

Estudios de Deusto

Vol. 43/1 Enero-Junio 1995

Sumario

Estudios

**Puesto que ocupa el
derecho de daños en el
derecho de obligaciones**

R. de Angel Yágüez

**El lenguaje jurídico.
Razón pragmática y
razón filológica**

G. Bizcarrondo

**Arrendamientos
incluidos y excluidos
de la Ley 29/94**

J.M. Fernández Hierro

**M. Foucault: La pregunta
por el poder**

P. Lanceros

**El fraude a la ley en el
Derecho Interregional**

I. Maguregui Salas

**¿Un nuevo modelo para
la financiación de la
Seguridad Social española?**

F. Manrique López

**Ley de protección a
testigos y peritos**

J.R. Palacio Sánchez-Izquierdo

**Respuestas del sistema
financiero contra el
blanqueo de capitales**

B. San Martín Larrinoa

Universidad de
Deusto

.....

Estudios de Deusto

Estudios de Deusto

Revista de la Universidad de Deusto

Segunda época. Vol. 43/1
Desde su fundación vol. 54
(Fasc. 94)
Enero-Junio 1995

Bilbao
Universidad de Deusto
1995

Director:

Ignacio María Beobide

Consejo Asesor:

María Alvarez
Jorge Caramés
Francisco Garmendia
José María Lidón
José María Merino
Jaime Oráa
Demetrio Velasco

Administración:

Secretaría Técnica
Universidad de Deusto - Apartado 1 - E48080 Bilbao
Tfno.: (94) 445 31 00 Fax: (94) 445 68 17

Distribución:

Ediciones Mensajero
Sancho Azpeitia, 2 - E48014 Bilbao
Tfno.: (94) 447 03 58 Fax: (94) 447 26 30

Precios de Suscripción:

España	3.800 ptas
Extranjero	50 \$
Número suelto.....	2.000 ptas

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

Publicación impresa en papel ecológico

© Universidad de Deusto
Apartado 1 - 48080 Bilbao

I.S.S.N.: 0423 - 4847
Depósito legal: BI - -95

Impreso en España/Printed in Spain

Fotocomposición: IPAR, S.C.L.
Particular de Zurbaran 2-4 - 48007 Bilbao

Impresión: Artes Gráficas Rontegui, S.A.L.
Avda. Ribera de Erandio, 4 - 48950 Erandio (Vizcaya)

Sumario

Estudios

R. DE ANGEL YÁGÜEZ, <i>Puesto que ocupa el derecho de daños en el derecho de obligaciones</i>	13-57
G. BIZCARRONDO, <i>El lenguaje jurídico. Razón pragmática y razón filológica</i>	59-79
J.M. FERNÁNDEZ HIERRO, <i>Arrendamientos incluidos y excluidos de la Ley 29/94</i>	81-111
P. LANCEROS, <i>M. Foucault: La pregunta por el poder</i>	113-131
I. MAGUREGUI SALAS, <i>El fraude a la ley en el Derecho Interregional</i>	133-149
F. MANRIQUE LÓPEZ, <i>¿Un nuevo modelo para la financiación de la Seguridad Social española?</i>	151-166
J.R. PALACIO SÁNCHEZ-IZQUIERDO, <i>Ley de protección a testigos y peritos</i>	167-220
B. SAN MARTÍN LARRINOVA, <i>Respuestas del sistema financiero contra el blanqueo de capitales</i>	221-233

ESTUDIOS

Necrológica

ESTUDIOS DE DEUSTO siente comunicar a sus lectores que José M.^a Solozábal Barrena, Catedrático emérito de la Universidad de Deusto, falleció el pasado día 24 de noviembre. Miembro del Consejo Asesor de esta revista, dedicó su vida docente a la enseñanza de la asignatura de Economía Política y ocupó cargos de responsabilidad en la Facultad de Derecho desde 1974. Con estas líneas recordamos a nuestro querido compañero.

PUESTO QUE OCUPA EL DERECHO DE DAÑOS EN EL DERECHO DE OBLIGACIONES¹

Ricardo de Angel Yágüez

Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Deusto

Sumario: 1. Delimitación del objeto de mi intervención: dos de las posibles interpretaciones de la expresión «puesto que ocupa». 2. Justificación de esta ponencia. 3. Emplazamiento y contenido de la regulación de la responsabilidad civil en el Código civil español. 4. Aspectos en los que se manifiesta la dualidad de regímenes de las responsabilidades contractual y extracontractual. 5. Responsabilidad contractual y extracontractual en la doctrina del Tribunal Supremo español. 6. Algunos extremos que revelan la fragilidad de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual. 7. Fórmulas legales o jurisprudenciales que mitigan los rigores de la dualidad de regímenes.

1. Delimitación del objeto de mi intervención: dos de las posibles interpretaciones de la expresión «puesto que ocupa»

Me parece que no es temerario suponer que la ponencia que se me ha atribuido se encamina, más que a una formulación descriptiva (a pesar de lo que dice su título), al planteamiento de una pregunta. La pregunta sobre qué puesto *debe ocupar* el Derecho de daños en el Derecho de obligaciones.

Pero ni siquiera esta suposición resolvía mis problemas a la hora de determinar la orientación de la ponencia. En efecto, la expresión «*puesto que ocupa*» admite por lo menos dos interpretaciones. Tenía que optar por una de ellas. Una alternativa, por la que en fin me he decidido, con-

¹ Es el texto de la ponencia presentada y expuesta por el autor en el *Congreso Internacional sobre la reforma del Derecho contractual y la protección de los consumidores*, celebrado en Zaragoza los días 15 a 18 de noviembre de 1993. Las actas de aquel Congreso están pendientes de publicación.

siste en volver a plantear la *dualidad responsabilidad contractual-responsabilidad extracontractual*, con el propósito de proponer algunas consideraciones en torno a tan vidriosa cuestión, de la que puede decirse —utilizando lo que casi es ya un tópico— que viene atormentando a la doctrina. Se trata, en una palabra, de situar el Derecho de daños dentro del *sistema de responsabilidades* del Derecho de obligaciones, en búsqueda de un eventual «ámbito común» de esas dos formas de responsabilidad.

Pero otra interpretación, no menos sugestiva y comprometedora, se ofrecía como posible. En una ponencia como ésta, en la que por su generalidad he decidido no hacer uso de referencias doctrinales concretas, no puede faltar ahora, sin embargo, la cita de Genènieve Viney. Lo hago porque ella utiliza la expresión «*lugar que debe ocupar*», referida a la responsabilidad civil, de forma particularmente original. En el *Traité de droit civil*, dirigido por Ghestin, Viney plantea el fenómeno de la llamada «crisis de la responsabilidad civil». Dice la autora con razón que una de las manifestaciones de esa crisis viene constituida por las dudas referidas al fundamento de la responsabilidad civil. Pero añade que antes de tratar de esa cuestión procede plantear otra, más importante, acerca del lugar que merece ocupar esta institución y de los objetivos que debe perseguir. En otras palabras, hay que definir su papel como cuestión previa. Y así, dedica una larga exposición a lo que ella titula «*Les hésitations relatives a la place que doit occuper la responsabilité civile*». Bajo este epígrafe, la autora trata la sugestiva pregunta de si los sistemas de socialización directa de la indemnización pueden ocasionar un oscurecimiento de la responsabilidad civil.

El hecho de que tan autorizada especialista haya utilizado precisamente las palabras «lugar que debe ocupar» me obligaba a hacer esta observación. Y unido a esto, además, la innegable circunstancia de que el punto de vista que adopta Viney habría sido igualmente oportuno en el marco de este Congreso.

Tunc pone en relación también esas dos perspectivas cuando dice que «la distinción entre el Derecho de daños y el Derecho del contrato es tan fundamental, pero tan delicada, como la distinción entre el Derecho de daños y el Derecho de la Seguridad Social». Y además, dado que estamos especulando sobre posibles significados de la palabra «lugar», es interesante señalar que este autor, en su completo análisis de Derecho comparado sobre la responsabilidad civil (en *International Encyclopedia of Comparative Law*), dedica un subcapítulo a tratar «*the proper place of fault in a modern law of tort*». Tunc considera lógico examinar en primer lugar las funciones del Derecho de daños y, como consecuencia, el valor de la culpa como criterio de responsabilidad en la sociedad moderna. En otras palabras, la cuestión relativa a la responsabilidad por culpa *versus* responsabilidad basada en otros hechos o ideas.

No obstante, como decía, me he inclinado por la primera opción. Lo he hecho así porque me parece más coherente con el título asignado a esta Sección Segunda del Congreso. Movía a pensar así, también, el hecho de que el «Derecho contractual» sea el hilo conductor de todas nuestras intervenciones. La circunstancia de que las reflexiones de Viney sean *sólo* sobre la responsabilidad civil las alejaba un tanto del propósito central de nuestra reunión. La palabra «lugar» en Viney tiene un significado más metafórico o más «filosófico», por así decirlo.

1. A pesar de esta elección, que por cierto me ha hecho dudar mucho tiempo, creo que es interesante sintetizar la opinión de Viney sobre esa cuestión de «emplazamiento» que ella plantea en relación con la responsabilidad civil.

Advierte la autora cómo antes de que los procedimientos modernos de socialización de los riesgos hubiesen adquirido su auge, la responsabilidad civil aparecía como la pieza maestra del sistema legal de indemnización de los daños. Su utilidad era evidente y nadie la ponía en duda. Por el contrario, cuando esos métodos nuevos se desarrollaron, la responsabilidad civil perdió el monopolio de la indemnización, aunque conservando durante mucho tiempo una preeminencia incuestionable, debida a su ambivalencia. Su función indemnizatoria estaba acompañada por una función normativa que, en el propósito de los redactores del Código civil francés, era incluso prioritaria.

En el momento actual, no puede negarse que aquella hegemonía ha sufrido una seria decadencia, hasta el punto de que en el terreno de los daños accidentales se está viendo día a día cada vez más discutida.

En todas las sociedades cuyo desarrollo económico ha permitido poner en práctica una protección social avanzada y un sistema de seguros sólido, varias orientaciones aparecen *a priori* como posibles para resolver las cuestiones que plantea la protección de las víctimas de los daños. El legislador puede, en efecto, elegir la ampliación del ámbito de la seguridad social y favorecer el seguro directo de ciertos perjuicios, lo que conduce a reducir la importancia del papel atribuido a la responsabilidad civil. Pero puede, por el contrario, optar en favor del desarrollo y de la extensión de la responsabilidad civil favoreciendo su práctica y su garantía a través del seguro de responsabilidad, a fin de no aumentar desmesuradamente la importancia de los procedimientos de socialización directa de los riesgos.

(Como inciso, hay que advertir que por «aseguramiento directo» Viney entiende la creación de regímenes especiales destinados a reparar ciertas clases de daños corporales, sin que sea necesario establecer responsabilidades. Sería el caso del seguro individual obligatorio contra los accidentes; ejemplo típico, el seguro obligatorio de automóvil).

A continuación, como es sabido, Viney desarrolla pormenorizadamente los siguientes extremos: en primer lugar, «la indemnización de los daños», para poner de manifiesto que no es verdad que, incluso en lo que se refiere a la extensión de la reparación, la responsabilidad civil pre-

sente siempre una superioridad evidente en relación con los procedimientos de reparación colectiva. En segundo término, se ocupa de «la distribución de la carga de las reparaciones», extremo en el que tampoco encuentra una superioridad evidente de la responsabilidad frente a otros sistemas de indemnización. En tercer lugar, la autora analiza el papel normativo de la responsabilidad, tanto como instrumento de disuasión de comportamientos antisociales (bien sea en el plano individual, bien a escala de la colectividad), así como para la «afirmación» de ciertos derechos, en el sentido de búsqueda de medios para hacerlos respetar.

A renglón seguido, Viney examina la variedad de las respuestas dadas al problema de la concurrencia entre la responsabilidad civil y procedimientos de socialización directa de los riesgos, analizando en detalle dos sistemas. En primer lugar, el de ampliación de la seguridad social a costa de la responsabilidad civil. Y en segundo término, la sustitución de la responsabilidad civil por un sistema de seguro individual obligatorio contra los accidentes.

