libertad y la igualdad efectivas

de los grupos de la sociedad pluralista, es la tarea incansable de consumir la *noción de democracia* que fluye de cuantos proyectos denotan esa inquietud constructiva (dec. 6 Pr. CE). Su promoción exige, amén de otras acciones, apuntalar las bases de la coexistencia y asegurar el tino de sus *elementos material y espiritual*. El primero atiende a la estabilidad y disposición renovadora de los grupos sociales, cuya expresión esencial de libertad estriba en las oportunidades de acomodarse al ritmo ascendente de una sociedad acorde con las orientaciones de su movilidad y evolución. El segundo reside en el *cuanto de voluntad social* —no arrinconada ni deshecha por la veleidosa *voluntad política*— que, sin marginaciones ni olvidos, sitúa a cada grupo en el escenario adecuado a sus pretensiones de adscripción a la comunidad.

La sociedad se dice pluralista, porque, en el sentido recién indicado, sus mecanismos dispensan la igualdad de oportunidades y descartan las exclusiones lesivas para cuantos —naturalmente y en justicia— son sus pobladores. No faltan otras perspectivas desde las que su definición puede intentarse. *Coexistir*, al amparo de la paz digna y deseable, es abstenerse de condescender con el quietismo absoluto —que minimiza la efervescencia de los grupos sociales— y surcar, proa adelante, las aguas de un conflicto racionalizado y consecuente con la fisonomía de una sociedad dispuesta a defender, contra viento y marea, sus identidades. El que ciertos condicionamientos —a saber, la atribución y el reconocimiento de los derechos innatos e inviolables por naturaleza, el cumplimiento de los objetivos de la educación y de la aventura de la realización plena del ser personal, el sometimiento a las limitaciones dictadas por el ordenamiento jurídico y el ejercicio civilizado de los derechos subjetivos— sean indispensables para garantizar la paz social, no quiere decir que —como enseñaba el mecanicismo de las *reglas del orden natural* e ingenuamente reiteraron los responsables de algunas de las reformas de hoy día (art. 100 VCTR)— su concurrencia avale la impecabilidad y solidez del equilibrio social. Alecciona mucho el advertir la presencia de los agentes afectados por los cambios de las realidades sociales y sumergidos, cuando no arrastrados, por el torrente de las contradicciones que esas transformaciones engendran. Son ellos, los poderes públicos que reconocen los derechos inalienables, los poderes y los grupos sociales que crean las oportunidades educativas e invitan al ensanchamiento de esa libertad, los mismos poderes y los ciudadanos, en cuanto sujetos a las normas del ordenamiento jurídico, y los poderes de hecho que, al margen de esa sujeción, soportan las restricciones emanadas de los mandatos y prohibiciones del Derecho objetivo (arts. 6, 7, y 27.2 CE). Todos ellos asumen *obligaciones de medios* o de

simple actividad —concepto provechoso para entender ciertos fenómenos que acampan fuera de un Derecho de las Obligaciones en el que esa noción tuvo su origen— y aceleran, *quemando etapas*, la victoria de una paz social que, paradójicamente, no es fecunda si no irrumpe entre las luces y las sombras de los conflictos subyacentes a su deseo de prosperidad. La *paz indeseable* fue, tiempo atrás, una consigna que reclutó demasiados adeptos, aunque los defensores de la idea de la *paz perpetua* hubieron de admitir que, pese a lo sugestivo de este lema, sus propuestas parecían pensadas para empobrecer a las sociedades despojadas de valores tan caros como la emulación competitiva y el sentimiento nacional. Algo de ello se intuye en las *precurSIONES del fin de la Historia* que anunciaron el futuro pacífico —implantado por la fuerza— de un *universo dividido* entre los pobladores de segunda zona, urgidos a *cooperar hasta la extenuación*, y los beneficiados por su afán de *recibir hasta la saciedad*.

La paz social designa un *estado colectivo de conciencia* en que las personas y las comunidades —resueltas a consolidarla— cuentan con el apoyo de la coexistencia, pero no se resignan a que la pacificación sofoque a ultranza el triunfo de las aspiraciones que se han dado cita en un orden de cosas cuya bondad depende de la colimitación de los intereses concurrentes. Sin la mutua moderación de los derechos que visten dichos intereses y elevan su *escueto apetito* a un acervo jurídico de facultades judicialmente defendibles, huelga el discurso sobre la paz social, porque el dicho —sorprendente en el mundo de las relaciones del espíritu— de que *la libertad ocupa lugar*, conserva lo que de verdadero, sano y válido se le atribuye. Este conjunto de derechos revela un *mal de crecimiento* que les es inherente y que las funciones de la paz social —atenuando sus manifestaciones excesivas— convierten en el *definitivo bien* que proviene de su superación.

6. Variedad y escenificación de los conflictos sociales

El pluralismo social —típico de la coexistencia e inseparable de sus peripecias— explica que cada grupo coherente de personas participe de la evolución de las organizaciones cuya promoción y tutela favorecen los ciclos constitutivos de las comunidades —conjunción armónica de medios personales y reales— que forman el todo social. El pluralismo no se reduce a describir las peculiaridades fisonómicas de una sociedad identificada por los rasgos diferenciales de sus comunidades. También incluye la posibilidad de que el sujeto individual transmigre y discurra, desplazándose de unos a otros, entre los grupos —independientes e in-

dividualizados— que, reflexivamente, surgen al calor de las finalidades que atisban, entre luces y sombras, y que, al fin, consiguen como culminación de su emergencia. A diferencia de los tiempos en que la persona era cautiva de un ámbito social que la secuestraba de por vida, los sujetos de la sociedad pluralista disponen de los más variados títulos de afección a los grupos sociales y, según sus preferencias, se aproximan a los más conexos y acordes con sus intereses. Lo que se dice de esta pertenencia se predica, no menos, de las modificaciones que, en su punto y hora, pueden darse. La persona es libre de desentenderse —si una predilección consciente así se lo sugiere— de los grupos sociales cuyos intereses colectivos embeben sus aspiraciones. Si esa adscripción depende de la sobrevivencia de los menos, puede entrar en contacto con otros intereses que —emanados de exigencias inéditas— invitan a entablar las vinculaciones consiguientes. La movilidad y el espíritu de cambio destacan los rasgos de un pluralismo social en el que la noción de coexistencia muestra la importancia de su *espacio habitable*.

Cada sector del ordenamiento jurídico cumple la misión de distender la parcela del conflicto social en que se versan y aparecen los intereses cuya protección corresponde a la rama del Derecho objetivo que representa. Además de respetar las condiciones que dan fe de su cualificación y respeto (art. 10.1 CE), la paz social —que, sin hostilidades ni anarquías desestabilizadoras, soporta los riesgos y fricciones que debe asumir— prevalece gracias a los criterios de organización que, al apostar por sus ventajas y adelantos, el Derecho adopta para garantizarla. La delimitación de cada disciplina jurídica define el sí y el cómo de las funciones pacificadoras —estimulantes y aún *revolucionarias desde el interior* (art. 9.2. CE)— a que se obliga esa parcela del Derecho. Muchos aspectos del conflicto social se intuyen a través de advertencias aisladas y percepciones difusas, cuya esclarecimiento enseña que, a la hora de preservar la coexistencia, el pragmatismo aconseja sacrificios de dura comprensión. La noción de *coexistencia pacífica* sirvió para que, en el marco espinoso de las relaciones internacionales, prevaleciesen las orientaciones de flexibilidad y buen sentido que —*al ser lo mejor enemigo de lo bueno*— pretendían aliviar las tensiones de un mundo *desentrenado en la concordia* y escéptico sobre la suerte que el futuro reservaba a los valores de la paz.

Los conflictos sociales se dan entre los poderes jurídicos —cuya actividad y dependencia garantiza el Estado social y democrático de Derecho— y los sujetos sindicales de Derecho de gentes que, alejados de su caduco empeño revolucionario, pasan a ser *fuerzas institucionales* que ejercitan sus libertades expansivas en la esfera territorial de la

soberanía del Estado y que, aunque persiguen objetivos comunes, conservan la sensibilidad competitiva de sus estrategias de origen (art. 7 CE). Los conflictos sociales emanan de los cambios de la sociedad —resuelta a engrandecer sus dimensiones pluralistas (art. 13.1 CE)—o de las divergencias ideológicas o confesionales, cuya agresividad emocional se temple con la obligación de respetar los confines de la paz social en que se contiene el orden público (art. 16.1 CE). Provienden, otras veces, del pluralismo informativo que pone en tela de juicio —tildándolas de sospechosas o confusas— la unidad e indivisibilidad de verdades históricas imprescindibles para que la familia humana se reconozca a sí misma y gane en estabilidad (art. 20.3 CE). Se reflejan en los objetivos de los derechos fundamentales de reunión y asociación (arts. 21.1 y 22.1 CE), y acompañan a las opciones políticas que propugnan la participación —en régimen de democracia directa o delegada— de los ciudadanos en los asuntos públicos (art. 23.1 CE). Se advierten si, con motivo de la novación de anteriores conflictos, se acude a la *judicialización de controversias* para sustituir las confrontaciones de origen por la sumisión a unas respuestas fundadas en Derecho, intelectualmente persuasivas y socialmente pacificadoras (arts. 24.1 y 120.2 CE). Reviven en las tensiones registradas entre la sociedad y quienes, segregados de ella por el cumplimiento de una pena de privación de libertad, deben regresar —previo un *juicio positivo de resocialización*— a la comunidad que es titular de un derecho fundamental a conseguir su reinserción (art. 25.2 CE). Se manifiesta, por no alargar la enumeración, en los aspectos del pluralismo educativo y en las diferencias que acusan las variantes de formación moral y religiosa de los titulares del derecho a la educación (art. 27.2 CE).