La conclusión a la que llega Viney, ya lo saben ustedes, es la de que, a pesar de las objeciones de que ha sido objeto en los últimos tiempos, la responsabilidad conserva, todavía hoy, una vitalidad real; aunque es evidente que entre esta responsabilidad moderna y la que habían concebido los redactores del Código civil francés la distancia es inmensa.

Esta apretada síntesis que acabo de hacer no es sino homenaje a las brillantes reflexiones de nuestra colega francesa, y por haberlas hecho, precisamente, bajo una rúbrica que coincide con el título asignado a mi intervención. Por otro lado, es tranquilizador para mí el hecho de que la misma autora utilice también, curiosamente, la expresión «lugar» cuando somete a análisis la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual. En efecto, Viney termina ese análisis refiriéndose a lo que ella llama «*estudio crítico del lugar ocupado por la distinción entre las responsabilidades contractual y delictual*».

2. Por otro lado, procede una puntualización terminológica. Aunque el título de la ponencia habla de «Derecho de daños» (expresión de evidente procedencia anglosajona que cada día encuentra más arraigo en la doctrina española), nosotros vamos a utilizar indistintamente las de «responsabilidad civil» y «responsabilidad extracontractual». Esta última, desde luego, en el sentido que se le atribuye en Derecho español, no del todo coincidente con lo que las palabras dicen: innecesario es advertir que existen obligaciones legales (*legal duties* en terminología inglesa) que no son subsumibles en la clásica denominación de «responsabilidad civil».

2. Justificación de esta ponencia

Como antes he indicado, voy a dedicar mi atención a lo que a mi juicio constituye una de las mayores incertidumbres cuando nos planteamos la cuestión relativa al *emplazamiento y contenido de la responsabilidad*

civil, esto es, la que resulta de la clásica dualidad de regímenes entre ella y la responsabilidad contractual.

Desde el punto de vista conceptual, el binomio a que me refiero puede formularse con cierta precisión. La responsabilidad extracontractual dimana de la violación de deberes generales de abstención, omisión o no injerencia; la contractual, por el contrario, resulta del incumplimiento, en sentido amplio, de los deberes derivados de una obligación preexistente, incluyendo los deberes accesorios de conducta en el marco de la compleja relación obligacional. Sin embargo, como se ha puesto de relieve por los autores, ambas categorías no constituyen, sobre todo en la práctica, compartimentos estancos. Me parece particularmente afortunada la afirmación de que en no pocos aspectos la responsabilidad contractual y extracontractual funcionan como verdaderos vasos comunicantes. Por ejemplo, la definición de cuáles sean los deberes accesorios de conducta dentro de una relación contractual es tan sumamente controvertida que no cabe hacer de ella más que una formulación genérica que da pie a las más notables divergencias en su aplicación a los casos concretos.

En una palabra, la distinción está llena de «zonas grises», en las que la tarea de calificación resulta particularmente complicada.

Que esta dificultad no es privativa de un sistema jurídico concreto, sino prácticamente universal, lo pone de relieve la circunstancia de que dos capítulos de los dos volúmenes dedicados a *Torts* en *International Encyclopedia of Comparative Law* se refieran casi exclusivamente a esta cuestión. En el capítulo 1 (*Introduction*), Tunc dedica un considerable apartado a la distinción entre *tort* y *contract*. Se ponen allí de relieve los problemas que derivan de esta distinción, que, dice Tunc, «puede justificar un cierto escepticismo hacia ella» y «ha sido atacada por artificial». Señala el autor cómo por ejemplo en los países del *common law* ha sido denunciada la «incertidumbre» del criterio de distinción o su «relatividad». Se pone el énfasis en los serios inconvenientes prácticos de esta dualidad, apuntando Tunc la cuestión acerca de la «conurrencia» de responsabilidades. Y en el volumen 2 del tomo XI, todo un capítulo (el 12), versa sobre las «*complex liabilities*» esto es, los extremos en los que las obligaciones delictuales y contractuales difieren en varios sistemas legales, así como sobre los problemas procesales que de esa distinción derivan (Weir).

En la doctrina inglesa, recientemente, se ha vuelto a insistir en la importancia del problema, señalándose que la elección entre las reglas contractuales o extracontractuales (por parte del demandante) se ha llevado a cabo de una forma que, aunque históricamente explicable, «estaba cerca de ser caprichosa» (Dias y Markesinis). Estos autores dicen que la reciente tendencia de permitir a los demandantes la elección entre las acciones contractuales y extracontractuales debe considerarse como un movimien-

to hacia la atenuación de las diferencias entre contrato y daño; al igual que los más modernos intentos de aproximar las reglas sobre la *remoteness of damage*.

No es que deba extrañarnos, como juristas, que el éxito o el fracaso de una demanda pueda estar condicionada por una correcta o incorrecta calificación del supuesto de hecho. Muy al contrario, sabemos que en calificar adecuadamente una *species facti*, cuando se trata de resolver un conflicto, o de ejercitar un derecho, consiste una de las reglas del juego del orden jurídico.

No obstante, en el caso que nos ocupa creo que no resiste la más elemental crítica el hecho de que el desenlace de la reclamación se vea sujeto a una calificación en la que el actor, de antemano, opta por una determinada acción sobre la base de elementos de juicio, criterios, rasgos y caracteres en los que de ordinario la jurisprudencia, así como la doctrina, navegan en un mar de dudas, ambigüedades, casuismos e incluso no pocas veces contradicciones. Es aquí donde uno tiene la impresión de que se tambalea la seguridad jurídica y de que el valor de la certeza del Derecho corre el riesgo de convertirse en un auténtico juego de azar, esto es, en una simple suerte en la elección; en suma, en lo que *a posteriori*, por definición, pueda considerar el tribunal que es haber acertado.

No menos graves son las contradicciones (a veces auténticos absurdos) a que lleva la aplicación de un determinado régimen de responsabilidad en cuanto a una víctima y la de otro régimen a una víctima diferente, tratándose del mismo acontecimiento.

Es habitual entre los autores la cita, en cuanto a este último extremo, del jocoso comentario que hizo Esmein del caso llamado «caída en una escalera». Según si la víctima es un arrendatario o un extraño, la responsabilidad del propietario se califica como contractual o delictual. Las posibilidades de indemnización de la víctima pueden ser radicalmente diferentes, en atención a la llamada «obligación contractual de seguridad» que corresponde al arrendador respecto al arrendatario. Creo —decía el autor— que es inaceptable hacer responsable al propietario de forma diferente en relación con el arrendatario que en lo que se refiere a terceros que se caen en la escalera; aquél debe mantenerla en buen estado para con todos los que están en condiciones de utilizarla. Decía Esmein que dudaba de una doctrina jurídica que él no pudiera hacer entender a los justiciables.

Este absurdo se ilustra también por Viney con ejemplos como el de «la botella que explota», «el resbalón sobre el suelo» y las «sorpresas que reserva la entrada en una estación». Alude el primer caso a la explosión de una botella en un almacén; si daña a un cliente que pasaba por allí, la responsabilidad del comerciante es delictual; pero si la botella explota en-

tre las manos de un cliente que la ha tomado de las estanterías con intención de comprarla, la responsabilidad del propietario del almacén se plantea sobre la base de una *obligación contractual de seguridad*. Este es un caso, por cierto, que encontramos también en la jurisprudencia española. El segundo supuesto, el del resbalón producido en un establecimiento, también es chocante: la víctima deberá colocarse en el terreno de la responsabilidad delictual porque el tendero no está obligado por ninguna obligación contractual de seguridad en relación con eventuales clientes; pero será de otro modo si el resbalón se produce en el vestíbulo de un hotel, cuyo propietario sí se considera que está sujeto a una obligación contractual de seguridad. Se da la circunstancia de que también esta segunda hipótesis constituye un caso de nuestra propia jurisprudencia. En cuanto a la entrada en una estación, el caso es el siguiente: si una mujer acompaña a la estación a su marido, que va a tomar el tren, y los dos son atropellados en el andén por una carretilla, el marido podrá ampararse en la existencia de una obligación contractual, en concreto una de las llamadas «de seguridad»; pero la mujer, en su calidad de tercero, interpretará su pericance al amparo de la responsabilidad extracontractual; salvo que, como apunta con ironía Viney, estuviese provista de un «billete de andén», en cuyo caso su condición sería exactamente la de su esposo.

El contraste es tanto más llamativo cuanto que, como pone de relieve Giardina, un caso de «resbalón a causa de hojas de ensalada», al igual que dos de «explosión de botellas», fueron resueltos (en Francia) en términos de responsabilidad contractual, a partir de la idea de una *obligation de sécurité*. Mientras que se apreció responsabilidad extracontractual en el caso de caída de un cliente a causa de «restos de pastelería».

Creo que no exagero al decir que la distinción entre una y otra formas de responsabilidad constituye la cuestión que (desde el punto de vista del «sistema») más debe inquietar al estudioso de la responsabilidad civil. Aun consciente de que puede ser opinión no compartida por ustedes, me atrevo a adelantar la mía: pienso que la dualidad de regímenes de responsabilidad (al menos en su expresión más rigurosa) constituye una de las manifestaciones más patentes de sometimiento de la justicia material al conceptualismo. En otras palabras, de sacrificio de las soluciones razonables en el altar de la dogmática.

La doctrina de los países europeos de tradición romano-francesa, así como la de los de stirpe germánica, pone de manifiesto que la distinción en que nos hallamos suscita las mayores inquietudes desde el punto de vista de la aplicación práctica del Derecho. Ocurre esto incluso en Austria, cuyo ordenamiento jurídico no hace ninguna distinción entre contrato y daño extracontractual a efectos de su reparación. El parágrafo 1.295 de su Código civil determina que «una persona está legitimada para demandar indemnización del daño a aquella otra que le haya causado un perjuicio

por su culpa; el daño —añade el precepto— debe haber sido causado bien por la violación de un deber contractual, bien al margen de un contrato». Es sabido que los redactores del Código civil austríaco no intentaron establecer un dualismo de regímenes en torno a responsabilidad contractual y extracontractual. Pero eso no obsta para que la doctrina de aquel país señale que hay un buen número de importantes diferencias sobre los fundamentos y alcance de la responsabilidad, según si el daño se ha causado dentro de una relación contractual o no. Esas diferencias se refieren sobre todo a tres puntos: en primer lugar, a las reglas sobre carga de la prueba de la culpa; en segundo término, a los criterios en torno a la responsabilidad por hecho ajeno; y en fin, a la cuestión de si son o no indemnizables las pérdidas económicas que no sean consecuencia de una lesión a la persona o a la propiedad del demandante (es decir, los *pure economic losses* en terminología del *common law*).

En el Derecho inglés, por otra parte, se dice tradicionalmente que la distinción entre *contract* y *tort* es la de que en el segundo caso la responsabilidad deriva de un deber impuesto a todas las personas de forma general por la ley, mientras que los deberes contractuales tienen su origen en el acuerdo entre ambas partes, es decir, son definidas por el propio acuerdo y sólo vinculan a las partes mismas. Pero advierten los autores que si hay situaciones que claramente pertenecen al terreno exclusivo de uno u otro fundamentos de la responsabilidad, hay otros muchos casos en que la explicación de la distinción sólo puede mantenerse *con la ayuda de una buena dosis de ficción*. Se señala que muchos deberes contractuales derivan nominalmente del «*agreement*», porque se basan en los términos «implícitos» en el contrato, aun cuando las partes no hayan pensado en el asunto. En suma, se acepta como inevitable el hecho de que *contract* y *tort* se solapan, en el sentido de que un mismo conjunto de acontecimientos puede dar lugar a obligaciones de ambas naturalezas. Y aunque en términos generales se reconoce que el actor puede demandar por uno u otro conceptos (nunca ser indemnizado por ambos a la vez), la dualidad de regímenes es también motivo de radical discusión para los autores y para la propia jurisprudencia.

Creo que es explicable la búsqueda de una solución clara. No parece ni razonable ni justo que lo que para el jurista teórico es una sugestiva disquisición técnica, en la que a veces puede encontrar el atractivo de una constante puesta en juego de su imaginación (en definitiva, casi un *divertimento*), constituya sin embargo (en la práctica) un obstáculo tan notoriamente desproporcionado (y alguno diría que sin sentido) para el éxito de una pretensión materialmente fundada.

Si se admite que el Derecho no está para introducir dificultades innecesarias en la vida social, sino justamente al contrario, para eliminar las evitables, encuentran pleno fundamento, a mi juicio, los intentos doctrinales de poner coto a esta situación

No necesariamente en la línea de establecer un régimen unitario como el que se ha seguido en el Código civil de Quebec de 1991, o en el de uno de los proyectos de modificación del Libro II del Código civil argentino, actualmente en curso, sino en la línea de dejar en lo estrictamente imprescindible las consecuencias prácticas de la distinción.

Y vaya por delante mi opinión de que muchos factores, entre ellos la abundancia de aspectos que relativizan la distinción que nos ocupa (a los que luego me referiré), permiten sostener que la aproximación de regímenes es probablemente muy fácil en el terreno sustantivo. Y las diferencias en el orden procesal son también en buena medida superables.

No es necesario encarecer el relieve que al problema que nos ocupa están dando todos los autores. Se trata de extremo particularmente analizado en las obras generales y en las monográficas sobre responsabilidad civil. Y es significativo, por ejemplo, que en España se hayan publicado en los dos últimos años dos monografías cuyo objeto es exclusivamente esta distinción (Cavanillas Múgica y Tapia Fernández, de un lado, e Yzquierdo Tolsada de otro). Y en Italia acaba de publicarse otro libro sobre la materia (Giardina).

En la doctrina inglesa, sin embargo, algunos autores que escriben sobre *torts* se adentran directamente en su estudio, sin ponerlo en relación con los daños contractuales. Así, en *Law of Torts* de Salmond y Heuston.

3. Emplazamiento y contenido de la regulación de la responsabilidad civil en el Código civil español

Siguiendo el criterio del Código civil italiano de 1865, el español atribuye al acto ilícito dañoso la condición de una de las fuentes de las obligaciones, junto con la ley, los contratos y los cuasicontratos. En definitiva, la perspectiva del Código civil francés, aunque en él no exista un elenco de fuentes.

Igual sucede en el área del *common law*, si bien en ella la idea de fuente de la obligación no reviste el significado rector que es propio de los ordenamientos continentales.

Pero nuestro Código se aparta del *Code* en que no toma como referencia el carácter doloso o culposo de la conducta (el *délit* y el *quasi-délit*), sino la circunstancia de que el comportamiento sea o no constitutivo (*además*) de un ilícito penal (delito o falta).

El artículo 1.089 incluye entre las fuentes de las obligaciones «los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia», distinción que no es puramente conceptual sino que —quizá convenga ponerlo de relieve ante nuestros colegas extranjeros— determina otra adicional dualidad de regímenes, como es el de la responsabilidad

por acto ilícito constitutivo de delito frente al del que no lo es. Hay que hacer notar que según el artículo 1.092 de nuestro Código las obligaciones civiles que nacen de los delitos o faltas se rigen por las disposiciones establecidas al efecto en el Código penal. Se trata de una diversidad anacrónica y unánimemente criticada, que no obstante se mantiene. El hecho de que los tribunales penales resuelvan de ordinario (*también*) sobre la responsabilidad civil derivada del delito (a veces incluso cuando la sentencia penal propiamente dicha es absolutoria), unido a la circunstancia de que existan ciertas divergencias —no pequeñas— entre el régimen de responsabilidad civil del Código civil y el del Código penal (la mal llamada «responsabilidad civil *ex delicto*»), da lugar a considerables y absurdos problemas de interpretación que todos deseamos ver eliminados para siempre.

Es circunstancia notable en la reglamentación de la responsabilidad civil por parte de nuestro Código civil (artículos 1.902 a 1.910) —igual por cierto que en el *Code*— el hecho de que la totalidad de los preceptos se encaminan a lo que podríamos llamar «la descripción del hecho dañoso», partiendo de una fórmula de *numerus apertus* o «cláusula general» similar a la del artículo 1.382 del Código civil francés, esto es, en línea distinta de la que adopta por ejemplo el BGB. Quiero decir que llama la atención el hecho de que ni un solo precepto, en aquel lugar del Código, se refiera a los elementos característicos del ilícito (antijuridicidad y culpabilidad) —o en su caso a las causas de exclusión de dichos elementos—, ni al daño y sus clases, ni al contenido o al alcance del deber de indemnizar, ni a reglas sobre legitimación para demandar, etc.

Parece, por tanto, como si nuestro legislador hubiese querido dejar en blanco todas esas cuestiones, a expensas de su interpretación jurisprudencial y sobre la base de un principio de amplia libertad de criterio. Pero también cabe la tesis de que el Código hace una implícita remisión a las reglas que sobre la culpa y el daño (y su reparación) se contienen en sede de responsabilidad contractual, es decir, en los artículos 1.104 a 1.107. De hecho, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha acudido frecuentemente a este segundo camino por medio de la analogía.

4. Aspectos en los que se manifiesta la dualidad de regímenes de las responsabilidades contractual y extracontractual

La doctrina y la jurisprudencia vienen poniendo de relieve los aspectos más significativos de esta dualidad de regímenes de que hablamos. Esta dualidad, no lo olvidemos, sería en todo caso *consecuencia* de una diversidad previa, cual es la consistente en que la *fuentes* de una y otra responsabilidades es diferente: el contrato en un caso; en el otro la ley.

Aquí es donde probablemente radica la debilidad del sistema, porque —como bien se ha dicho— parece claro que la solución de este delicado problema de distribución en sectores no puede ser situada acriticamente en las tradicionales distinciones escolásticas. No puede ser satisfactorio ampararse sólo en la diversidad de fuentes de las dos responsabilidades para justificar su diversidad de régimen. Y por otra parte, parece elíptico valorar la diversidad de regímenes —con fines aparentemente descriptivos—, para luego justificarla a *posteriori* por medio de la diversidad de fuentes.

Quizá, por ello, el razonamiento adolezca del vicio que en Lógica se conoce por *petición de principio*, sin perjuicio de que también haya jugado su papel la inclinación a la simetría que es característica del pensamiento jurídico y que Rodotà expresó como «seducción del espíritu geométrico». Esa seducción tendría mucho que ver con una cierta analogía de secuencias en la regulación legal de una y otra responsabilidades. Pero el mismo autor advierte que de esa aparente analogía no es posible deducir también conclusiones de carácter estructural, porque cambian los puntos de partida de una y otra secuencia: en la hipótesis de la responsabilidad contractual, la ley, partiendo del incumplimiento, ha definido ya el criterio de individualización del sujeto responsable; mientras que en la otra hipótesis la distinta relevancia jurídica de las situaciones de las que se parte (el hecho dañoso) hace que el problema previo sea la definición del criterio en base al cual se hacen gravitar sus consecuencias sobre un sujeto determinado.

A) *Se advierten algunas diferencias sustantivas o materiales*

1. En primer lugar, en lo que se refiere a *la culpa*. Al igual que ocurre en Francia, por ejemplo, en España se ha sostenido que una diferencia característica del sistema de responsabilidad contractual, respecto de la extracontractual, reside en el grado de gravedad de la culpa. Mientras que en la extracontractual, de acuerdo con esquemas clásicos, se ha afirmado que la culpa más ligera (la culpa levísima) da lugar a responsabilidad, en materia de responsabilidad contractual sólo la *culpa levis* podría acarrearla.

Ahora bien, del mismo modo que en Francia se ha puesto de relieve que esta diferencia no debe ser exagerada (sobre todo si se tiene en cuenta la relativa facilidad con que la jurisprudencia admite en materia contractual la existencia de culpas leves), en España algunas orientaciones doctrinales —con cierto reflejo jurisprudencial— han sometido a revisión el criterio tradicional que atribuye responsabilidad al deudor cuando el incumplimiento es sólo consecuencia de su culpa.

En efecto, aunque en materia de responsabilidad contractual la doctrina y la jurisprudencia españolas se encuentran situadas, con carácter predominante, en lo que se puede llamar la línea subjetivista tradicional, esto es, aquella según la cual la responsabilidad del deudor supone no sólo un objetivo incumplimiento de la obligación, sino que ese incumplimiento

sea culpable, no es posible silenciar la opinión doctrinal que sostiene que la culpa no es el único fundamento de esta responsabilidad, puesto que el deudor responde, incluso sin culpa, cuando no puede probar un caso fortuito liberatorio (Díez-Picazo).

En punto al elemento «culpa», en otro tiempo se jugó también (como expresión de la diversidad de regímenes de ambos tipos de responsabilidad) con la distinción entre apreciación de la culpa del agente *en abstracto* o *en concreto*. Sin embargo, este criterio diferencial no ha gozado de gran éxito ni en la doctrina ni en la jurisprudencia y es oportuno señalar que en Portugal, por ejemplo, ya no tiene significado alguno. El artículo 799.2 del Código civil portugués identifica el tratamiento de ambas modalidades de culpa.

2. En segundo término, distinto es, al menos según una opinión muy argumentada, *el alcance del deber de reparar*. Se razona que si todo contrato supone una específica distribución de riesgos entre las partes, imputable a su autonomía privada, esta circunstancia debe reflejarse en el régimen jurídico de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato, sin que quepa extenderlo a la responsabilidad extracontractual y en general a las obligaciones que tienen su origen en la ley.

El artículo 1.107, que formal o sistemáticamente es un desarrollo del 1.101 (precepto este último que consagra el principio de responsabilidad por el incumplimiento, o por el cumplimiento defectuoso o tardío de las obligaciones contractuales), dispone en su párrafo primero que «*los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento*». Y añade su párrafo segundo que «*en caso de dolo responderá el deudor de todos los (daños y perjuicios) que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación*».

Pues bien, precisamente en el criterio de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar, como límite del *quantum respondatur* en materia de responsabilidad contractual, se basa la opinión de que aquel precepto no es aplicable al ámbito de la extracontractual (Pantaleón).

Sostiene este autor que la explicación jurídico-económica de que el «fin de protección del contrato» se limite a los daños previstos o previsibles al contratar es fácil de comprender. La decisión de celebrar un contrato descansa en un cálculo de costes-beneficios, más o menos consciente, de cada una de las partes contratantes, siendo uno de los costes a tener en cuenta el relativo al riesgo de que se produzcan una serie de daños a consecuencia de un eventual incumplimiento. No tendría buen sentido —dice— que el contratante que resulte incumplidor debiera responder de aquellos

resultados dañosos que ni contempló como posibles en el momento de celebrar el contrato, ni una persona razonable, al tiempo de contratar, y contando con los especiales conocimientos de aquél, habría previsto que pudieran producirse a consecuencia de tal incumplimiento.

Se observa que Pantaleón hace una implícita invocación al criterio de la «finalidad protectora de la norma» como uno de los posibles para llevar a cabo la imputación de un resultado, esto es, lo que se ha venido entendiendo como problema de relación de causalidad. Y no está de más señalar, de paso, que ese criterio ha sido expresamente recogido en el Código civil holandés, cuyo artículo 163 del Libro 6 dispone que «la obligación de reparación no existe cuando la norma transgredida no tiene por objeto la protección contra un daño como el sufrido por la víctima».

Siguiendo su análisis de la proposición primera del artículo 1.107, Pantaleón defiende su restricción al ámbito de las obligaciones nacidas del contrato sobre la base de que un rasgo característico de las obligaciones legales es que el deudor puede no tener conocimiento de la realización del hecho constitutivo de su obligación e ignorar, por tanto, su condición de tal. Y se pregunta: ¿Qué daños prevé o puede prever, al tiempo de constituirse la obligación, como posibles consecuencias de la falta de cumplimiento de la misma, alguien que en dicho momento ni siquiera sabe que está obligado?

No obstante, no faltan opiniones en sentido distinto y la jurisprudencia no es muy esclarecedora al respecto.

Por el contrario, es comúnmente admitido que el artículo anterior (1.106), en cuanto determina el *contenido* de la obligación de indemnizar, como cosa distinta de su *alcance*, sí es aplicable a los casos de responsabilidad extracontractual. Se dice en ese artículo que «*la indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor*»; en suma, el binomio *damnum emergens-lucrum cessans*.

3. Otro aspecto en el que se muestra en nuestro Derecho la distinción entre ambas formas de responsabilidad es el relativo a la *prescripción* en un caso y en otro.

Las acciones personales que no tienen señalado término especial prescriben a los 15 años (artículo 1.964); entre ellas, la de indemnización de daños por incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato. Por el contrario, la acción para exigir la responsabilidad civil prescribe por el transcurso de un año (artículo 1.968).