Una de las *puestas a prueba* más rotunda de la coexistencia reside en la *normalización del conflicto industrial* que —al contrario de la entidad discreta de otros conflictos interiores— influye centralmente en el mantenimiento de la paz social. Los episodios de *presión institucionalizada*, que agravan las tensiones del conflicto, pueden poner en peligro —ante la imposibilidad de detener el ímpetu de las acciones de autotutela— el regular funcionamiento de los *servicios esenciales de la comunidad* (arts. 28.2 y 37.2 CE). Este *carácter esencial* no sólo exige la cobertura material de las necesidades básicas de la sociedad favorecida, sino que, ejercitando una función definidora, introduce un factor cuya falta determina consecuencias muy graves. La más notable consiste en que, a causa de tal desatención, la comunidad deja de ser el grupo o serie de grupos orientados a sus finalidades específicas y —durante un tiempo suficiente para constatar la capacidad demoledora de ciertos agentes sociales— se degrada a una *colectividad* ayuna del mí-

nimo de organización, que garantiza su coherencia, y del *apoyo solidario* que, en ese trance, le deniega su acompañamiento (art. 42.2 CE). Hay, quiérase o no, un retorno a las zozobras del *estado de naturaleza* que, a cada paso, insinúa su voluntad pavorosa de renacimiento y entrada en escena. Sin llegar a estos límites de *pesimismo desintegrador*, nadie ignora que el enrarecimiento del conflicto industrial afecta negativamente a la subsistencia de la paz social y transtorna el ritmo de sus procesos normalizadores.

La coexistencia se produce en el seno de una sociedad habitada por protagonistas de orígenes muy varios. Unos son los *poderes de hecho* dedicados al ejercicio de la cooperación e interlocución de las grandes operaciones sociales, pues asumen la expresión cualificada —no el acaparamiento o monopolio— del pluralismo político (art. 6 CE) y, según las circunstancias, promueven y defienden los intereses económicos y sociales que reivindican como propios, inherentes a la naturaleza de las cosas y razonablemente suyos (art. 7 CE). Son otros, los *grupos sociales y políticos significativos* que, a causa de sus aptitudes para comunicarse con la opinión pública y orientarla didácticamente, imprimen carácter a numerosas acciones y reacciones que componen los episodios del conflicto social (art. 20.3 CE). También intervienen los *grupos portadores de intereses sociales* —que la política económica debe servir con preferencia y nunca postergar— a fin de renovar derechos preexistentes y acelerar los procesos transformadores de las comunidades cuyos cambios han de emprenderse con máxima urgencia (cap. 3.º, tít. I CE). No puede omitirse la mención de los demás *grupos innominados* en que, a causa de la traza de la sociedad pluralista, se integran, por distintos conceptos, otras personas físicas. (art. 9.2 CE). Hay, en fin, que prestar atención a las *comunidades* que, sin haberse constituido de presente, están a punto de surgir o pueden hacerlo en el futuro, enriqueciendo el pluralismo de una sociedad a la que se adhieren.

7. Exigencias de la colaboración individual y social

El bien común —como cualquier otro reflejo de la excelencia que en él se manifiesta— incorpora, junto a las actitudes consecuentes con los objetivos de la convivencia pacífica, el acervo de iniciativas creadoras que, respondiendo a los llamamientos del *interés general*, ocupan los vacíos que la vida de relación padece y tiene que colmar con las aportaciones de que disponga en su momento. El adjetivo *común* conviene conceptualmente al sustantivo *bien*, porque el enunciado de sus finalidades y el propósito de cumplirlas satisfacen el *proyecto sugestivo*

de la comunidad, que deja tras de sí la tosca fase de la *colectividad* que ha sido hasta entonces. La comunidad diseña, con un acierto y lucidez que se presumen a partir de su voluntad de mejora, las líneas de fuerza de su proyecto, selecciona el repertorio de valores adecuados al futuro que considera óptimo para perfeccionar aquél y conquistar un estilo de *vida en justicia y dignidad*, al cual es acreedor. El *carácter pluralista de la sociedad* —que se trae a capítulo cuando la importancia de los bienes jurídicos en juego mande estar al relieve de esta calificación (arts. 20.4 CE)— muestra cómo los universos —de proporciones varias y en vías de transformación— que forman el *todo social*, aspiran a un crecimiento próspero y —conscientes del conflicto natural, irreprimible y creativo que les caracteriza— gozan de una razón de ser que es la clave de su servidumbre y su grandeza. Ocurre así, porque el conflicto subyace al nacimiento y los cambios de los grupos sociales, y proyecta su potencial creador sobre unos fines cuya excelencia soporta las luces y las sombras de sus contradicciones. Cada parte del todo plural cuenta con las reservas de igualdad y libertad que iluminan su espíritu y confortan su propósito de participación. Una muy sabia *regla de oro del progreso social* recuerda que —gracias al *automatismo de coordinación* que es parte de la disposición cooperativa— los proyectos fruto de la buena voluntad y animados por la recta razón, ven confirmados sus augurios de prosperidad y, para mejorar la suerte de sus predicciones, sintonizan con perspectivas afines de otras procedencias. La *solidaridad colectiva* es imprescindible en una doble dirección (arts. 2, 45.2, 138.1 y 156.1 CE). Expresa la sensibilidad deontológica de las personas y los grupos sociales que no escapan a la mala conciencia creada por la insensibilidad y el *olvido del otro*. Acelera y agranda la eficacia de las *aventuras saludables y moralizadoras* que se acometen para defender los intereses generales de la sociedad. La atención requerida por los *servicios esenciales de la comunidad* (arts. 28.2 y 37.2 CE) incluye —además de la prestación pública o privada de las utilidades necesarias para que su cualidad de tal no desmerezca y evite su disgregación— las actitudes solidarias o *elemento intencional* del proyecto social que, una vez emprendido, depende de la calidad e insistencia de esa postura intelectual. La *naturaleza real* —no desfigurada ni fingida— y *efectiva* —conductora de un *proceso de transformación* que desborda los límites de la *escueta eficacia*— de la igualdad y la libertad de los grupos sociales, es, en vista del *derecho-función* que acompaña a las conductas solidarias, el medio de aliviar el peso de tantos compromisos que, sin su asistencia, corren los riesgos de la esterilidad o el fracaso (art. 9.2 CE). El *pluralismo político* —valor superior del ordenamiento jurídico (arts. 1.1 CE)— hace un acto indispensable de

presencia, porque los partidos —que no acaparan lo proteico de sus expresiones (art. 6 CE)— profesan sus respectivas preferencias ideológicas, y porque es también el eco de un *pluralismo social* que —algo así como *marcando el paso*— moderniza sus rasgos individualizadores e invita a las transformaciones consiguientes.

La *colaboración* —en que concurren la intencionalidad de las acciones, las insinuaciones más o menos dispersas y los estímulos causados por el éxito de las experiencias habidas— es, además de cauce de las mutaciones históricas, un reto dirigido a los poderes públicos para que —respondiendo, sin dilaciones ni excusas, a sus requerimientos— no se parapeten tras la indiferencia ni se contenten con cubrir los mínimos de las previsiones que han de sobrepasar con alguna largueza. Deben ejercitar, según esa demanda, cuantas atribuciones la fomenten y aseguren la prosperidad de los medios personales y reales que hacen falta para coronar las cimas de la colaboración. Les es indispensable, como exige la *metodología del libre examen* del decisionismo político, asimilar las demandas de interés general que claman por las peripecias de la colaboración. La denuncia de los defectos acusados y el esclarecimiento de los enigmas irresueltos, han de ofrecer respuestas consecuentes con la dimensión de sus interrogantes. Las iniciativas políticas del Gobierno y los actos de las Administraciones Públicas —obligados a servir objetivamente los intereses generales y orientados al cumplimiento de los fines que justifican sus actividades (arts. 103.1 y 106.1 CE)— cuidarán de mostrarse sensibles, nunca indiferentes o adversos, a la presencia de estas novedades. Los órganos de la jurisdicción advertirán que, gracias al hecho y los capítulos de la colaboración, se conocen y diagnostican las realidades sociales del tiempo y del lugar. Como intérpretes que son de la civilización en que viven inmersos, les incumbe *convertir el Derecho en justicia*, atendiendo a los nuevos estados de cosas y empleando los recursos de técnica jurídica que no frustren las ilusiones despertadas por el futuro que se aguarda, ni las expectativas asociadas a su advenimiento.

8. Incesante retorno de los apremios y valores de la solidaridad

Los principios y el ejercicio práctico —individual y/o social— de la colaboración, ordenan los esfuerzos dirigidos a edificar una *sociedad democrática avanzada* (dec. 6 Pr.CE) que —no obstante la manipulación de que, como concepto jurídico indeterminado, fue objeto en una irrepetible circunstancia anecdótica— surge a medida que se fortifica la igualdad de opciones y se comprueban sus efectos felices. Propensión

general, que se adereza con atractivas consignas de colaboración. No en vano, se recuerda la *solidaridad de las nacionalidades y regiones* que, además de estar en la naturaleza de las cosas, invita a frecuentar los hábitos que remuevan los obstáculos de la inacción y la apatía, sin olvidar que —para evitar los riesgos de los *aventurismos de segregación* o indiferencia intencional— hay que afianzar los mínimos de esos lazos de solidaridad (art. 2 CE). La profesión del *pluralismo político* no es un coto cerrado de los partidos que así se adjetivan, y, aunque su primordial actividad sirve a este valor superior del ordenamiento jurídico, abarca objetivos a los que cooperan —compartiendo el optimismo y las vigilias de su descubrimiento— formaciones atípicas que suplen o completan el papel de esos agentes sociales (arts. 6 y 9.2 CE). El concepto de *grupo político significativo* —usado, de pasada, para subrayar la indemnidad de ciertos derechos fundamentales y racionalizar su templado ejercicio (art. 20.3 CE)— prueba la exactitud de estas proposiciones. Sin pasar por alto que, como base de la protección de la dignidad de la persona humana, los modelos individuales y colectivos de sometimiento al Derecho y respeto a los derechos de los demás, se engloban en el *compromiso colaborador de generalización del bien común* (art. 10.1 CE). Hay que mencionar el *apoyo específico* que los poderes públicos —endeudados con la protección efectiva de los intereses difusos— prestan a los grupos sociales que reclaman atención preferente y cuya fisonomía da idea de las tareas de colaboración que se les confían (cap. 3.º, tít. I CE).

La normalidad y permanencia de los *servicios esenciales de la comunidad* conviene al ritmo natural de todo esfuerzo de colaboración. El bien común depende de la continuidad con que esos servicios facilitan los bienes —materiales y/o inmateriales— que satisfacen el contenido esencial o núcleo invulnerable de los derechos constitucionales, preservando las condiciones necesarias para que, en situaciones-límite, las comunidades no se expongan a su disolución (arts. 28.2, 37.2 y 128.2 CE).

El *sentimiento constitucional* —que rige las operaciones de hallazgo y perfección del *bien común*— representa el afán más intenso de colaboración y el convencimiento de que, sin excepciones, cada proyecto colectivo ha de aspirar a convertirse en el modelo de identificación con sus valores. El sentimiento constitucional difiere de las sutilezas de la *falsa Moral* o de la honestidad —más que supuesta— de que alardean los afectos al pesimismo de una *Ética de denuncia*, acostumbrada a cultivar —con elusión hábil de todo compromiso— los minimalismos de la insolidaridad o la inacción. No vale la excusa de que la pasividad es uno de los útiles de colaboración que rectifica lo torcido o

reconstituye lo mal hecho, con el concurso —desdeñoso y usurario— de unas fuerzas sociales que, al regatear lo generoso de su auxilio, dan por buena y bastante su *reacción academicista* de escándalo o reprobación testimonial. La *libertad efectiva* —que la *oferta de transformación* pone en poder y posesión de los individuos y las comunidades (art. 9 2 CE)— no se refiere a sugerencias o insinuaciones susceptibles de aceptación o rechazo. La indiferencia ante sus desafíos contraría las más severas exigencias del Estado social y democrático de Derecho y viola, sus reglas de juego (art. 1.1 CE). De ahí, la necesidad moral de condenar, por detestables e insinceras, las actitudes de *miedo a la libertad* —ocultas tras lo inactivo de aquellas posiciones críticas— y analizar celosamente lo que, a la hora de valorar su impacto en el hecho social de la colaboración, la oferta social de libertad tiene de estimulante o disuasorio. No es una comprobación ocasional y sí una premisa deontológica, la de que, lejos de reducirse a aderezar la función social de ciertos principios o derechos, *la solidaridad colectiva supone, siempre y en todo lugar, un valor indispensable*. Forma parte de los *deberes de atención y cuidado* que convienen a la diligencia esperada y exigida de cada grupo social dedicado a los quehaceres de colaboración que le competen (art. 45.2 CE). A la vieja interdicción individualista de dañar a terceras personas (art. 1.902 C.c.), sustituye el imperativo —propio de la *elevación del espíritu social a la segunda potencia*— de que hay que enajenarse y, acudiendo a un giro tan visceral como accesible, *dejarse la piel en la tarea de edificar y hacer el bien* —el *bien común* en este caso— para el salvamento secular de todos los ámbitos a los que, según la pauta que filosóficamente le define, *ese bien tiende a difundirse*. El respeto a las leyes y los derechos de los demás sobrepasa la prohibición de vulnerar unas y otros, pues confía la defensa de la causa del Derecho objetivo a todos los agentes sociales, y no sólo a los poderes públicos que producen y aplican las normas jurídicas. La novedosa *obligación activa universal* da un paso al frente en el proceso vigorizador de los derechos subjetivos, prueba que la función social de su ejercicio no se agota en la esfera de sus titulares y, por imperativo de los intereses generales, obliga a cuantos, en ese orden de cosas, tienen algo positivo y fructífero que aportar.

La sensibilidad solidaria de hoy día abunda en la idea de que, pese a las obstrucciones de origen, la *fraternidad* sigue siendo un concepto expansivo y definible como el *fortalecimiento de unas relaciones informadas por la paz y la eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra* (dec. 6 Pr. CE). El *achicamiento del mundo* —que, si no excusa de errar sustancialmente sobre los episodios más lejanos que conmueven la conciencia humana, multiplica las oportunidades de industrial-

zar la mentira que los desfigura o esconde— favorece el cumplimiento de las obligaciones de solidaridad y permite conocer, sin tardanza, las situaciones históricas que demandan las reacciones de colaboración indispensables para atajar los males de la opresión o la injusticia. Ese empequeñecimiento sirve de pretexto para que algunos disidentes de las acciones solidarias no pasen de adoptar *puestas en escena* sosegadas y tibias. Ignoran —con candidez no exenta de cinismo— que *su prójimo es quien vive más cerca de sus ofertas y oportunidades de asistencia*, no el contingente de personas —difusas y sin rostro— con cuyos trances es cómodo identificarse a distancia, sorteando cualquier sacrificio inmediato y alardeando de una descomunal frivolidad. No hay solidaridad auténtica ni aportación cooperativa, si el *elemento intencional* de la colaboración —voluntad de renuncia que, para salvar su identidad, requiere muy recios esfuerzos morales— no se completa con el concurso de un *elemento material* que aumenta los bienes o disminuye los males de las situaciones que se pretende remediar.

La solidaridad —variante de cooperación que restaura y vivifica— perfecciona las funciones sociales del ejercicio de los derechos subjetivos. Condena la tentativa —antisocial y estéril— de que, por falta de arrestos o escudados en falsas disculpas autocríticas, las personas y los grupos sociales se coloquen taimadamente al margen de los procesos renovadores en que su participación es obligada.

El principio de solidaridad cuenta con expresiones que acrecientan el énfasis de su formulación y de su crédito. El papel de las *organizaciones sindicales*, lejos de limitarse a tutelar los *intereses profesionales*, se amplía al objeto de *contribuir* —concepto jurídico indeterminado y muy elástico— a la promoción y defensa de otros *intereses económicos y sociales* que, como propios y para otorgarles una protección solidaria, se adjudican (art. 7 CE). La importancia de esta contribución deriva de referencias varias. Uno es el énfasis con que se multiplica el protagonismo de un poder de hecho que, como el sindicato, lleva a cabo la transformación y vigilancia de la escena social y política. Otra concierne a la mención de los *intereses económicos y sociales* que diseñan una política —igualmente social y económica— cuyos *principios rectores* enumeran las predilecciones que el legislador ordinario debe asimiliar y transmitir a los distintos sectores del ordenamiento jurídico (cap. 3.º, tít. I CE). Pesa, en fin, la concreción de unos *objetivos propios* que no se sindicalizan apriorísticamente, mediante transacciones o prejuicios, y sí con los actos de atribución que, ejercitando su *potestad definidora*, realiza el sindicato de oficio o a petición de las personas o comunidades afectadas. El objeto que así se selecciona, se suma a los demás que el sindicato asume

para compartir —de ahí, lo incitante y sugestivo de ese llamamiento— con otros agentes sociales o poderes públicos, la tarea de promoverlos y obstar a su degradación (art. 9.2 CE). Expresión emblemática de estos esfuerzos es el *principio de irregresividad de las adquisiciones sindicales*, cuya finalidad de protección prohibía —en conexión, es cierto, con los supuestos de una sociedad económicamente próspera y un tejido de relaciones industriales robustecidas por la plena ocupación— cualquier disminución de los niveles de tutela que habían facilitado esas conquistas.

9. Aspectos complementarios de la colaboración

El bien común se regenera con los vínculos de cooperación que se entablan entre los *poderes públicos* y los *poderes de hecho* asentados en el marco territorial de la soberanía del Estado. La cooperación del sindicato se debe a que su libertad forma parte de las libertades reales y efectivas que los poderes públicos tienen la obligación eticopolítica de preservar y promover (arts. 7 y 28.1 CE). La cooperación se refleja asimismo en los contactos con las *confesiones religiosas* (art. 16.3 CE), pues el ordenamiento sindical, como el de cualquiera de las mismas, acciona y reacciona —con movilidad y recursos propios— en la esfera física del poder estatal. De éste espera y exige las actitudes inequívocas de reconocimiento —sin las cuales, el Derecho constituido no sirve fielmente a los intereses generales de los ciudadanos— y la adopción de las medidas que animan su *acción normativa de apoyo*.

El principio —inherente a la naturaleza y caracteres del proceso— de que la eficacia de las sentencias judiciales se ciñe a las partes que accedieron a sus oportunidades de contradicción y defensa (arts. 24.2 CE y 1.252 I C.c.), se matiza con la conveniencia de que a la efectividad de la tutela judicial —destinada a generalizar los beneficios de la aplicación de las normas jurídicas en el *microuniverso litigioso*— contribuyan los poderes públicos y los particulares. Aún sin pertenecer de Derecho a la relación jurídicoprocesal que integra a los agentes primordiales de la controversia, unos y otros soportan las *cargas de colaboración* conducentes a obtener la *prestación de justicia* que —motivada y persuasivamente— responde a las pretensiones de los litigantes que deducen en juicio sus derechos de acción y de excepción (art. 118 CE).

El ejercicio de los derechos subjetivos —públicos o privados— se frustra en defecto de las conductas de colaboración requeridas para que la tutela de los intereses generales —vestidos por el legislador y eleva-

dos al rango de derechos subjetivos o situaciones jurídicas dotados de derecho de acción— favorezca la difusión del bien común. La eficacia de los derechos absolutos no es cabal si falta la actitud cooperativa de abstención que consta en la prohibición —impuesta al resto de la comunidad— de hacer el mal o atentar contra el contenido de los mismos. Los derechos relativos reclaman las iniciativas con que el acreedor facilita la realización de las prestaciones del deudor o aporta un complemento imprescindible para el triunfo de su interés en que la obligación se vea cumplida. La integridad de la prestación debida no se reduce a consumir el acto o serie de actos a que el deudor está obligado, y requiere no acrecentar las restricciones que —como género próximo de la especie de *libertad civil* que interviene en la conclusión de los negocios jurídicos—sufre su *integridad moral* hasta el momento de la liberación (art. 15 CE).

La consigna de colaboración se extiende a las parcelas en que ayer surgieron y revivieron luego las tensiones más álgidas del conflicto social. La *lucha de clases* —reveladora de la opción sindical por un futuro dependiente de la demolición del Estado de Derecho liberal burgués y de la edificación de la *sociedad uniforme* vislumbrada en el panorama del *fin de la Historia*—adoptó la traza de un *conflicto civilizado*, tan pronto como el Estado social y democrático de Derecho propuso un armisticio. Gracias a sus atenuaciones, dichas tensiones se aliviaron y, sin renunciar a la espontaneidad y dinamismo del conflicto que las engendraba, asimilaron formas de comunicación civilizada. Los sindicatos paliaron la crudeza de sus postulados de antaño y la compartieron con el oficio —más gratificante y menos consuntivo— de administrar unos intereses colectivos cuya *gestión negociadora y fructífera* prefirieron, sin vacilaciones, a las arideces de la contestación conflictiva. La cooperación se intensifica cuando, más adelante, la inmersión en la *crisis económica* y sus repercusiones en la suerte de las actividades productivas y la degradación del empleo, convencen de que a las nuevas *soluciones flexibles* —reñidas con los presupuestos de la sociedad próspera y capaz de asegurar la plena ocupación— no se llega sin antes haber inventado fórmulas de colaboración y sacrificio. La cordura de los sindicatos —prestos a dulcificar la rigidez del dogma de la *irregresividad de las adquisiciones sociales*— fue decisiva para reconstituir el espacio de los mercados de libre competencia —proveyendo al cumplimiento de las nuevas *funciones sociales* de la libertad de empresa (art. 38.CE)— y restaurar el empleo en circunstancias particularmente escabrosas.