Tan notable diferencia (que se da también en otros ordenamientos europeos) constituye en la práctica uno de los motivos de mayor zozobra para el jurista práctico, haciendo que la calificación *a priori* de un determinado supuesto de hecho se convierta en uno de los más inquietantes desafíos.

4. Otra diferencia que tradicionalmente se ha invocado es la que se refiere al régimen de responsabilidad en el caso de *concurrencia de varios agentes*.

En materia de responsabilidad contractual, el Código civil español, a diferencia de lo que ocurre en algún otro europeo, se inclina por la fórmula de la no presunción de solidaridad, esto es, la de la mancomunidad (o en denominación más correcta, responsabilidad parciaria o *pro parte*). Principio que, no obstante, está siendo objeto de considerables salvedades (en definitiva, excepciones) por parte del Tribunal Supremo.

Por el contrario, en materia de responsabilidad extracontractual nuestros tribunales, después de vacilaciones iniciales, vienen optando por la solidaridad cuando varias personas concurren como autores en la producción de un daño.

Fenómeno similar se ha producido en Francia, puesto que aunque en su Código la solidaridad no se presume, la jurisprudencia, hace ya tiempo, resolvió que los corresponsables quedan obligados solidariamente. Más recientemente, sin embargo, la jurisprudencia ha considerado que existe solamente una obligación *in solidum*, lo que excluye los llamados «efectos secundarios» de la solidaridad.

5. También puede influir la diferente calificación de un caso a efectos del *seguro*. No es infrecuente que las pólizas «de responsabilidad» (en sentido amplio) otorguen una determinada calificación al riesgo objeto de cobertura, circunstancia en la que puede estar en juego no sólo el interés del asegurado, sino también el de la víctima. Sobre todo cuando —como ocurre en Derecho español— este último goza de acción directa contra la aseguradora para reclamar de ella la correspondiente indemnización. Pero estimo que aquí el problema es fácilmente superable, partiendo del principio de que la función calificadora del juez se sobrepone a la que hayan hecho las partes («un contrato es lo que es y no como las partes lo hayan denominado»).

Luego me referiré a un caso de la jurisprudencia española en el que probablemente se forzó de forma innecesaria (en favor de la víctima) el significado de lo que entendemos por «obligaciones contractuales».

B) *Pero tan grave como esta dualidad de regímenes en el plano sustantivo es la que existe en el aspecto procesal*

1. La diferencia se proyecta, por ejemplo, en lo que se refiere a la «formulación de la *causa petendi*», esto es, el fundamento de la acción, cuando dentro de este concepto se incluye la cita de las normas jurídicas en que aquélla se basa.

Luego me referiré a lo que acontece en algunos países y a lo que viene declarando últimamente nuestro Tribunal Supremo. Pero por ahora interesa, a mi juicio, señalar que la expresión de la *causa petendi* no es un fin en sí mismo sino un instrumento para garantizar la rectitud del proceso y el adecuado ejercicio del derecho de defensa por parte del demandado.

Me remito al acertado y completo análisis que se hace de esta cuestión en la monografía de Cavanillas y Tapia.

2. También reviste dificultad, ciertamente, el problema relativo a la *competencia judicial territorial* para conocer de uno y otro casos de responsabilidad. En efecto, el artículo 62, regla 1.^a, de nuestra Ley de Enjuiciamiento civil determina que el juez competente para conocer de las acciones personales (entre las que se encuentra la de responsabilidad contractual) es, en primer término, el del lugar en que deba cumplirse la obligación; y a falta de éste, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el del lugar del contrato. Por el contrario, es principio jurisprudencial ya asentado en materia de responsabilidad extracontractual el de que el juez competente para conocer de ella es el del lugar en que ocurrió el hecho dañoso; es decir, el criterio tradicional del *forum delicti commissi*.

3. No menos notable es la divergencia en nuestras *normas de Derecho internacional privado*. Las obligaciones contractuales quedan sujetas a la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, se aplicará la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común; y en último término, la ley del lugar de celebración del contrato (artículo 10.5). Mientras que las «obligaciones no contractuales» se regirán por la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven (artículo 10.9).

4. Por otra parte, no es posible silenciar el alcance que el binomio responsabilidad contractual-responsabilidad extracontractual tiene en el llamado «*Derecho internacional privado convencional*», esto es, en las normas de conflicto contenidas en tratados internacionales. Y esto, tanto en lo que respecta a la competencia judicial internacional como a la ley aplicable a una determinada controversia.

1. Por lo que se refiere al primero de esos dos aspectos, es inevitable la mención del *Convenio de Bruselas sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, de 27 de septiembre de 1968, con las adaptaciones introducidas por el Convenio de 9 de octubre de 1978 (adhesión por parte de Dinamarca, Irlanda y Gran Bretaña), por el de 25 de octubre de 1982 (adhesión de Grecia) y por fin

por el de 26 de mayo de 1989 (Convenio de San Sebastián), relativo a la adhesión de España y Portugal al pacto primitivo.

A los efectos que nos ocupan, repárese en que el artículo 5 del Convenio establece en materia contractual la competencia del tribunal en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación, mientras que en materia delictual o cuasidelictual es competente el tribunal del lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso.

Debe también tenerse presente el contenido de la Sección 4 del Título II, en su actual redacción (artículos 13 a 15), sobre «competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores». Aunque en esta materia —consumo— es donde se han producido los fenómenos más visibles de «superación» del binomio responsabilidad contractual-responsabilidad extracontractual, según luego veremos, hay que hacer notar, no obstante, que los mencionados preceptos del Convenio se refieren sólo a supuestos en que el consumidor ejercita su acción contra quien ha contratado con él, esto es, en la órbita contractual. Así resulta de la rúbrica de la Sección en que se emplaza este artículo y de la propia redacción de los artículos 13 y 14.

2. En lo que respecta a ley aplicable es interesante el *Convenio de 2 de octubre de 1973, de La Haya, sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos*, ratificado por España por instrumento de 7 de noviembre de 1978, así como el *Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales*, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, en el marco de la Comunidad Económica Europea. España y Portugal se adhirieron por Convenio de 18 de mayo de 1992, ratificado por España el 7 de mayo de 1993.

El primero de esos Convenios tiene la particularidad de que determina la ley aplicable a las reclamaciones entabladas por el consumidor por vía de responsabilidad extracontractual, dado que según el artículo 1, párrafo segundo, cuando hubiere sido transferida la propiedad o el disfrute de un producto a la persona que sufre el daño por aquella a quien se imputa la responsabilidad, no se aplicará el Convenio a las relaciones entre las mismas. En ellas (típico caso de responsabilidad contractual) regirá, por tanto, la ley del contrato que liga al imputado o presunto responsable con la víctima.

En cuanto al segundo de los Convenios citados, su propia denominación («ley aplicable a las obligaciones contractuales») pone de manifiesto que también en este punto se hace inevitable acudir a la distinción que nos ocupa, como presupuesto para una correcta invocación de las normas de conflicto que el propio Convenio contiene. Como es sabido, son: en primer lugar, sometimiento a la ley elegida por las partes —artículo 3—; y en segundo lugar, a falta de elección, «ley del país con el que el contrato presente los vínculos más estrechos» —artículo 4—. Sin perjuicio, claro está, de la particularidad establecida para los «contratos celebrados por los consumidores» —artículo 5—. Hay que hacer notar que no elimina la necesidad de calificar, sino que la presupone, el artículo 10 de este Convenio. Refiriéndose al «ámbito de la ley del contrato», dicho precepto dice que esa ley aplicable regirá en particular «el cumplimiento de las obligaciones que genere el contrato» y las consecuencias del incumpli-

miento total o parcial de estas obligaciones, dentro de los límites de los poderes atribuidos al tribunal por sus leyes procesales (ap. 1, b y c). Al menos a la luz de nuestra jurisprudencia, definir hasta dónde llegan las «obligaciones contractuales», como frontera respecto de la responsabilidad extracontractual, es cuestión notablemente complicada.

5. Se ha solido invocar como expresión de la diferencia de régimen el extremo relativo a la *prueba de la culpa*.

La doctrina y la jurisprudencia dominantes estiman que al acreedor le basta la alegación del incumplimiento de la obligación, presumiéndose la culpa del deudor por aplicación analógica del artículo 1.183. Sobre el deudor recae, por tanto, la carga de probar las causas por las que el incumplimiento no le es imputable. Frente a esto —se adujo en el pasado— en el ámbito de la responsabilidad extracontractual recae sobre el perjudicado demandante la prueba de la culpa del agente.

Pero en la actualidad, consistentemente instalado ya en nuestro país el principio jurisprudencial de inversión de la carga de la prueba en materia de responsabilidad civil, este criterio de diferenciación carece de sentido.

A título de ejemplo, en la más reciente bibliografía, Carbonnier (en la francesa) establece las siguientes diferencias entre las dos clases de responsabilidad: a) la extracontractual es menos exigente, en relación con algunos de sus presupuestos; b) la puesta en mora es necesaria en la contractual, pero no en la extracontractual; c) los convenios de irresponsabilidad serían nulos en la extracontractual, no en la contractual; d) la solidaridad constituye la regla en la extracontractual, mientras que en la contractual el régimen normal es la mancomunidad; e) sólo la responsabilidad extracontractual está sujeta a la prescripción de plazo corto; f) la carga de la prueba funciona en términos diferentes en una y otra clase de responsabilidades.

También hace poco, en Italia, Giardina menciona las siguientes diferencias, que en el pasado se tuvieron por indiscutibles: a) en primer lugar, el hecho ilícito podría violar solamente un derecho absoluto, mientras que el incumplimiento lesionaría un derecho de crédito; b) en las dos figuras de responsabilidad existiría una distinta configuración de la carga de la prueba; c) las cláusulas de exoneración de responsabilidad serían lícitas, dentro de ciertos límites, únicamente para la responsabilidad contractual; d) en cuanto a los daños, la responsabilidad extracontractual implica la reparación de todos los previsibles e imprevisibles, siempre que sean consecuencia inmediata y directa del hecho ilícito, mientras que la responsabilidad contractual obliga al deudor a resarcir sólo los daños previsibles en el momento de constituirse la obligación, salvo que el incumplimiento resulte de dolo; e) el daño moral únicamente sería admisible en materia de responsabilidad extracontractual; f) los plazos de prescripción son distintos, dando una protección más amplia al interés del acreedor perjudicado en el ámbito de la responsabilidad contractual.

5. Responsabilidad contractual y extracontractual en la doctrina del Tribunal Supremo español

Nuestra jurisprudencia (sin perjuicio de la fórmula amortiguadora a que luego voy a referirme) sigue apegada a la distinción.

El Tribunal Supremo tiene dicho:

- a) Son netamente diferenciables los regímenes de las responsabilidades contractual y extracontractual.
- b) Las diferencias que caracterizan los respectivos regímenes giran principalmente en torno a su distinto origen, a la capacidad del sujeto responsable, al grado de la culpa, al contenido del deber de indemnizar, a las cláusulas de regulación, al diferente plazo de prescripción, a la competencia judicial, al caso de pluralidad de deudores o de agentes del daño, etc.
- c) En cuanto al origen, la culpa extracontractual se diferencia de la contractual en que aquélla presupone un daño con independencia de cualquier relación jurídica antecedente entre las partes, fuera (en el sentido de distinta) del deber genérico y común a todos los hombres del *alterum non laedere*. Mientras que la segunda presupone una relación preexistente, que ordinariamente es un contrato pero que puede ser también cualquier otra relación jurídica que conceda un medio específico de resarcimiento.
- d) No se opone a la diferenciación el que existan puntos de coincidencia, por cuanto, conforme al principio general de que quien causa daño lo debe indemnizar, lo mismo si se produce por incumplimiento de una obligación preestablecida que cuando proviene de culpa o negligencia no referidas a vínculo antecedente, siempre queda constituido el dañador en sujeto de una obligación que responde a un principio común de Derecho y a la misma finalidad reparadora. Finalidad reparadora que da lugar a unas notas comunes entre ambas clases de culpa: la producción de un daño, la atribubilidad del mismo a un sujeto y el deber de éste de resarcir.
- e) De los puntos de coincidencia y notas comunes se sigue también que la tajante separación originaria se atenúe en su aproximación a la común finalidad reparadora, mediante la aplicación indistinta de preceptos que pueden reputarse, con matizaciones, preceptos comunes por la necesidad de llenar las lagunas del Código.
- f) Para que la responsabilidad contractual opere con exclusión de la extracontractual no es bastante que haya un contrato (o una preexistente relación de otra naturaleza) entre las partes, sino que se requiere para ello que la realización del hecho dañoso acontezca *den-*

tro de la rigurosa órbita de lo pactado y como preciso desarrollo del contenido negocial, pues si se trata de negligencia extraña a lo que constituye propiamente materia del contrato, desplegará sus efectos propios la responsabilidad aquiliana.