La colaboración se aprecia en la esfera del Derecho Público, si, trascendiendo las fronteras protectoras de los intereses privados, se emprenden acciones que facilitan el ejercicio de las competencias de los

poderes públicos o las sustituyen en casos de excepción. Variantes de ejercicio privado de funciones públicas se dan en la figura de las concesiones administrativas —definidoras de los modos de gestión de aquellos que, al hacer las veces del poder sustituido, se denominan sus *vicarios*— o de determinadas prestaciones personales a que, en interés y defensa de la sociedad, los ciudadanos están obligados (art. 31.3 CE).

Una forma de colaboración tecnificada reside en la *coordinación* o *armonía cuasicooperativa* de acciones que, si ganan en sustancia, pierden en eficacia cuando se contradicen o interfieren desordenadamente. Si, en cambio, se sintonizan o coadaptan, producen el efecto positivo contrario. Sin ignorar los reparos de polivalencia o laxitud que suscita la idea de coordinación, su mediación se advierte en las hipótesis del ejercicio de las funciones gubernamentales (art. 98.2 CE), de la acción satisfactoria de las Administraciones Públicas (art. 103.1 CE) y de la protección de los intereses generales frente a las demasías de las Comunidades Autónomas (arts. 154 y 155.1 CE).

10. Dimensión expansiva de la participación

La perfección conceptual del bien común da cabida a la idea de *participación* que, tras predicarse de la estructura general de la sociedad, se difunde a cuantos episodios enriquecen la vida social con la acción constructiva de sus protagonistas. Los poderes públicos tienden a renovar los rasgos que de antiguo definieron su impecabilidad, pues la legislación se consideraba irreprochable, la administración se decía irresistible y la jurisdicción se estimaba irreprehensible, partiendo respectivamente del acierto intelectualista de los legisladores, de la coactividad conveniente a los fines del Derecho y del rigor de las operaciones judiciales de su aplicación. La coordinación de poderes no implicaba sujeción ni mutuo condicionamiento, sino que descansaba en el respeto a las garantías de su división y en su sistema de controles recíprocos. Los mecanismos de *cooperación democrática* consiguen, hoy día, que, sin mermar las garantías de separación e independencia, la ley acreciente su capacidad de adaptación a los principios y preceptos constitucionales, los actos del poder ejecutivo se atengan a los dictados de la Moral y la legislación, y los *fallos* de la jurisdicción se señalen por la exclusiva sumisión al imperio de la ley en que deben fundarse.

La participación —*ingrediente final* de la noción de bien común— requiere que el *efecto dinámico* de la solidaridad redunde en actitudes expresivas del aprecio que ciertos bienes y/o valores merecen, y en el convencimiento de que su función social —justificada por esta com-

probación— exige un equitativo reparto de sus utilidades. Un *orden económico distributivamente justo* es aquel cuyo crédito depende del *aumento de la riqueza* —¿susceptible de socialización o de distribución adecuada?— y no del deterioro de los procesos económicos que la engendran, porque la *idea de progreso* es inherente a esa necesidad de adquisición (dec. 1 Pr. CE y art. 40.1 CE). La *equitativa distribución de la riqueza* se concibe a partir de la mejora y/o corrección de sus adjudicaciones de origen. Propende a restaurar, amén de otros aspectos, el equilibrio económico de los *patrimonios personales* —conjunto de situaciones jurídicas que, refiriéndose al ser físico del sujeto, se aprecian en sumas de dinero— y las condiciones análogas de las Comunidades Autónomas que forman el *Estado compuesto* (arts. 2 y 40.1 CE). El papel asignado al *esfuerzo transformador* de los poderes públicos —pues ninguna de estas proclamaciones programáticas queda al margen de la *efectividad* que hacen de ellas lo contrario de un *ente de razón*— significa que — pese a la libertad con que el decisionismo político establece el *sí*, el *cuándo* y el *cómo* de sus operaciones— el resultado de tan arriesgada empresa exige que los pasos de su preparación y ejecución se den en un *marco de estabilidad económica*. Hay que tecnificar, con solvencia, las previsiones dirigidas a ese fin y desistir de los arbitrios nacidos de las malas tentaciones o de la flaqueza intelectual que desedifica y desemboca en el fracaso. Las posturas de la participación se fortifican cuando los derechos subjetivos incorporan el cumplimiento de *funciones sociales* que dosifican las ventajas del interés legítimamente protegido. La colimitación de los derechos —a que, en buena parte, subviene aquella atribución— constituye la clave del orden político, sin el cual se irrumpe en una sociedad desorientada y acrática, y de la sobrevivencia de la paz social, cuya quiebra disloca la comunidad organizada. La colimitación gana en importancia respecto a los derechos que, como la propiedad privada, contrajeron el mérito histórico de su descubrimiento y canonizaron jurídicamente la figura de la *función social* (arts. 10.1 y 33.2 CE). Lo prueba el que, a causa de una *transmigración interdisciplinar*, un sector del ordenamiento jurídico ajeno al Derecho Privado —a saber, el Derecho Administrativo— haya invadido las parcelas del régimen de la propiedad privada con una doble singularidad. A saber, lo sensible del *cambio de cultivo* y el dato de prestar atención —más que a lo notable de los aspectos positivos del derecho subjetivo en sí— al sistema de las moderaciones que le comprimen y aminoran sus oportunidades de disfrute.

Las restricciones que, por hipótesis, afectan al derecho subjetivo —pues declararle exento de ellas revelaría una contradicción en los términos— forman parte del *espectro de la participación*. La subordina-

ción de las distintas formas de riqueza, con independencia de su titularidad y atribución, a los *intereses generales* —que, aun en las democracias de hoy día, soportan las incontralables, cuando no pintorescas y/o arbitrarias, definiciones del Estado— implica que el destino de los bienes, públicos y privados, tiene que corregirse si se advierte su incompatibilidad con esos intereses. Resulta poco menos que *misión imposible* destruir las presunciones propicias a la legitimidad de los actos de los poderes constituidos, cuya razón de decidir no abunda en precisiones pedagógicas, y, cuando lo hace, carece de la persuasión peculiar de un argumento convincente. Es deplorable la situación de desventaja que, lesionando el *sentimiento constitucional*, surge a la hora de probar —sin datos fiables ni información veraz— que las condiciones del interés general no se dan, ni de lejos, en muchos supuestos a los que el *decisionismo político* de los poderes públicos rinde gratuitamente los honores de semejante calificación. De ahí, la impresión de *arma arrojadiza* que produce la supuesta justificación voluntarista de un interés general cuya sencilla invocación entorpece, por sí sólo, las posibilidades de combatir su concurrencia (art. 128.1 CE).

La *planificación general* de la actividad económica puede alcanzar cotas de dirigismo atenuadas por la integración en espacios económicos supranacionales, sin descartar las especies larvadas de *planificación especial*. El saneamiento de las necesidades colectivas induce a imaginativos ensayos de participación. Conviene aunar dos opciones. Una, la de que la riqueza repartible sólo se considera tal en las *condiciones de multiplicación* que hagan de ella un bien útil y equitativamente divisible. Otra, que —como proyecto atractivo— es insincero y vacío alardear de una justicia distributiva que únicamente ha dispersado lo que, dejando de ser riqueza en sentido propio, deviene el exponente de su degradación (art. 131.1 CE). La planificación que, según las circunstancias, fomenta o mitiga las condiciones del ejercicio de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, registra objetivos racionalizadores (art. 38 CE). En cuanto *planificación democrática* y ajustada a las pautas del Estado social de Derecho, se compromete a proteger la productividad —causa eficiente de la prosperidad y la riqueza— que, por los motivos tecnológicos o económicos de las situaciones críticas, no ha podido agotar el ejercicio fértil de aquella libertad. *Cuando la planificación coopera, es porque pone de inmediato en condiciones óptimas de participación*. La planificación no se concibe sin el fin de obtener los resultados de la tarea organizadora que —tras el incremento de los recursos personales y la mejora, cualitativa y cuantitativa, de su entorno— aspira al más justo reparto de los elementos que integran una y otra.

11. Divulgación y plenitud de los intereses generales

El bien común se perfecciona —a través de un proceso que no conoce el fin de sus trabajos— cuando implanta, en el campo de las relaciones individuales y colectivas, la *plenitud de la verdad* que, al disipar las brumas de la ignorancia y el error, libera en todas direcciones. El amor que la verdad reclama y el respeto a la igualdad y las libertades de todos, acercan a una paz que, para merecer este nombre, ha de sintetizar el sosiego interior de la persona y el orden visible de la vida exterior de relación. De dicha paz, en cuanto irrenunciable y justa, nunca puede abdicarse, porque —siempre bajo el imperio del Derecho— perduran los deberes de proseguir, sin pausa, las tareas de su edificación. Sólo una inmensa *pasión por la verdad* —temerosa de que, a lo impresionante de su descubrimiento y lo rotundo de sus apariciones, acompañen las luces cegadoras del *sol de la muerte*— sumerge en el alud de los interrogantes a que se abren las *actitudes intelectuales de asombro* —sorprendidas por el reto de lo misterioso— y los *afanes de convencimiento incuestionable*, a que arrastra la determinación de superarlos. Sin un mínimo de sinceros acatamientos y propósitos firmes, iniciar la aventura de acercarse a la posesión de la verdad es empeño que no vale la pena.