La responsabilidad contractual «pura» se da sólo cuando el hecho se presenta como *infracción de una de las obligaciones pactadas*, de tal suerte que determinar el incumplimiento de la obligación depende íntegramente de la misma, siendo inimaginable su encuadramiento dentro del general deber de no dañar a otro.

- g) Puede, por esto, darse la concurrencia de ambas clases de responsabilidades en yuxtaposición, que no desaparece sino cuando el acto causante se presenta *con entera abstracción de la obligación preexistente*: caso en el que la responsabilidad operaría con las mismas extensión e intensidad aunque aquella relación no hubiera existido nunca (supuesto de responsabilidad aquiliana pura), presentándose como violación —únicamente— del deber general de no dañar a nadie.
- h) Si la separación de los dos regímenes es obligada, e inconcebible la coexistencia en los casos de la «responsabilidad contractual pura» y de la «responsabilidad aquiliana pura», no puede predicarse igual tratamiento en el caso (constitutivo de un *tertium genus*) en que el hecho dañoso es, inescindiblemente, incumplimiento de un deber contractual y a la vez violación, inseparable de aquél, del deber general de no causar daño a otra.

El hecho de que haya una relación preexistente, con su correspondiente régimen jurídico, no es bastante para eliminar la responsabilidad aquiliana presente a través de todos sus elementos definidores y operante, en yuxtaposición con aquélla, aunque en ámbitos diferentes. Pudiendo también entenderse, desde otra óptica, que detrás de los deberes contractuales —cuya infracción lleva consigo una responsabilidad de la especie llamada contractual— subsiste como fondo la extracontractual, completando a la primera e integrando los elementos conducentes a un pleno y satisfactorio resarcimiento, sin otro límite que la indemnidad del patrimonio económico o evitación del enriquecimiento.

6. Algunos extremos que revelan la fragilidad de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual

Muchos son los aspectos en que se manifiesta la fragilidad de la distinción. La lectura de la doctrina europea (incluido el ámbito del *common law*) pone de relieve lo mucho que atormenta a los autores el deslin-

de entre una y otra formas de responsabilidad y lo mucho que la propia jurisprudencia se resiente de una distinción cuyo fundamento es con frecuencia tan evanescente.

1. Destaca, cómo no, el problema de *la delimitación misma de lo que deba entenderse por «contenido contractual»*.

No me voy a extender demasiado en la observación de que el contenido de un contrato (derechos y obligaciones que engendra para las partes) no puede circunscribirse, en modo alguno, a lo que ellas han convenido de forma expresa. Los efectos del contrato deben «integrarse» mediante el recurso a criterios muy variados, de los que en Derecho español son ejemplo la buena fe, el uso y la ley (artículo 1.258). Y esto, como dice nuestro Código, «según la naturaleza» de cada contrato.

Según creo, en nuestro Derecho ha sido el Tribunal Supremo el que —casi siempre con la mejor intención, esto es, en busca de soluciones justas— ha complicado el problema. Que, como dice el Tribunal, un daño sea contractual cuando acontece «dentro de la rigurosa órbita de lo pactado», «como preciso desarrollo del contenido negocial», dentro de lo que «constituye propiamente materia del contrato» y sea, por tanto, «infracción de una de las obligaciones pactadas», constituye una forma de delimitación que puede llevar, y ha llevado de hecho, a mi juicio, a conclusiones técnicamente dudosas.

Podría opinarse que no ha hecho bien el Tribunal Supremo cuando, tomando como base la responsabilidad extracontractual, y otorgando por tanto a la contractual un carácter puramente residual o definible por exclusión, no ha optado por entender que es contractual toda responsabilidad derivada de acontecimientos ocurridos en el marco de la relación de aquel nombre, excluidos desde luego aquellos que a todas luces no guardan relación alguna con ella.

Esa relación no existe, por citar casos extremos, cuando el arrendador atropella al arrendatario con su automóvil. O en la hipótesis de quien, habiendo sido contratado para realizar en una casa ciertas reparaciones, causa daños en el inmueble con motivo de la celebración de una fiesta sin autorización del dueño. O incluso el supuesto en el que la cosa vendida acarrea la muerte del comprador. En este último sentido, obsérvese la calificación implícita contenida en el artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (de Viena, 11 de abril de 1980, a la que se adhirió España por instrumento de 17 de julio de 1990), cuando dice que esa Convención no se aplicará a la responsabilidad del vendedor por la muerte o las lesiones corporales causadas a una persona por las mercaderías.

Pero, por otro lado, puede sostenerse —en defensa del criterio del Tribunal Supremo— el argumento de que con él se pone coto a las (en mu-

chos casos insuperables) dificultades que entraña la determinación de hasta dónde llegan las denominadas «obligaciones de seguridad», esto es, aquellas que los tribunales se empeñan a veces en incluir en el contrato.

Basta recordar casos como los que, por particularmente reveladores de la irracionalidad de la diversidad de regímenes, se suelen citar por la doctrina, algunos de los cuales he mencionado antes. En el de «la botella que se explota» hace falta una gran dosis de imaginación para incluir en el contrato celebrado por el cliente y el supermercado la obligación del titular de este último de que las botellas no estallen. Al igual que es gran ficción, a mi juicio, entender que forma parte de las obligaciones contractuales del dueño del hotel la de que en el suelo de su vestíbulo no haya objetos aptos para producir resbalones. Del mismo modo que es ir muy lejos la inclusión, en el contrato de transporte ferroviario, de la obligación de que en el andén no ocurran percances a los viajeros.

Sabido es que un gran sector de la doctrina se muestra particularmente reacio a la extensión de estos «deberes de seguridad» (en Francia, Carbonnier y Huet).

En todo caso, la fórmula de diferenciación sentada por nuestro Tribunal Supremo convierte la tarea del intérprete en un innecesario desafío a su imaginación o, en otras palabras, en un *aleatorio recurso a la ficción*, como suele decirse en la doctrina inglesa. Sin perjuicio de que, en línea digna de elogio, la propia jurisprudencia haya adoptado fórmulas (procesales) de alivio o atenuación de las consecuencias extremas a que podría conducir la dualidad de regímenes.

Como antes he apuntado, no faltan casos en que las decisiones jurisprudenciales vienen inspiradas por un loable objetivo de proteger a la víctima, aunque a veces sea —a mi juicio— a costa de forzar los argumentos sin quizá necesidad de hacerlo.

Es caso particularmente significativo el de la sentencia de 10 de junio de 1991. El demandante, como consecuencia de la caída de un cable de arrastre en un telesquí, sufrió graves daños. Repárese en que se trata de un caso que casi coincide con otro de la jurisprudencia italiana, muy mencionado por la doctrina de aquel país.

La sociedad propietaria de la explotación tenía concertada una póliza que se denominaba «de seguro de responsabilidad civil general»; garantizaba «el pago de las indemnizaciones pecuniarias que, con arreglo a los artículos 1.902 y siguientes del Código civil, se viera obligada a satisfacer la entidad contratante por la responsabilidad civil extracontractual que pudiera serle imputada por los daños directos ocasionados a terceros, en sus personas o bienes, con motivo de la explotación y propiedad de las instalaciones» que al efecto se describían en el propio contrato. Repárese en que los términos de la póliza, que hemos transcrito literalmente, cir-

cunscribían su cobertura, de forma particularmente precisa, al ámbito de la responsabilidad extracontractual.

Demandadas la sociedad propietaria de las instalaciones y la aseguradora, el Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó solidariamente a las dos demandadas. La Audiencia estimó la apelación de la compañía de seguros, a la que absolvió.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación de la empresa titular de la explotación pero en cambio declaró haber lugar al del demandante, confirmando en definitiva la sentencia del Juzgado.

Se observa en el razonamiento de la Sala el objetivo de llegar a una calificación (responsabilidad extracontractual) que permitiera condenar también a la compañía aseguradora demandada. Y para ello el Tribunal hace, a mi juicio, una prestidigitación dialéctica notable. Partiendo de lo que viene siendo doctrina jurisprudencial al respecto —la que antes he citado— dice el Supremo que la culpa imputada en el caso no nace de un defectuoso cumplimiento por parte de la propietaria de las instalaciones de esquí de las obligaciones originadas en el contrato de transporte concertado con el perjudicado, sino que se trata de un accidente sobrevenido por un funcionamiento defectuoso de las instalaciones, que motivó el descarrilamiento del cable y su caída por falta de las medidas de seguridad adecuadas para evitar daños a los usuarios de ese medio de transporte. Concluyendo el Tribunal que de todo lo anterior se desprende, no obstante la existencia de una relación contractual, que el hecho causante del daño no puede incardinarse como producido dentro de la órbita de esa relación y como desarrollo de su contenido negocial; en consecuencia, entra en juego el artículo 1.902, definidor de la responsabilidad extracontractual.

No me parece muy defendible la tesis de que proporcionar seguridad al cliente en el transporte no sea una de las obligaciones naturales del contrato de este nombre. Dicho de otro modo, el porteador se obliga a transportar y a hacerlo bien, esto es, de suerte que el viajero no sufra daños como consecuencia de defectos del propio sistema de transporte.

De otro lado, no creo que fueran obstáculo insuperable para condenar a la aseguradora los términos en que la póliza de seguro estaba redactada. Por el contrario, la expresa alusión en ella a «daños ocasionados a terceros con motivo de la explotación» habría permitido, a mi entender, que el Tribunal hubiese acudido al razonamiento, mucho menos forzado que el que utilizó, de que la letra de la póliza no era elemento bastante para negar al contrato de seguro un ámbito o radio de acción suficientes para ampliar la cobertura a los daños contractuales.

2. Otra expresión de la relatividad de la distinción que nos ocupa, o al menos de la necesidad de superarla cuando se trata de satisfacer adecuadamente determinados intereses, es la constituida por la llamada *responsabilidad por productos defectuosos o «del fabricante»*.

No debe olvidarse que en este terreno fue en el que, primero en Estados Unidos y luego en Inglaterra, se arbitraron por la jurisprudencia so-

luciones encaminadas a una mayor protección de los consumidores. Aparentemente encorsetados los juristas por ciertos dogmas clásicos, como el de la *privity of contract* (el principio de relatividad de los contratos, en el Derecho continental europeo), diversas formulaciones más o menos ingeniosas (pero un tanto forzadas, como la del *collateral contract* o la de la *extended vertical privity*) condujeron a resoluciones judiciales por cuya virtud era condenado el fabricante aunque no hubiese mantenido relación contractual con el cliente, consumidor o destinatario final. Se trataba de poder imputar responsabilidad tanto a los fabricantes como a todos los participantes en las operaciones ulteriores de venta, incluyendo a los intermediarios intervinientes en el proceso de distribución.

Se recordará que la «falacia» de la *privity of contract* fue rechazada en Inglaterra en 1932 en el famoso caso *Donoghue v. Stevenson* (en una botella de cerveza se encontraron los restos descompuestos de un caracol). Se admitió que la demandante pudiese reclamar al fabricante de la cerveza en base al *tort of negligence* por daño personal y *shock*, aunque aquella no había contratado con éste .

Como se sabe, el desenlace a que se ha llegado consiste en definitiva en hacer tabla rasa de la distinción entre ambas clases de responsabilidad, de suerte que lo que pasa a primer término es el derecho del consumidor a ser indemnizado, sin que juegue para nada (salvo matices) la circunstancia de que la compra se haya realizado al fabricante mismo o en el último eslabón de la cadena de distribución (en la doctrina española, Rojo Fernández-Río y Bercovitz, R.).