El cultivo del pluralismo social y la acomodación a sus cambios requieren que —a causa de lo creativo, irreprimible y espontáneo de sus expresiones conflictivas— se observen las intuiciones y principios de una *Moral civil*, muy exigente, que segrega el cuerpo social. Su papel consiste en agotar, sin ocultaciones ni equívocos, los valores de la comunicación de las personas y los grupos, y en ordenar las condiciones necesarias para que la familia humana los digiera sin tropiezos ni engaños. Hay que denunciar lo falso de las *alienaciones múltiples* que —adulterando los métodos de adquisición y transmisión de la verdad en los escenarios de la coexistencia— la secuestran o desnaturalizan, cuando se está a punto de alcanzar su gratificante posesión. Hace falta que, sin un ápice de desánimo, la opinión pública —dispuesta a recobrar sus funciones sociales— disponga de los recursos óptimos para cerrar, con éxito, ese proceso recuperador. No hay derecho a perder la esperanza —por desoladora y aplastante que parezca la estadística de las claudicaciones y fracasos— en el futuro de unos tiempos en que el *gobierno retórico y dialéctico del mundo* —fiel a las reglas de la rectitud de intención y la moralidad de las acciones— proclame el triunfo de la verdad liberadora, subyugue las tensiones sociales de la fuerza y liquide los rendimientos aberrantes de su dominación. Al precio, todo ello, de la vigilancia con que las conciencias individuales y colectivas

denunciarán las tentaciones vergonzosas e indignas, aumentarán las oportunidades de liberación del espíritu, sitiarán los reductos de la cautividad intelectual y moral, e impedirán que las perversiones técnicas de la verdad —sin exceptuar la especie, sobremanera odiosa, de la *institucionalización de la mentira*— merezcan el trato indulgente de discretos *pecados veniales*.

Emancipada de esas servidumbres, la persona humana —pobladora de los espacios acondicionados para la recepción del bien común y el servicio de la causa de los intereses generales— afrontará el *compromiso secular* de cimentar una ciudad terrestre en la que triunfen los sentimientos de solidaridad más apremiantes. Sujetará sus actos a la regla de que *sólo se reina dignamente cuando se sirve a los demás*, y pondrá fin a cuanto de vulgar y demoníaco circula en los mensajes —atormetados y engañosos— que atentan contra la grandeza moral de esos propósitos.

Concluyendo, en suma, los *trabajos pendientes* con la buena conciencia y voluntad de quienes, a la medida de sus posibilidades, van en busca de avances —logrados, unas veces, y, otras, inaccesibles o impedidos— cuya *bondad común* les da derecho a complacerse en la visión de la *obra bien hecha* que ha sido y sigue siendo mérito y recompensa del ingenio creador (Gen, 1, 31).

Abreviaturas y siglas

art.	artículo.
C.c.	Código Civil español de 24.7.(8)89.
cap.	capítulo.
CE	Constitución española de 27.12.(9)78.
dec.	decisión.
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos de 10.12.(9)48.
EAPV	Estatuto de Autonomía del País Vasco de 18.12.(9)79.
Gen.	Génesis.
Pr	Preámbulo.
tít.	título.
VCTR	Versión consolidada del Tratado de Roma de 25.3.(9)57, modificado por el TA (Tratado de Amsterdam de 2.10.(9)97).

CONFERENCIAS

LA MIRADA DE LA VICTIMA¹

Reyes Mate

Profesor de Investigación
Instituto de Filosofía CSIC

1. Nos reunimos aquí hoy para presentar el libro «Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón»², juez, asesinado por Eta por impartir justicia y para aterrorizar, a través de su sangre, a los demás jueces que no sean «reciclables», según la bárbara expresión de los administradores del terror.

Gesto por la Paz denunciaba recientemente el hecho de que 42.000 ciudadanos vivieran en el País Vasco amenazados de muerte. El código del terror establece que sólo pueden vivir en paz los considerados uno de ellos o la mayoría silenciosa. En la democracia ateniense, privilegio de unos pocos, ricos y libres, había excluidos; aquí, en una democracia adulta, hay amenazados. El terror en el seno de la democracia está generando una forma política hasta ahora desconocida. Si Aristóteles hablaba de tres tipos de política, a saber, la monarquía (gobierno de uno), la aristocracia (gobierno de pocos) y la república (gobierno de muchos), habrá que añadir un cuarto: la invisibilidad del terror, que no se deja ver y hace invisibles a los que no le son gratos. Para el terror lo que el juez Lidón significaba debía ser hecho invisible o acallado. Y así se hizo.

2. Esto ocurrió hace un año. Y un año después estamos aquí, en torno a un libro que es un homenaje, recordando una vida y una muerte. Preguntarnos por qué estamos reunidos parece una ociosidad:

¹ Conferencia pronunciada en el Homenaje al Profesor D. José María Lidón que tuvo lugar el día 10 de diciembre de 2002 en la Universidad de Deusto con motivo de la presentación del Libro *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*.

² Juan I. ECHANO (coord.), *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002.

por cariño, los unos; por agradecimiento, los otros; por solidaridad, los más. Se hace así en casos parecidos, y aunque sea un gesto ritual, tiene pleno sentido.

Creo, sin embargo, que la verdadera razón es otra: estamos aquí para hacer justicia. Y ¿en qué consiste el juicio? ¿de qué justicia estamos hablando? De la que habla Primo Levi, en *Si esto es un hombre*, cuando se presenta como testigo ante sus lectores. Ahí confiesa que ha hecho todo lo posible por ponerse a la altura de quien no ha hecho la experiencia de los campos de exterminio, huyendo del lenguaje victimista o del tono iracundo del vengador. «Sólo así», escribe, «el testigo en un juicio cumple su función, que es la de preparar el terreno para el juez. Los jueces sois vosotros»³. Es como si nos quisiera decir que cuando se atenta contra el hombre no hay neutralidad posible pues está en juego la *humanitas* de la que nosotros formamos parte. La justicia de la víctima tiene que ver con el testigo, por supuesto, pero también con quien escucha al testigo que es quien verifica o da fe de la humanidad o inhumanidad del testimonio que oye o lee o ve.

No es difícil observar una evolución en la retórica de intelectuales y políticos españoles a propósito de las víctimas. Hasta hace poco tiempo era una figura con la que sólo cabían, además de alguna condecoración, condolencias y compensaciones económicas. La justicia tenía que ver con sus verdugos. Hacer justicia era condenar al asesino. Ahora, sin embargo, se habla también de la justicia a las víctimas. Si se plantea, por ejemplo, la necesidad de recordar la guerra civil, se dice que es para que la historia no se repita y por justicia a las víctimas. Las víctimas empiezan a ser visibles.

Recordar para que la historia no se repita es un gran paso políticamente comprensible, aunque escasamente moral. Es comprensible políticamente porque, desde Machiavello, la conservación de la vida y la mejora del modo de vida, es decir, el hombre y el hambre, son los dos grandes objetivos de la política liberal. Para ese objetivo todos los medios son buenos, incluyendo el recuerdo de catástrofes pasadas.

Cierto es que los beneficiarios de tal memoria como nosotros, los vivos, y no ellos, los muertos, por eso precisamente digo que es un objetivo escamente moral, pues es como si extrajéramos de los muertos una última plusvalía con la que protegernos.

Conscientes de la punta egoísta que tiene esa afirmación, los intelectuales y políticos añaden a modo de coletilla la segunda aseveración «y para hacer justicia a las víctimas». Pero ¿qué entienden por ello? No

³ P. LEVI (1987), *Si esto es un hombre*, Muchnik Editores, Barcelona, 185.

se suele explicar y, reconozcámoslo, no es nada fácil. La frase tiene un cierto aroma religioso: las víctimas están muertas, en su mayor parte, y la justicia con los muertos no es de este mundo. Es un asunto teológico. Por eso conviene responder a la pregunta antes de seguir hablando.

3. La pregunta a la que hay que responder es esta: ¿qué significa hacer justicia a las víctimas?

Desde el punto de vista filosófico la justicia es un concepto que ha sufrido una profunda transformación. Sin pretender hacer una larga historia, séame permitido al menos señalar los rasgos que diferencian la justicia de los antiguos de la de los modernos

Para los antiguos⁴, la justicia era algo material y tenía como referente el otro. Tenía que ver, en efecto, con talentos o cosas, y el sujeto de la justicia era quien había padecido injusticia, es decir, el otro. La justicia, decía por ejemplo Santo Tomás, consiste en que se restituya al otro lo que es suyo, y lo de menos es que esté o no de acuerdo el que tiene que restituir: lo importante es la injusticia objetiva y el otro. La virtud de la justicia no tiene que ver con el sentimiento o la voluntad del deudor, sino con la reparación del daño. En ese acto objetivo y no en la disposición subjetiva acontece la virtud de la justicia. Este mismo autor, en la estela de Aristóteles, hablaba de una justicia general que no tenía que ver con la distribución de bienes sino con la creación del bien común mediante el desarrollo de los talentos de cada cual. Sólo después de haber establecido la justicia *general* como derecho de cada ser humano a conformar el bien común —y por tanto el derecho a desplegar todas sus virtualidades— se hablaba de la justicia *particular*, ya sea la distributiva o la conmutativa.

Para los modernos, por el contrario, el sujeto de la justicia no es el otro, sino nosotros. Nosotros, en efecto o, como diría Habermas, la comunidad ideal de diálogo, es la que establece qué es lo justo e injusto, lo bueno y lo malo. Y, el contenido de esa operación es la libertad: lo que permite que una decisión sea justa es que quienes lo deciden lo hagan con el mismo grado de libertad. Pensemos, por ejemplo, en las teorías discursivas de la justicia: el sujeto de la justicia es el nosotros que tiene que decidir lo que es justo o injusto; pero lo justo o injusto se juega en el procedimiento con que se decide: lo justo es decidir con criterio imparcial —libre pues de toda la presión que signifique el interés o la experiencia de injusticia—, de ahí que el eminente filósofo del de-

⁴ Para Aristóteles véase el libro III de *Política*; para St. Tomás, la *Summa Theologica* II II, 57, 58 y 68.

recho argentino, Santiago Nino⁵, llegara a la conclusión de que la justicia moderna fuera un reparto equitativo de la libertad, y no del pan, añadido por mi cuenta, como era la justicia de los antiguos. Este trueque substancial se nos presenta bajo el manto erudito y mundialmente celebrado del «paso de lo bueno a lo justo», dando a entender que la justicia de los antiguos (subsumida bajo el epígrafe de lo «bueno») era una para andar por casa, mientras que la nueva justicia (la sugerida en la rúbrica de lo «justo») sí tiene en cuenta la complejidad de la vida moderna y por eso puede ser universal.