Así ocurrió ya en la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios de 19 de julio de 1984, cuyos artículos 25 a 28 toman como punto de referencia el daño sufrido por el consumo de bienes o la utilización de productos o servicios, que se imputa indistintamente a quienes producen, importan, suministran o facilitan aquellos productos o servicios, sin particularidad alguna basada en la naturaleza de la relación entre responsable y víctima. Sólo el artículo 29 introduce un cierto factor de confusión al decir que el consumidor o usuario tiene derecho a una compensación, sobre la cuantía de la indemnización, «por los daños contractuales y extracontractuales», durante el tiempo que transcurra desde la declaración judicial de la responsabilidad hasta su pago efectivo.

La misma línea sigue la directiva de la Comunidad Económica Europea de 25 de julio de 1985 sobre responsabilidad por productos defectuosos. Sin que a mi juicio sea reparo a ese «desvanecimiento del carácter de la responsabilidad» el hecho de que el artículo 13 haga expresa reserva de «los derechos de que la víctima de un daño pueda valerse a título de Derecho de responsabilidad contractual o extracontractual», puesto que de lo

que esta norma trata es (en virtud del principio *pro consumatore*) de asegurar al perjudicado la posible utilización de otros instrumentos adicionales distintos de la propia directiva.

A este criterio se ajusta, como no podía menos de ser, nuestro Proyecto de Ley sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, que responde a la necesaria adaptación del Derecho español a la directiva comunitaria.

3. Un terreno en el que la distinción ha creado tan considerables dificultades a la jurisprudencia que en ocasiones ha llegado a prescindir de ella es el de la *responsabilidad profesional* (cuando se trata de obligación *de medios*, no *de resultado*), sobre todo el de responsabilidad de los médicos.

Aunque de ordinario la relación entre el paciente y el médico es de naturaleza contractual (excluidos los casos infrecuentes de asistencia al enfermo inconsciente o similares), y por mucho que se haya intentado ampliar en este caso los llamados «deberes de garantía» o «deberes de seguridad» para extender el ámbito del contrato, los tribunales españoles acuden con frecuencia a criterios propios de la responsabilidad extracontractual, quizá como consecuencia de que los demandantes orientan sus demandas por ese camino; y con el propósito, por tanto, de no frustrar una reclamación por motivos formales. Lo cierto es que no es raro que el Tribunal Supremo funde sus pronunciamientos en el artículo 1.902 del Código civil, habiendo llegado a decir alguna sentencia que en la responsabilidad civil del médico «concurrén la responsabilidad contractual y la extracontractual».

1. Motivo de especial discusión es el caso de servicios profesionales prestados a través de entidades «interpuestas». Por ejemplo, servicios profesionales del abogado de un sindicato, o del médico de una compañía de seguros o de la Administración pública sanitaria. Sobre este extremo trato en una ponencia elaborada para un Congreso que se celebrará en Granada dentro de poco. La cuestión es en este punto particularmente delicada, en atención a que cuando se trata de una relación directa del médico con el paciente los tribunales siguen (con matices) el criterio clásico de la culpa, sin siquiera adoptar la inversión de la carga de la prueba. Mientras que cuando se trata de asistencia médica prestada por la Seguridad Social, por ejemplo, se recurre a una casi responsabilidad objetiva. Pero a mi juicio puede haber un desenfoque del problema, en el sentido de que cuando se condena al centro sanitario o a la institución de la que depende suele ser, en el fondo, por razón de «deficiencias asistenciales» propias del establecimiento como conjunto (esto es, por *culpa* del mismo), más que por deficiente actuación del médico; aunque no faltan casos en que esto último también se afirma o se insinúa. La responsabilidad del

médico, propiamente dicha, creo que debe tratarse con el mismo criterio, tanto si su relación es directa con el cliente como si interviene una institución de Seguridad Social, según defiende una reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria.

2. El carácter «fronterizo» de muchos casos de responsabilidad profesional se manifiesta en Derecho comparado; por ejemplo, cuando se trata de daños causados a un tercero distinto del cliente. Citando un caso, aquel en que a un abogado se le encarga la redacción de un testamento estableciendo un legado; el legado es inválido por culpa del abogado y el «tercero» lo pierde. Según el Derecho inglés, se adopta el criterio de *tort*, mientras que en Alemania se entiende que el contrato entre el abogado y el cliente es de los que producen «efectos protectores» para el previsto legatario (Zweigert y Kötz). Estos autores plantean también la cuestión en el caso de la información que se da y que luego resulta ser falsa. Cabe distinguir entre el daño causado a la persona a la que se transmite esta información y el que se produce en el tercero que confía en la información y se ve perjudicado por ello. Guarda mucha relación con este planteamiento la sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 11 de junio de 1988, que consideró que en una misma conducta pueden concurrir responsabilidad contractual y extracontractual a la vez (se trataba del error en que había incurrido un notario, proyectado en los clientes del mismo y en terceros no concurrentes al acto de otorgamiento del documento público).

3. Que este problema no es privativo del Derecho español lo acredita el que haya sido puesto de relieve con particular énfasis en el reciente Coloquio sobre «la responsabilidad de los prestarios de servicios» celebrado en Lausana los días 1 a 3 del pasado mes de setiembre.

Las ponencias correspondientes a Francia (Huet), Estados Unidos (Fleming), Alemania (Giessen) y Austria (Posch), por ejemplo, advierten de las dificultades que entraña la clásica dualidad de responsabilidades y, a la vez, de su superación —en buena medida— por la jurisprudencia de los respectivos países. La ponencia correspondiente a Inglaterra (Weir) señala cómo su ordenamiento cuenta con dos principales regímenes de responsabilidad, basado uno en las *rules of contract* y el otro en las *rules of tort*. La «pureza» de la primera de esas modalidades se advierte en el recurso a la idea (en definitiva, una ficción) del *implied collateral contract*, así como en las reticencias por parte de la doctrina sobre el juego estricto de la *privity of contract*. E interesa advertir cómo el autor nos dice que, aunque las obligaciones derivadas de cada uno de esos regímenes difieren un tanto en sus incidentes o intensidad, el *common law* no ha puesto ninguna objeción para su concurrencia en el sentido de permitir al demandante invocar uno u otro a su elección

El mismo «desvanecimiento» de la distinción se produce en otros casos en que el elemento de referencia que adopta la ley para establecer un tipo de responsabilidad es el de *la actividad en cuyo desarrollo se produce el daño*.

Es el caso de las regulaciones legales que en algunos países tiene el «fenómeno» (no necesariamente el contrato) del transporte. O el de la actividad bancaria (Garofalo).

4. La jurisprudencia ha llevado a cabo también una considerable mitigación de los rigores de una línea fronteriza tajante en el caso de la *responsabilidad por ruina de la obra* del artículo 1.591. En él se consagra la llamada responsabilidad decenal de arquitectos y contratistas.

Aunque este precepto se inserta dentro de la reglamentación del arrendamiento de obra y es opinión fundada la que entiende que su objetivo originario fue el de resolver un problema de cumplimiento del contrato, que es ajeno a los posibles terceros perjudicados, la jurisprudencia ha ampliado el ámbito del precepto y con ello el catálogo de legitimados activamente.

De suerte que, por ejemplo, declara el Tribunal Supremo constantemente que el adquirente posee la misma acción que el dueño o comitente contra los responsables de la ruina, entendiendo que se trata de una acción protectora de la propiedad que se transmite junto con ésta. Del mismo modo, se amplía la legitimación pasiva por cuanto se admite que la demanda se entable contra el promotor, incluso cuando éste no ha sido además contratista.

En una palabra, se desvirtúan los rasgos «contractuales» de la responsabilidad y las soluciones jurisprudenciales hacen, en la práctica, que sean casi académicas las discusiones doctrinales sobre el carácter contractual, extracontractual, o para algunos legal, de la responsabilidad que esta norma establece. Discusión que, por ejemplo, nada tendría de estéril en lo que se refiere al plazo de prescripción de la acción (a partir del «plazo de garantía» de diez años), como tampoco lo tendría en relación con el párrafo segundo del artículo, que alude a la responsabilidad (ya no decenal) cuando la causa de la ruina fuese la falta del contratista «a las condiciones del contrato»; palabras estas últimas que parecen encerrar —*a sensu contrario*— la contemplación de unas hipótesis extrañas a «la órbita de lo pactado».

5. No menos reveladora de la imprecisión de la línea de separación de ambos regímenes de responsabilidad (o mejor dicho, de los supuestos que caen bajo uno y otro) es el caso de la responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*. Es expresión del daño que en la formación de un contrato se produce a una de las partes a causa de la conducta de la otra; lo que podría extenderse al caso de daño cometido después de la expiración y cumplimiento del contrato. Y lo que de hecho, además, la jurisprudencia española ha trasladado al supuesto de quien rompe injustificadamente los tratos preliminares, violando deberes de lealtad y confianza de los que la otra parte era merecedora.

Otro tanto sucede con las llamadas «relaciones contractuales creadas por virtud del contacto social», dentro de la categoría doctrinal que conocemos por «relaciones contractuales de hecho».

En estos casos no existen argumentos incontestables (al menos así lo acredita la división de la doctrina) para formular de forma tajante una calificación. Y estas discrepancias han trascendido al ámbito jurisprudencial, en el que las soluciones entre unos países y otros no son siempre coincidentes.

Desde el punto de vista técnico, el «escepticismo» sobre la dualidad de responsabilidades comienza en el momento mismo en que el papel de *la voluntad* (clave para la contractual) se reduce o desvanece.

1. En relación con los casos en que una de las partes de una negociación deja de dar a la otra información que es de vital importancia para esta última (a efectos de contratar), o cuando le suministra esa información sin el debido cuidado, el recurso *a la culpa in contrahendo* es, por ejemplo en Alemania, decisivo para evitar los inconvenientes del Derecho de daños y del Derecho contractual (Giesen).

Sobre las obligaciones «contractuales» resultantes de negociaciones frustradas y sobre la llamada *precontractual «contractual» obligation*, como expresión de la dificultad de hablar de *tort* o de *contract*, escribió Mehren en *International Encyclopedia of Comparative Law*.

2. La «incierto calificación» de la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual (en el sentido más amplio de esta expresión) es motivo de discusión y de manifiestas discrepancias en la doctrina de Derecho internacional privado. También en ese terreno se precisa la «calificación» de que venimos hablando, esto es, la de contractual o la de extracontractual, a fin de subsumir el caso en la norma de conflicto que corresponda; a efectos sobre todo de determinación de la ley aplicable. Todo ello, sobre la base de que la opinión dominante entiende que esa «cuestión de calificación» debe resolverse por las concepciones de la *lex fori*. Sobre esto ha escrito recientemente entre nosotros Álvarez González.

6. Así mismo, la distinción se desvanece en materia de *derechos de la personalidad* cuando —como ocurre hoy en muchos países— la sanción de los actos de atentado a los mismos toma como punto de referencia el bien jurídico protegido (salud, integridad, honor, etc.), no el marco en que el atentado se produce. En este caso de régimen específico de responsabilidad en función del bien lesionado creo que no tiene relevancia la existencia o inexistencia de una relación contractual previa, salvo que la norma establezca otra cosa.

Y si no es así, la concurrencia de perspectivas (contractual y extracontractual) parece evidente (Visintini, refiriéndose al «derecho a la salud». En la doctrina suiza, Tercier).

7. También contribuye a difuminar la frontera entre culpa contractual y extracontractual la posibilidad de que *el incumplimiento doloso de la obligación merezca el mismo trato (a efectos de determinación del daño indemnizable) que si de un caso de culpa extracontractual se tratara*. Así podría entenderse en el Derecho español, mediante la aplicación de criterios de relación de causalidad (en rigor, de imputación objetiva) semejantes en ambas hipótesis. La previsión del párrafo segundo del artículo 1.107 para el caso de deudor que incumple por dolo sería trasladable a los daños extracontractuales; pero debidamente interpretada —para ambos casos— la exagerada fórmula del precepto (*«todos los daños que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento»*).

Creo que aceptarían esta interpretación incluso los autores que más insisten en el criterio de la previsibilidad como rasgo propio de la responsabilidad contractual. Y no tanto porque el incumplimiento doloso sea equiparable al *cuasidelito* español (o al *délit* francés), sino porque la «finalidad protectora» de la norma que consagra la responsabilidad dejaría de tener sentido en quien incumple dolosamente.