Conviene revisar urgentemente las teorías procedimentales de la justicia, sospechosas de funcionalidad ideológica, pese a su pretensión de estar por encima del mal y del bien. O, dicho en otros términos, hay que volver a la idea de que la justicia es una respuesta a las experiencias de injusticia. El sujeto de la justicia es quien padece la injusticia. Hay que despedir la concepción platónica de que la justicia hay que importarla del mundo de las ideas. La humanidad no tuvo que esperar a la definición de la idea de justicia para saber lo que era la injusticia. La injusticia es una experiencia de sufrimiento y la justicia es la respuesta a esa experiencia. Preguntar por la justicia de la víctima es reconocer que la injusticia de la víctima es el lugar de la justicia. No los espectadores del crimen —y todo el procedimentalismo convierte a los potenciales participantes en el proceso de decisión en espectadores, es decir, en observadores imparciales de un acontecimiento— sino quien padece la injusticia tiene la palabra que desencadena el proceso de la justicia.

La consecuencia inmediata de este planteamiento es que la existencia de una víctima remite a una sociedad escindida por obra del veredicto. El crimen no sólo crea una víctima sino una herida social, una división en la sociedad. La idea de justicia tiene que ir vinculada a la sutura de esa escisión social. No puede haber justicia, tal y como recordaba Hegel a Kant, al margen de la sociedad, restaurando, por ejemplo, la autoridad abstracta de la ley, mediante el castigo al culpable que ha osado romper o quebrantar la ley. La justicia supone la reconciliación social, esto es, la recuperación del asesino que se ha separado de la sociedad. Esta recuperación o reinserción sólo la puede hacer a través de la víctima: el asesino tiene que reconocer que ha obrado mal. Solemos dar al reconocimiento de que hemos hecho daño a alguien el nombre de arrepentimiento, que es la fase previa a la petición de perdón. En la literatura de los supervivientes de Auschwitz he encontrado, sin embargo, una modalidad menos «religiosa» de ese reconocimiento: el re-

⁵ NINO, S. (1996), *Justicia*, en E. GARZÓN VALDÉS y F. LAPORTA (eds.) (1996), *Justicia y Derecho*, Eiaf, Trotta, Madrid, 478.

sentimiento, lo que Jean Améry, por ejemplo, llama resentimiento, un sentimiento que no goza de prestigio moral, pero que debemos considerar serenamente.

El resentimiento de los supervivientes es la reacción de la víctima ante el olvido de lo ocurrido por una sociedad exitosa, como era la Alemania de los años cincuenta. Lo que pretende entonces es que «el delito adquiera realidad moral para el criminal, con el objeto de que se vea obligado a enfrentar la verdad de su crimen». El resentido quiere compartir con el verdugo el carácter inmoral del crimen. Eso significa, ante todo, compartir la soledad de una experiencia fundamental que tiene la víctima pero desconoce el verdugo: la de llegar a desear que aquello nunca hubiera ocurrido. Le duele que sólo él viva con ese deseo y aspira a que el verdugo llegue a la misma experiencia. No busca la venganza, sino que el asesino experimente la maldad de su acción, es decir, que llegue a desear que aquello no hubiera ocurrido ni para él, ni para el otro. Para ilustrar su idea cuenta la ejecución de un torturador nazi en Amberes, un tal Wajs, quien ya en el patíbulo, sintió que también él estaba deseando que aquello no hubiera ocurrido; entonces «dejó de ser enemigo para convertirse de nuevo en prójimo»⁶, dice Jean Améry.

La primera característica de la justicia de la víctima es el reconocimiento de una fractura social cuya reconciliación pasa por la víctima: sólo si el asesino descubre el mal que ha hecho y desea que ojalá aquello no hubiera ocurrido, sólo entonces se produce la reinserción y se sutura la escisión. Que eso sea muy difícil, que lo normal sea olvidar, «tirar para adelante», dejando que los muertos entierren a sus muertos, es lo que explica la presencia de ese sentimiento reforzado de memoria llamado resentimiento que denuncia la buena conciencia de una sociedad feliz porque ha olvidado.

Es evidente que el resentimiento es un concepto límite, expuesto a muchos peligros. Puede encubrir un sentimiento de venganza o la idea de que todo vale —hasta la pena de muerte— con tal de que el criminal llegue a la conclusión de que mejor que «aquello no hubiera tenido lugar». El mismo Primo Levi aconsejaba a Améry que «intentara filtrar su angustia, que no la echara en cara del lector así, con tanta crudeza y aspereza, pues corría el riesgo de contaminar a los demás, sin librarse

⁶ El término resentimiento evoca la crítica de Nietzsche a la moral cristiana que él denuncia como moral de esclavos, esclavos resentidos que quieren lograr por la vía del igualitarismo moral lo que son incapaces de conseguir por sus propios medios. No es de esto de lo que habla Améry. Cf. Jean AMÉRY (2001), *Más allá de la culpa y de la expiación*, Pre-Textos, Valencia, 151.

de ella»⁷. Pero no hay que perder de vista lo que se quiere decir aquí. Lo que se pretende es que el criminal descubra la inmoralidad de su acción pues de lo contrario no hay reconciliación posible. Por eso, nada más lejos de este resentimiento que la pena de muerte que es precisamente la negación de la reconciliación social. Es una exigencia moral para la reconciliación política.

Lo dicho hasta ahora no afecta, sin embargo, a la experiencia de injusticia de la víctima: tiene que ver con el asesino y con la sociedad que el crimen deja tras de sí, pero esa justicia ¿puede decir algo a la injusticia de la víctima? Lo puede y lo debe en la medida en que reconoce la vigencia de la injusticia cometida, si no ha sido saldada e independientemente del tiempo transcurrido. Para una mentalidad jurídica la afirmación de la vigencia de la injusticia cometida, independientemente del tiempo transcurrido y de la solvencia del criminal, tiene que resultar harto discutible, no en vano el derecho ha construido figuras legales que legitiman el archivo: la prescripción, la amnistía o la insolvencia. Los crímenes prescriben y ha habido que esperar hasta antesdeayer (la resolución de las Naciones Unidas declarando imprescriptibles los crímenes contra la humanidad es del 13 de febrero de 1946) para calificar un determinado tipo de crimen, el genocidio, como imprescriptible; de la amnistía ya hablaba Heródoto y la entendía no como olvido sino castigo a quien recordara desgracias pasadas; frente a la muerte de los asesinados, la justicia sólo sabe castigar a los culpables, pero se encoge de hombros ante la injusticia de un muerto que sólo es un cadáver.

Ahora bien, reconocer la vigencia de la injusticia hecha a la víctima supone revisar supuestos tan arraigados como que los crímenes prescriben o que la justicia humana nada tiene que ver con los muertos. Lo que dice la reflexión moral sobre las injusticias cometidas es que éstas no prescriben por mucho tiempo que haya transcurrido y aunque nadie sea solvente (para devolver, por ejemplo, la vida a los muertos). No se trata de negar el impulso humanitario que puede haber tras la idea de que el criminal es un hombre y que, pese a haber cometido un crimen, no tiene por qué cargar toda su vida con él. Pero incluso en el caso de que la prescripción puede ser una figura del orden de la rehabilitación, eso no puede significar que se olvide la injusticia que se debe a la víctima. El archivo del crimen no puede significar el olvido de la víctima. Las injusticias lo son independientemente del tiempo transcurrido y de la solvencia del deudor.

⁷ P. LEVI, «L'altrui mestiere», *Opere* III, pp. 615-618.

Esta osada afirmación sólo es explicable y defendible si pensamos anamnéticamente la justicia, es decir, si introducimos dentro de la reflexión un elemento al que la justicia canónica es particularmente alérgica: el tiempo, el pasado, la memoria. La alergia de la justicia al pasado es algo indiscutible desde el punto de vista de la filosofía política, por eso no dedicaré los escasos minutos de que dispongo a recordarlo. Prefiero concentrarme en lo que significa pensar la justicia teniendo en cuenta la memoria.

Lo que digo es que sólo podemos afirmar la vigencia de las injusticias pasadas hechas a las víctimas, es decir, sólo podemos hablar de la actualidad de las injusticias de las víctimas si la memoria forma parte de la justicia. Horkheimer lo expresa de una forma que deja traslucir todo el dramatismo de este planteamiento: «el crimen que cometo y el sufrimiento que causo a otro sólo sobreviven, una vez que han sido perpetrados, dentro de la conciencia humana que los recuerda, y se extinguen con el olvido. Entonces ya no tiene sentido decir que son aún verdad. Ya no son, ya no son verdaderos: ambas cosas son lo mismo. A no ser que sean conservados... en Dios: ¿puede admitirse esto y no obstante llevar una vida sin Dios? Tal es la pregunta de la filosofía»⁸. La relación entre justicia y memoria representa uno de esos lugares extremos y privilegiados del pensamiento humano que uno no puede frecuentar sin quedar tocado, como Jacob tras su pelea con el ángel. Lo que ahí dice el filósofo Horkheimer es que el crimen, una vez cometido, sólo existe si sobrevive en la memoria de los hombres. Si se produce el olvido, el hecho deja de existir y, por tanto, la injusticia causada queda definitivamente archivada y, en ese sentido, resuelta. Si las atrocidades dejan de ser recordadas, pierden la existencia y, por tanto, desaparece toda pretensión de validez de sus demandas. Quien, sin embargo, se rebelde contra ese archivo porque piensa que se cometió una injusticia que clama por sus derechos, quien crea en la justicia, es decir, quien crea que ahí hay una causa pendiente, ese tendrá que recurrir a la memoria.

El problema que se le plantea a la memoria humana —a esta memoria que olvida incluso cuando recuerda— es que o recurre a la memoria divina (que no debería olvidar) para poder seguir hablando de justicia, o se hace cargo la memoria humana de una responsabilidad absoluta. Una vez que ha descubierto que sin memoria el crimen prescribe, que deja ser verdadero, que deja de ser, el hombre sólo puede mantener la vigencia del crimen pasado, recordando. La relación entre

⁸ M. HORKHEIMER (1976), *Apuntes, 1950-1969*, Monteávila, 16.

memoria y justicia explica la carga sobre el hombre de la responsabilidad absoluta. Este es un concepto originariamente de origen religioso: ante el mal en el mundo sólo cabía una justicia divina que premiara a los buenos y castigara a los malos. Cuando el hombre hace la experiencia de que está sólo ante el mal y de que Dios se calla o es asesinado en Auschwitz, como dice dramáticamente Elie Wiesel, entonces el hombre tiene que hacerse cargo de luchar contra el sufrimiento humano porque ha experimentado que es una injusticia causada por el hombre al hombre. Si no quiere convivir con la injusticia tiene que echarse a sus espaldas la lucha contra el sufrimiento humano.