Téngase presente, en este punto, que la jurisprudencia francesa (aunque se trata de criterio muy discutido) ha excluido de la regla del *non-cumul* —a la que luego me referiré— el caso de incumplimiento por dolo.

8. En este orden de cosas, tampoco puede dejar de mencionarse (al igual que en alguna doctrina extranjera) el elemento de distorsión de la dualidad que ocasiona la llamada «*tutela aquiliana del crédito*», esto es, el caso en que la lesión el derecho de crédito se produce por obra de un tercero. Se puede dar así la concurrencia de ambos tipos de responsabilidades en un mismo caso, originando situaciones llenas de problemas (y en algún caso pintorescas) que los autores y la jurisprudencia han puesto de relieve.

Como es sabido, subyace en esta cuestión un problema dogmático derivado del carácter relativo que tradicionalmente se atribuye a los derechos de crédito. En principio se diría que éstos no dan lugar a ningún deber a cargo de terceros, pero se señala también que existe un deber de respeto del derecho de crédito cuya vulneración implica una modalidad de responsabilidad extracontractual, según la doctrina dominante.

9. Por fin, y en atención a que una de las consecuencias más notables de la distinción consiste en el alcance del deber de indemnizar, esto es, en la cuantía de la reparación, permítaseme la opinión de que contribuyen a reducir o desvanecer esa diferencia *todos los criterios que en la actualidad desvirtúan la pureza de los principios clásicos en la materia*.

a) Me refiero en primer lugar al *escaso relieve que en la jurisprudencia de algunos países tiene, de hecho, la distinción entre daños previsibles e imprevisibles*, a efectos de imputar sólo los primeros, no los segundos, al incumplimiento de las obligaciones contractuales que no sea producto de dolo.

Este escaso relieve puede consistir, como ocurre por ejemplo en Francia, en la «reticencia» (en palabras de Viney) que la jurisprudencia de aquel país ha manifestado hacia el artículo 1.150 del *Code*, precepto en el que como es sabido se excluyen en principio los daños imprevisibles en materia contractual; salvo en caso de dolo, en el que la reparación de dichos daños se admite al igual que ocurre en la responsabilidad extracontractual.

En Italia, alguna opinión (Visintini) sugiere en este punto una aproximación entre el régimen contractual y el extracontractual, siquiera sea con una original interpretación del artículo 1.255 de su Código civil; en concreto, de las palabras «tiempo en el que ha surgido la obligación», en contraposición a la expresión que utilizaba el Código de 1865 («tiempo del contrato»).

Por lo que a España se refiere, la doctrina pone de manifiesto que nuestra jurisprudencia ha desconocido el párrafo segundo del artículo 1.107 («todos los daños que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento»), operando en este extremo con un criterio de unificación similar al vigente en el *common law* o en la Convención internacional sobre compraventa de mercaderías, de 1980. Criterio que algún autor (Carrasco Perera) elogia, aunque no es opinión unánime. De hecho, lo cierto es que nuestro Tribunal Supremo no suele hacer explícitos razonamientos de deslinde entre lo que es previsible e imprevisible.

b) En segundo término, procede citar la tendencia doctrinal que sugiere la adopción de reglas de *limitación en la determinación del montante de las indemnizaciones*. Es preciso acudir de nuevo a Viney cuando dice que le parece necesario tomar conciencia del hecho de que las sumas que pueden dedicarse, en un momento dado y en un país dado, a la indemnización de las víctimas de daños no deberían exceder de un cierto límite, más allá del cual el sistema puede poner en grave peligro el dinamismo económico.

Es digno de señalarse que la autora francesa considera importante establecer un orden de urgencia entre los diferentes tipos de daños, dando prioridad a los que amenazan los intereses más esenciales de los individuos o de los grupos. Por lo que se muestra dispuesta a admitir que la indemnización de los daños corporales se considere prioritaria y que la de los daños económicos sea más completa que la de los puramente morales. Y expresa su postura favorable a una «tarificación» que, hecha con flexi-

bilidad, sobre la base de estudios objetivos y con la mira puesta en la protección más generosa posible de las víctimas, llenaría una de las lagunas más graves que la autora dice encontrar en el sistema actual de responsabilidad civil.

c) Ha de tenerse presente, por otro lado, *que esta idea de limitación de las indemnizaciones por vía de adaptación al caso concreto ha encontrado reflejo ya en algún ordenamiento positivo*. No se trata sólo de reglas específicas, como las que en algunos países conducen al establecimiento de «techos de indemnización» en casos concretos (por ejemplo, en los daños medioambientales), sino que me refiero a reglas de carácter general como se conocen ya en algunos ordenamientos.

Una muy significativa es la del artículo 44, párrafo segundo, del Código suizo de las obligaciones, al establecer que «cuando el perjuicio no ha sido causado ni intencionadamente ni como consecuencia de una grave negligencia o imprudencia, y cuando su reparación llevaría al deudor a la ruina, el juez puede equitativamente reducir los daños y perjuicios». Por otro lado, el artículo 99, párrafo segundo, del mismo cuerpo legal dispone que la responsabilidad se aprecia con menos rigor cuando el negocio no está destinado a procurar una ventaja al deudor. La jurisprudencia suiza aplica esta regla por analogía a la responsabilidad extracontractual. Por su parte, el artículo 43, párrafo primero, del mismo Código suizo justifica la reducción de la indemnización cuando la producción o agravación del daño ha sido favorecida en medida importante por circunstancias fortuitas que no tienen relación con el comportamiento del autor o de la víctima. En definitiva, estos preceptos dan al juez una libertad de apreciación que —como señala la doctrina de aquel país— casi no se da en todo el Derecho de obligaciones.

Podría citarse también el caso del artículo 109 del Libro 6 del Código civil holandés, que atribuye a los tribunales el poder de reducir la obligación legal de reparar el daño en los casos en que la concesión de una reparación completa «pudiese conducir a resultados claramente inaceptables». Entre los factores que pueden tenerse en cuenta están la naturaleza de la responsabilidad (por ejemplo, riesgo *versus* culpa), la relación jurídica entre las partes y su respectiva capacidad financiera. No existe posibilidad de reducir los daños, sin embargo, si la responsabilidad del deudor está o debería haber estado cubierta por un seguro.

d) En la misma línea de aproximación de ambos regímenes puede mencionarse, en Inglaterra por ejemplo, la reciente admisión del *pure economic loss* en el caso de *tort(negligence)*.

Sobre los problemas de ese concepto indemnizatorio en Derecho comparado, y su juego en *tort* y en *contract*, ha escrito recientemente Bakanas.

e) También se ha experimentado una sensible relajación de la distinción que nos ocupa en los casos de *concurrencia de culpa de la víctima*, hipótesis en la que en la mayoría de los países la cuantía de los daños se reduce con iguales criterios en sede contractual que extracontractual (Weir, *Complex liabilities*).

f) De otro lado, parece innegable que *los jueces, con frecuencia, se apartan de los esquemas dogmáticos en materia de alcance del deber de responder y adoptan un criterio casuístico* en el que juega indudable papel la valoración de las concretas circunstancias concurrentes, entre ellas el grado de gravedad de la culpa del agente.

1. Sin entrar en detalles impropios de este lugar, sí conviene señalar que las fórmulas legales y jurisprudenciales de limitación o mitigación de los daños son en nuestros días objeto de atención muy especial por parte de la doctrina, cosa infrecuente hace 20 años.

Es significativo que en el tomo correspondiente a *Contracts in general* de la *International Encyclopedia of Comparative Law*, y dentro del capítulo relativo al incumplimiento del contrato, el autor del mismo (Von Mehren) dedique una considerable extensión (páginas 55 a 90) al apartado de «Métodos de limitación de los daños». Por ejemplo, allí se citan los siguientes aspectos: relevancia del grado de culpa sobre la extensión de la responsabilidad; previsibilidad, su objeto y criterios para su valoración; relación de causalidad; discrecionalidad judicial; mitigación o reducción (por ejemplo, en relación con una pérdida que el demandante debía haber evitado, o con un beneficio que el demandante ha obtenido a causa del incumplimiento del demandado, o con la concurrencia de culpa de la víctima); la «certeza» del daño; limitaciones específicas (por ejemplo, el caso de daño a los sentimientos, o el relativo al tipo de interés en las obligaciones pecuniarias); etc.

En lo que se refiere a la responsabilidad extracontractual, también se plantean por la doctrina cuestiones en la misma línea. Tratando sobre *Consequences of liability: Remedies*, en la misma Enciclopedia, Stoll dedica un subcapítulo al tema *Mitigation of damages and equitable liability*. Desarrolla allí el autor las «soluciones típicas» que llevan consigo mitigación de la indemnización o excepción al principio de compensación completa. Una de ellas es la existencia de «límites rígidos» de reparación, otra la basada en la proporcionalidad entre la culpa y la responsabilidad y otra, en fin, la vía de reducción equitativa de los daños en casos excepcionales, bien en base a cláusulas de discrecionalidad judicial, bien por medio de «cláusulas reductoras» en ámbitos concretos.

2. Sobre todo en materia de reparación de daños que por naturaleza son de apreciación subjetiva, por ejemplo los llamados «daños personales», me parece evidente que los jueces hacen uso de la discrecionalidad propia del caso utilizando criterios de valoración que en nada se parecen a los esquemas o arquetipos que estamos acostumbrados a manejar en la

teoría. En Francia, por ejemplo, algunos autores no ocultan su opinión de que a pesar de los continuos pronunciamientos dogmáticos en sentido contrario, los jueces valoran el grado de culpa a la hora de fijar la indemnización.

No cabe ignorar que en Francia, donde la reparación del daño imprevisible se admite en materia extracontractual, se excluye en principio en materia contractual (artículo 1.150), excepto en los casos de *faute lourde*. Pero con la observación de que esta diferencia de trato ha merecido los reparos de la doctrina y, por lo que se ve, encuentra poca acogida en los tribunales.

7. Fórmulas legales o jurisprudenciales que mitigan los rigores de la dualidad de regímenes

Expongo (sin propósito de exhaustividad, desde luego) algunos instrumentos que, bien por vía legal, bien por vía jurisprudencial, podrían contribuir a la eliminación o al alivio de las consecuencias más sangrantes de la dualidad de regímenes de responsabilidad.

A) *Unificación (relativa) de regímenes*

Una posibilidad es la constituida por un sistema que unifique ambos regímenes, en todos aquellos puntos en que la realidad de las cosas lo permita.

El punto de partida técnico de esta orientación consiste en la idea (compartida por no pocos autores) de que si la culpa es violación de una obligación preexistente, la naturaleza de la responsabilidad es siempre la misma, tanto se trate de la vulneración de una obligación nacida de un contrato, de una obligación legal, o de la obligación general de diligencia impuesta a todos los hombres. A lo que se añade la evidencia de que muchas de las diferencias entre ambos regímenes no responden a la «naturaleza de las cosas», es decir, son divergencias que se pueden eliminar sin causar distorsión en ninguno de los dos sistemas normativos, el contractual y el extracontractual.

Se invocan otras razones de carácter «conceptual», pero no hay espacio para mencionarlas en detalle. Sí se puede, en cambio, señalar que una de aquellas justificaciones es la de que si la razón de ser del particularismo de la responsabilidad contractual está en el origen mismo de la regla infringida (el acuerdo de voluntades), parece razonable entender que la contraposición entre norma contractual y norma legal tiene cada día menos sentido, visto que el contenido del contrato se ve, también cada día, más reglamentado por la ley; y escapa, de forma creciente, a la voluntad de las partes.

Cuando hablamos de «unificación» es preciso distinguir entre aquellos esfuerzos encaminados a la *unificación formal de los presupuestos de la obligación de indemnizar* y los que se conforman con mantener la diversidad en la descripción de dichos presupuestos y reducen la unificación al régimen de indemnización en sentido estricto.

1. Sería ejemplo de lo primero el caso de uno de los proyectos actualmente en curso en Argentina.

De los dos que al parecer existen, uno es el de la comisión formada por los señores Belluscio y otros, de cuya actividad da cuenta Kemelmajer de Carlucci, en cuya información me baso.

En este proyecto, la solución gira en torno a un principio que podría denominarse «inexistencia de un derecho a dañar».