La responsabilidad de la memoria consiste en que sin ella no hay justicia en este mundo porque perdemos la noción de las injusticias realmente vigentes: «así como los muertos están entregados inermes a nuestro recuerdo», escribe Adorno⁹, «así también es nuestro recuerdo la única ayuda que les ha quedado; en él expiraron, y si todo muerto se asemeja a uno que fue exterminado por los vivos, así ciertamente también se asemeja a uno que ellos han de salvar, sin saber si alguna vez lo conseguirán. El recuerdo apunta a la salvación de lo posible pero que no ha llegado a realizarse». Está pues claro que la memoria de la que habla la justicia no es la conmemoración de una efeméride pasada (hace un año José María Lidón fue asesinado; hace quinientos años, el imperio español esclavizó en Chiapas a la población indígena, etc.), sino la que hace presente una felicidad que fue posible hasta que el criminal impidió su realización. La memoria trae a nuestra presencia esa injusticia pasada y declara que sigue vigente. Y esto ¿qué quiere decir?

4. La vigencia de la injusticia significa tener en cuenta aspectos de la realidad que habitualmente no tomamos en consideración. La realidad de un país —por ejemplo, la del País Vasco— no es la misma con víctimas que sin ellas. No es la misma realidad ontológica porque el asesinato introduce en la realidad la figura de la ausencia. Hay una presencia ausente. Y dentro de esa extraña realidad, no es lo mismo un asesinato que 806¹⁰: cada asesinato carga a la realidad presente de una particular ausencia. De la realidad que queda o sobrevive al asesinato forma parte una ausencia que afecta a la presencia de dos maneras: negativamente, como una herida que tiene la parte superviviente (no sólo la familia queda herida, sino toda la sociedad); y

⁹ Adorno «Marginalien zu Mahler», en *GS*, 18, 235.

¹⁰ Desde 1976 hasta enero del 2002 ETA ha cometido 806 asesinatos y 77 secuestros, según A. BERISTAIN «El papel de la universidad, la justicia y las iglesias ante las víctimas del terrorismo en España», en *Actualidad penal*, n.º 4, enero del 2002, 63-81.

positivamente como una mirada específica que forma parte de la realidad, de suerte que si no se tiene en cuenta no podemos conocer la realidad en su totalidad.

Lo que acabo de decir no es ninguna novedad. La ideología del progreso, que es la ideología dominante, se lo sabe muy bien. El progresismo sabe que el progreso tiene un costo humano y personal: hay quienes quedan marginados (el costo de la mundialización es la pobreza del Tercer Mundo), eliminados (los que por edad o debilidad no se adaptan a las nuevas exigencias) o desaparecen como efecto colateral (las muertes en la carretera como resultado de máquinas excesivas). Lo que ocurre es que declara ese costo insignificante: no cuenta para la realidad. Y de la misma manera que la ciencia tiene que atenerse a la realidad que hay, la política tiene que atender a la realidad presente. Del margen ya se ocuparán las ONGs, de los muertos, las religiones, y de los accidentados, las compañías de seguros.

El progreso no desconoce esa parte oculta lo que pasa es que, por un lado, la declara in-significante ya que lo realmente significativo es lo que afecta a los presentes, a los vivos, a los que votan, a los que tienen poder; y, por otro, la descalifica por irreal, ajena a la realidad: la construcción de la realidad lleva consigo materiales de desechos o ruinas, que no forman parte de la realidad conseguida.

Lo que hace la memoria es hacer valer la significación y la realidad de esos desechos. Y lo hace valer incluso contra figuras tan respetables como los derechos humanos. La Déclaration du Droit de l'Homme et du citoyen, de 1789, establece que el hombre, por el mero hecho de serlo, tiene una serie de derechos, por ejemplo a la igualdad. ¿Pero, cómo podemos decir que todos los hombres somos iguales cuando no lo somos de hecho? Sólo lo podemos decir si privamos a la realidad de significación y ésta la hacemos depender de un hombre abstracto, de un sujeto transcendental, es decir, de una concepción abstracta de humanidad. Benjamin denuncia esa sutil operación así: «Para dotar al colectivo (se refiere al concepto abstracto de humanidad) de rasgos humanos, el individuo tiene que cargar con los (rasgos) inhumanos. Hay que despreciar a la humanidad en el plano de la existencia individual, para que resplandezca en el plano del ser colectivo»¹¹. Las grandes palabras de la modernidad, tales como igualdad, fraternidad, libertad, sólo son verdad si la aplicamos a una entidad abstracta llamada humanidad que no es la suma de los hombres reales, sino una entidad que tiene el inconveniente de no existir. Sólo podemos decir que somos iguales si

¹¹ W. BENJAMIN, *Gesammelte Schriften* II, 3, 1102.

pesa más, a la hora de decir lo que es el hombre, lo que pongamos idealmente en el hombre abstracto que lo que encontramos en el hombre real. Eso es lo que se quiere decir con lo de declarar in-significante a la realidad. Otro tanto ocurre con las ruinas o los costos históricos. Tendemos a ver lo ruinoso de la historia como algo que fue vivo en un momento que ha pasado a ser una parte muerta, inerte: una segunda naturaleza. La memoria se revela contra esa operación intelectual y se plantea lo que la humanidad sea a partir de todos esos «seres sacrificados en el altar de la historia», que dice Hegel, pero que él reduce «a florecillas pisoteadas en el camino».

Para la memoria la inhumanidad del hombre concreto es significativa y las florecillas que se lleva por delante la historia no son irreales, sino parte de la realidad.

Lo que hace la memoria es tratar esos desechos como parte de la realidad: son ausencias. La realidad no es sólo la parte normalizada, que es la superviviente, sino también la parte oculta. No habrá verdad, ni conocimiento verdadero, si no se tiene en cuenta esa parte de la realidad que no aparece porque ha sido declarada insignificante o irreal.

5. Llegados a este punto se hace obligado un breve *excursus* o, mejor, *incursus* en la situación del País Vasco. Se discute mucho sobre si el terror debe o no debe condicionar proyectos políticos de calado, que impliquen a toda la sociedad vasca, por ejemplo, la revisión de la Constitución o del Estatuto de Guernica.

Pienso modestamente que, independientemente de lo que diga un partido de cariz nacionalista o españolista o europeísta, está la realidad del terror y esa realidad conforma una situación pre-política que la política debe tener en cuenta. Previo a la responsabilidad es la aprehensión de la realidad. Y esa aprehensión no se produce sólo mediante análisis más o menos científicos de la realidad (sociológicos, demográficos, estadísticos, etc.), sino también a través de algo tan paradójico como la mirada de la víctima.

Para entender lo que significa esta metáfora, evoco dos imágenes complementarias. Dice Adorno que esa mirada debe parecerse a la de aquellos condenados en la Edad Media que eran crucificados cabeza abajo, «tal como la superficie de la tierra tiene que haberse presentado a esas víctimas en las infinitas horas de su agonía»¹². Veían al mundo de otra manera, con otra perspectiva.

¹² Citado por J.A. ZAMORA, «Civilización y barbarie. Sobre la Dialéctica de la Ilustración en el 50 aniversario de su publicación», en *Scripta Fulgentina*, n.º 14, 1997, 264.

La otra imagen la tomo de Walter Benjamin, de su *tesis novena*¹³, en la que habla del ángel de la historia que lleva las alas desplegadas y que es impulsado con fuerza irresistible hacia adelante. El ángel representa al progreso. Pero Benjamin nos llama la atención sobre el rostro de ese ángel que nosotros festejamos como el símbolo del progreso: es un rostro desencajado, horrorizado por los escombros y cadáveres que jalonan la marcha triunfal. El rostro da a entender que quisiera detenerse, echar una mano a los caídos y detener tanto desastre. Es inútil, el progreso le arrastra hacia adelante. El ángel no ve lo que vemos nosotros: nosotros vemos el progreso y el ángel, cadáveres y escombros. La mirada de la víctima es otra mirada porque ve lo que oculta el progreso, la normalización, el «hay que seguir adelante», «hay que seguir viviendo». Dos miradas pues sobre la realidad: la del ángel y la de la normalidad.

Lo que se quiere decir con estas imágenes es que las víctimas ven las cosas de otro modo porque ven aquello en lo que nosotros no reparamos. Ahora bien, tomarnos en serio la figura de la víctima es aceptar que lo que ve forma parte de la realidad. Las víctimas no están de paso, no son pasado, sino que se quedan y transforman toda la realidad. No se puede hablar de verdad al margen de ellas ya que ellas desvelan la parte silenciada de la realidad, pero que forma parte de esa realidad. El film *Shoah* de Claude Lanzmann se abre con una secuencia en la que un superviviente, Simon Srebnik, avanza por la vereda de un pacífico bosque hasta que se detiene en un punto y dice «sí, éste es el lugar». El superviviente ve lo que nuestros ojos no adivinan. Nosotros vemos árboles y verdes prados y él descubre debajo de todo ese olvido lo que hubo en un tiempo, un campo de exterminio; si nuestros oídos sólo alcanzan a escuchar trinos de pájaros, el superviviente se ve asaltado por el terrible silencio que acompañaba al asesinato: «cuando se quemaba a 2.000 personas por día... nadie gritaba. Cada cual hacía su trabajo. Era silencioso, apacible, como ahora». Como ahora, pero con la diferencia de que el silencio actual a nosotros no nos dice nada, mientras que el suyo está lleno de experiencia del horror. Lo que tiene de propio la mirada invertida se resume en esta sentencia de Adorno: «dejar hablar al sufrimiento es la condición de toda verdad»¹⁴. El sufrimiento, declarado por la razón in-significante, se constituye en condición de toda verdad. La verdad no es impasible, ni imparcial, sino una aprehensión de la realidad en su totalidad que arranca precisamente de la venida a presencia de la parte ausente. Ahora bien, si para construir una teoría

¹³ W. BENJAMIN (1989), «Tesis de filosofía de la historia», en *Discursos Interrumpidos*, I, Taurus, Madrid, 183.

¹⁴ Adorno *Dialéctica negativa*, Taurus, Madrid, 27.

de la verdad hay que tener en cuenta esa mirada de lo oculto, no habrá derecho, ni moral, ni política que valga al margen de ella.

Volviendo al País Vasco: la política no puede cerrar los ojos a la visión de una realidad herida que reclama una respuesta com-pasiva, previa a cualquier proyecto político. Aceptar lo que la víctima ve significa entender que el sujeto de la vida política no es sólo el que disfruta del «permiso» de vivir libremente, mientras el otro sólo puede vivir callado o sometido, sino (que el sujeto de la vida política es) el hombre o mujer, que pretende llevar una vida digna. La mirada de la víctima es el reconocimiento del derecho a la vida digna de todos y cada uno; no el derecho a la nuda vida (existencia bruta), sino a la existencia digna. Esa mirada es, recordémoslo, semejante a la de los condenados cabeza abajo en las infinitas horas de su agonía. Su perspectiva era diferente de quienes caminaban de pie. El protagonista de la novela de Elie Wiesel, *El día*, que yace inmóvil en una cama del hospital, dice: «he aprendido que el hombre vive diferentemente según que se encuentre en posición vertical u horizontal. La sombras sobre la pared y sobre los rostros no son las mismas»¹⁵. ¡Cuan diferente tiene que ser la visión de quienes agonizaban cabeza abajo! Veían, en efecto, que la justicia o la libertad no estaba del lado de los que la disfrutaban, sino que tenía que ver con los que estaban privados de ella. Y lo veían así porque ellos mismos habían sido acallados violentamente y entendían que ese silencio contaminaba todas las bellas palabras que pretendieran ignorarlos. Lo pre-político o, si se prefiere, el punto de partida de la política es el conflicto: entre pobres y ricos, como decía Aristóteles; entre la lógica del progreso y la experiencia de los oprimidos, que decía Benjamin. Lo que hace humano a la forma de resolver el conflicto, es decir, lo que hace moral a la política, es el reconocimiento de la palabra del otro. Si el otro calla o es acallado no hay política posible. La posible solución al conflicto, para que sea política, tiene que partir del respeto, del reconocimiento de la palabra del otro. Si no se dan esas condiciones lo que procede no es «hacer política», sino crear las condiciones para que la haya, esto es, lograr la universalización de la palabra.

6. Hay que reconocer que en los últimos tiempos menudean declaraciones de intelectuales y políticos a favor de la memoria. No hay historiador que se precie que no valore la memoria¹⁶. No hay que olvidar

¹⁵ E. WIESEL (1961), *Le Jour*, Seuil, Paris, 131.

¹⁶ Interesante en este sentido es la entrevista a Carmen Iglesias en el *Semanal de El País*, domingo 17 de noviembre del 2002.

el pasado doloroso, nos dicen, para que no se vuelva a repetir y por justicia con las víctimas, añaden. Por fortuna cada vez se asocia más la memoria a las víctimas, pero las memorias de la historia o de los historiadores a veces juegan malas pasadas, como cuando el historiador se pone solemne y sentencia que hay momentos en los que conviene recordar y otros en los que «hay que relegarlo todo a un segundo plano». Entramos en el uso político de la memoria cuando la memoria se piensa en función de los presentes y no ya de las víctimas.

Este tipo de planteamiento debilita el sentido de la memoria, independientemente de la buena intención de quien lo formula. Recordemos, en efecto, que la memoria, según Horkheimer, es el principio de la justicia; ahora bien, si alguien —el intelectual o el político— decide que hay momentos en los que conviene recordar y en otros no, resulta que lo que está diciendo es que hay momentos en los que conviene ser justos y otros en los que no. La política quiere que administrar la memoria y por tanto la justicia de las víctimas. Esta politización de la memoria pervierte el sentido moral del recuerdo: nos debemos al recuerdo porque es un acto de justicia, en el sentido de reconocimiento de las injusticias pendientes, y no porque produzca dividendos políticos.

Otra forma de manipulación política de la memoria es el victimismo que consiste en la apropiación por el intérprete presente de las injusticias hechas a las víctimas. Las injusticias en cuestión pueden ser reales o ficticias, lo que en cualquier caso caracteriza al victimismo es la utilización que hace el presente de un pasado que no le pertenece, para sus propios fines.

El punto de partida de la lógica victimista es la invocación de una injusticia pasada hecha a «uno de los nuestros» o «a nuestro pueblo» para legitimar el ejercicio de una nueva violencia. La monstruosidad de esta lógica consiste en remitirse a una injusticia pasada —sea real o inventada— para justificar la repetición de la violencia. Y digo que ese tipo de argumentación es monstruosa porque la memoria de la injusticia pasada —sea real o ficticia— no se resuelve generando nuevas víctimas sino respondiendo a la pasada, es decir, reconociendo hoy la violencia pasada contra un ser inocente. Lo monstruoso es traducir exigencia de justicia por violencia justiciera.

Y es igualmente inaceptable aducir la nobleza «de la causa común» —la de la víctima pasada, supuesta o real y la de sus herederos hoy—, por ejemplo, la de la liberación de «nuestro pueblo oprimido» para legitimar la violencia actual. Naturalmente que lo que la víctima pensara o la causa que defendiera es importante, pero así como la naturaleza de esa causa no legitima el crimen cometido contra ella o la injusticia hecha al pueblo al que pertenece, así tampoco puede ser utilizada ahora la

supuesta nobleza de esa causa para causar nuevas violencias. Conviene recordar aquí lo que decíamos hace un momento sobre la política como conquista del reconocimiento de la palabra del otro. Ese conflicto nunca se supera del todo, de ahí que la política siempre suponga la conquista constante del reconocimiento y que sin ese supuesto no puede haber respuesta humana al conflicto. Lo que hace al terror tan repugnante es la negación de la palabra del otro, de una palabra propia, capaz de asentir o disentir. El terror es compatible con una vida silenciada o sometida pero no con la vida digna.

7. Termino recogiendo el hilo conductor de estas reflexiones. La justicia de la víctima puede entenderse de dos maneras: como justicia que se debe a la víctima (genitivo ablativo) y como justicia que emana de la víctima (genitivo posesivo).

En el primer sentido, la justicia de la víctima consiste en reconocer la actualidad de la injusticia cometida. No importa el tiempo transcurrido, ni que el deudor sea insolvente. Aunque el asesino no pueda devolver la vida a la víctima la injusticia sigue vigente. Le memoria que actualiza la injusticia pasada no salda la deuda, sólo la hace presente, y tiene como consecuencia interpretar la política como duelo. El progreso moral de la humanidad se mide por la conciencia de la responsabilidad que tiene la generación presente con el pasado. Benjamin hablaba de una responsabilidad mesiánica¹⁷. Eso es lo que significa el duelo político: conciencia de la responsabilidad de los presentes respecto a los ausentes.

En el segundo sentido, la justicia de la víctima consiste en reconocer que posee una mirada singular de la realidad y que lo que es así visto forma parte de la realidad. Es una mirada invertida, distinta, diferente. La inversión de la mirada quiere decir que la víctima ve algo que escapa al verdugo o al espectador, a saber, el significado del sufrimiento declarado insignificante por la cultura dominante. La razón tiende a imitar a la ciencia —considerada analogado principal de la racionalidad— para la que sólo importa la realidad que ha llegado a ser. De acuerdo con esa mentalidad los caídos en el camino son declarados irreales porque no forman parte de la realidad; y el sufrimiento, insignificante, pues la historia se mide por la fuerza de su *connatus* y no por el precio que hay que pagar. La mirada de la víctima protesta contra esa

¹⁷ «Y como a cada generación que vivió antes que nosotros, nos ha sido dada una débil fuerza mesiánica sobre la que el pasado exige derechos», *tesis* segunda del escrito «Sobre el concepto de historia», en *Benjamin* (1989), 178.

injusticia y declara decididamente que «el sufrimiento es la condición de toda verdad» porque forma parte de la misma.

Esta afirmación puede parecer excesiva pues trasladada al sufrimiento del sentimiento a la ontología. Quizá convenga, para poder entender lo razonable de este planteamiento, pensar cómo queda una realidad golpeada una y otra vez por el terror o la violencia: queda disminuida en sus funciones vitales. La piel de la sociedad se hace dura para protegerse de tanta violencia, lo que lleva consigo debilitamiento de la sensibilidad y pérdida de cualidades de la *humanitas*, conseguidas laboriosamente por el hombre a lo largo de los siglos: la compasión, la solidaridad o la memoria. ¿No tendrá que ver tanto olvido con el hecho de que en los campos de exterminio muriera el pueblo de la memoria? Y hay que preguntarse si el silencio que impone el terror en el País Vasco no está afectando a valores substantivos de la sociedad vasca, empezando por su capacidad narrativa¹⁸ cada vez más cerca del mito que del logos. Pasa con el hombre como con la naturaleza, que no se la ataca impunemente porque hay daños irreversibles. La mirada de las víctimas es como el último cabo al que puede agarrarse el hombre que no ha renunciado al proyecto de humanizar la vida del hombre en el mundo.

Por eso hay que reconocer que de la misma realidad se pueden hacer dos lecturas: la que hacen los vencedores o sus herederos bajo el señuelo de la normalidad y la que hacen los oprimidos. Benjamin decía que los oprimidos viven en permanente estado de excepción¹⁹. Aunque el estado de excepción no esté declarado formalmente los que hay que nunca salieron de él porque han vivido sin más derechos, en el mejor de los casos, que los que el poder les concedía gratuitamente; han construido el progreso sin recibir nada a cambio. Y esa situación no ha sido algo provisional sino que es permanente porque el progreso no consigue reciclar los desechos de su marcha triunfal por la historia, sino que éstos crecen exponencialmente. La mirada de la víctima es la de la solidaridad con quienes siempre fueron privados de sus derechos, invitación a una mirada fraterna con las nuevas víctimas de la historia.

¹⁸ El don narrativo no se refiere sólo a la habilidad para contar historias. Imre Kertesz, el reciente Nobel de literatura, habla del «espíritu de la narración» para significar una cultura hecha de capacidad de escucha, relación intersubjetiva, confianza... Algo de eso sería lo que está en peligro.

¹⁹ «La tradición de los oprimidos nos enseña que la regla es el estado de excepción en el que vivimos», tesis octava del escrito «Sobre el concepto de historia», en *Benjamin* (1989), 182.

Estudios de Deusto



Universidad de
Deusto

• • • • •