El artículo 549 dice: «*La violación del deber de no dañar a otro genera la obligación de reparar el daño causado conforme a las disposiciones de este Código*». No se distingue entre tipos de daño. La evidencia de que la relación contractual es algo distinto del daño extracontractual se salva, por ejemplo, usando la expresión dual de «el acreedor o la víctima», que se acomoda a las dos hipótesis.

A partir de esta idea de la «inexistencia de un derecho a dañar», los criterios de antijuridicidad, imputabilidad, factores de atribución, relación de causalidad y resarcimiento del daño son casi en su totalidad idénticos para ambos casos; o mejor dicho, únicos.

No obstante, sigue habiendo —esto es inevitable— reglas específicas (de pura delimitación o definición del supuesto de hecho) cuya razón de ser se acomoda a la fisonomía de algunos daños que por definición sólo pueden ser extracontractuales.

A pesar de esta «máxima unificación formal» que el proyecto argentino representa, no hay que olvidar además que el *régimen de responsabilidad* (como cosa distinta de los *supuestos de responsabilidad*) no ha podido ser objeto de unificación absoluta, como ocurre por ejemplo en lo que se refiere a mancomunidad o solidaridad en el caso de pluralidad de responsables o en lo que respecta a la responsabilidad de los padres, hipótesis esta última en la que los progenitores no responden de los daños derivados de los incumplimientos contractuales de sus hijos. Se trata, señala la autora antes citada, de «una nueva concesión que se ha debido hacer al dualismo».

2. Junto a esta fórmula (ya que no frente a ella) está la de algunos sistemas jurídicos en los que los supuestos de hecho (algo así como la

descripción del tipo) se mantienen perfectamente diferenciados. De suerte que, como decíamos antes, la unificación se produce por vía de un régimen único de resarcimiento. Como es claro, entre una y otra fórmulas no hay ninguna diferencia, más que la puramente formal. De ahí que la argentina (basada en la genérica sanción de todo daño) me parezca en el fondo innecesaria.

Esta segunda vía de las dos que menciono encuentra manifestaciones como son la del Derecho suizo, la del Código civil portugués y la del holandés.

En *Suiza*, el daño y su reparación son tratados de manera uniforme. Igual ocurre en lo que se refiere a la relación de causalidad. Téngase presente que el artículo 99, párrafo tercero, del Código de las obligaciones dispone que «*las reglas sobre la responsabilidad que deriva de actos ilícitos se aplican por analogía a los efectos de la culpa contractual*». Sin embargo, existen diferencias; por ejemplo, en materia de plazo de prescripción (de un año en la responsabilidad extracontractual y de diez —en general— en la contractual), en lo que respecta a la responsabilidad por hecho de los auxiliares y en punto a la prueba de la culpa.

La «inclinación» unificadora en Derecho suizo se manifiesta, por ejemplo, incluso en el plano doctrinal. En efecto, aunque hay alguna opinión discrepante, la mayor parte de los autores entienden por responsabilidad civil la obligación, a cargo de una persona, de reparar los daños causados a otro. De tal forma que es usual subdividir el concepto de responsabilidad civil en los de daño contractual y daño extracontractual. Y no es infrecuente que las obras generales sobre responsabilidad civil comprendan tanto la responsabilidad civil propiamente dicha, que diríamos nosotros, como la «responsabilidad civil contractual», bien en términos generales, bien en lo que se refiere a la concreta disciplina de los diferentes contratos. De ahí que la teoría de la obligación consistente en indemnizar daños y perjuicios empareje a los que son consecuencia de un acto ilícito (artículos 41 y siguientes del Código de las obligaciones) y a los que derivan del incumplimiento de un compromiso contractual (artículos 97 y siguientes). Por ejemplo, en reciente obra de Merz. No ocurre así, sin embargo, en la obra de Deschenaux y Tercier.

Por lo que se refiere al *Código civil portugués*, siguiendo la fórmula clásica trata de las dos formas de responsabilidad en lugares diferentes y sitúa la contractual en el capítulo en que regula, al lado del cumplimiento, las formas y efectos del incumplimiento de las obligaciones (artículos 798 y siguientes). Con lo que, aunque no se recoja enteramente la doctrina tradicional de diversidad de régimen entre ambas modalidades, se reconoce que la contractual tiene aspectos específicos cuyo lugar propio se sitúa en el terreno del cumplimiento y del incumplimiento.

Al contrario, la responsabilidad civil se configura como una de las fuentes de las obligaciones. Pero su regulación se encuentra sensiblemente reducida, puesto que se limita prácticamente a los *presupuestos* de la responsabilidad. Por el contrario, los *efectos* de esta responsabilidad extracontractual, en lo que respecta a la determinación de los daños indemnizables (problemas de nexo de causalidad), las formas de indemnización y el cálculo de su montante se reglamentan en el capítulo relativo a los diversos tipos de obligaciones; y en concreto dentro de la denominada *obligación de indemnización*, que comprende los aspectos comunes a uno y otro tipos de responsabilidad.

En este foro académico en que nos encontramos, es interesante, creo, hacer constar la opinión que Antunes Varela expresa acerca de la divergencia que puede existir entre la *sistematización lógica* del Código civil portugués y una mejor *ordenación didáctica* de las materias. Opina el autor que el desplazamiento de los aspectos comunes a las dos responsabilidades a un capítulo autónomo, que no se integra en ninguna de ellas, da como resultado que el estudio de una y otra, en el lugar que les corresponde dentro del plano metodológico de la exposición, quede forzosamente incompleto. Y tal vez haya una mayor ventaja en dar al estudioso una exposición de la responsabilidad contractual en el lugar destinado al contrato.

El nuevo *Código civil holandés*, por fin, constituye la más reciente expresión legislativa europea de la inquietud a que vengo refiriéndome.

En efecto, una de sus particularidades radica en el hecho de que la «obligación legal de indemnizar los daños» (artículos 95 a 110 del Libro 6) se aplica a todo caso, incluyendo por tanto la responsabilidad que deriva del incumplimiento de una obligación (contractual o de otro tipo), del acto ilícito y del enriquecimiento injusto. No se refiere el Código a los daños que son objeto de las previsiones contractuales, como los *liquidated damages* y el seguro.

Hablando del Código civil holandés, no puede dejar de mencionarse su singularidad en materia de fuentes de las obligaciones. Como es sabido, muchas veces se ha entroncado el problema de la dualidad de regímenes de responsabilidad con la discutida cuestión de las fuentes, que ha dado lugar a literatura tan abundante como en buena medida estéril, a mi juicio; de suerte que la referida dualidad de regímenes podría verse particularmente sujeta a críticas si se aceptase la posición «reduccionista» extrema según la cual, en definitiva, la ley es la única fuente.

Y en este sentido es curioso que el artículo 1 del Libro 6 diga que «las obligaciones no pueden nacer más que cuando así resulta de la ley». Se trata de una significativa forma de hablar, que responde al extendido criterio del Derecho holandés de que cualquier fuente de obligaciones tiene

esta condición en virtud de la ley. Este principio legal (en el que creo encontrar algo así como un «principio de legalidad» del Derecho de obligaciones, similar —salvadas las distancias— al *nullum crimen sine lege* del Derecho penal) no impide observar que, no obstante, sigue habiendo «fuentes» distintas de la ley. Aunque no existe una lista como ocurre en otros códigos, son fuentes de obligaciones el contrato y el acto ilícito; y junto a ellas, el legado, la gestión de negocios ajenos, el pago de lo indebido y el enriquecimiento injusto. El Título tercero de dicho Libro versa sobre «el acto ilícito», el cuarto sobre las «obligaciones que resultan de fuentes distintas del acto ilícito o el contrato» (por tanto, la palabra «fuentes» se encuentra en la rúbrica de un Título) y el quinto trata sobre «los contratos en general».

Volviendo a la unificación del régimen de indemnización a que nos hemos referido, aquélla se articula introduciendo en el Título primero del Libro 6 («de las obligaciones en general») una Sección 10 dedicada a «las obligaciones legales de reparación del daño». Sin ánimo de hacer una exposición completa, y dando a los artículos una denominación mía propia, los que contiene dicha Sección tratan sobre lo siguiente: el 95, definición legal del daño; 96, contenido del daño patrimonial; 97, atribución al juez de valoración discrecional; 98, extensión del deber de indemnizar o relación de causalidad; 99, daño que es consecuencia de varios acontecimientos; 100, *compensatio lucri cum damno*; 101, concurrencia de culpa del perjudicado; 102, daño causado por varias personas; 103, reparación del daño en dinero o en otra forma; 104, valoración de la ventaja obtenida por el autor del daño; 105, facultad del juez de diferir la evaluación del daño o anticiparlo; 106, reparación de perjuicio no patrimonial; 107, daños causados a terceros en el caso de lesión corporal o mental de la víctima propiamente dicha; 108, indemnización por causa de muerte; 109, facultad judicial de reducir la obligación en el caso de consecuencias manifiestamente inaceptables; 110, limitación legal de la responsabilidad cuando concurre el seguro.

Pero ello no significa que la responsabilidad extracontractual haya perdido su autonomía en cuanto a sus presupuestos se refiere, dado que el Título tercero del Libro 6 tiene por objeto «el acto ilícito», como cosa diferente de las «obligaciones derivadas de fuentes distintas del acto ilícito o el contrato» (Título cuarto) y de las dimanantes del contrato (que en sus generalidades es objeto del Título 5). La Sección 1 del Título dedicado al acto ilícito contiene «disposiciones generales», la 2 se refiere a responsabilidad por hecho ajeno y por las cosas, la 3 trata de la responsabilidad por productos (por cierto, incorporando al Código civil los principios de la directiva comunitaria de 1985, en vez de haberse acudido a la fórmula de una ley especial), la 4 tiene por objeto la publicidad engañosa y la 5 reglamenta el régimen temporal de los derechos de repetición o reembolso.

Dentro de esa reglamentación se contienen normas sobre el significado mismo de la ilicitud (162.2), la imputabilidad en sentido amplio (162.3), la finalidad protectora de la norma como criterio de imputación (163), la imputabilidad en el caso de menor de 14 años o de mayor de esa edad que causa el daño bajo los efectos de una incapacidad mental o física (164 y 165), el daño causado por el miembro indeterminado de un grupo (166), daños causados a través de publicaciones (167) y rechazo de la demanda encaminada a la prohibición de una conducta ilícita, por importantes intereses sociales (168).

En consecuencia, se observa de nuevo el carácter de «unificación relativa» a que antes me he referido. La estructura, e incluso el simple volumen físico de la reglamentación del acto ilícito como tal, no de su reparación, son por lo menos iguales que los de los códigos de la familia del francés, si no superiores.

Interesa señalar lo que el Código establece en materia de corresponsabilidad. El artículo 6 del Libro 6 opta por el criterio del cumplimiento *pro parte*, con la salvedad de que otra cosa venga dispuesta por la ley, por el uso o por un acto jurídico. Sin embargo, el artículo 102 declara la solidaridad como regla en el caso de que varias personas estén obligadas a reparar el mismo daño. Regla que parece dar entrada a la distinción doctrinal entre pluralidad de deudores a efectos del cumplimiento y pluralidad a efectos de la indemnización, contraste sólo imaginable en el caso de la responsabilidad contractual.

Por cierto, no sé si el artículo 98 del Libro 6 no permite sostener que *el alcance del daño indemnizable puede ser distinto en el caso de culpa contractual que en el de la extracontractual*. A este respecto, y partiendo del principio de que la obligación de indemnizar presupone que el incumplimiento o el acto ilícito es la *causa* del daño sufrido por el demandante, debe recordarse que desde los años 20 hasta los 70 los tribunales holandeses se adherían a la teoría de la causa adecuada: se exigía que el deudor hubiese podido razonablemente prever el daño (incluyendo su extensión) al tiempo de la conclusión del contrato. El mismo criterio se adoptaba en materia de responsabilidad extracontractual, en cuyo caso, desde luego, sólo el momento en que el daño se cometió podía ser decisivo. En los años 60, una nueva corriente doctrinal criticó el criterio de la previsibilidad, sosteniendo lo que en definitiva ha venido a decir el artículo 98. Este precepto establece que *«la reparación no se extiende más que al daño cuya relación con el acontecimiento sobre el que se funda la responsabilidad del deudor es tal que, teniendo en cuenta también la “naturaleza de la responsabilidad” y del daño, puede ser imputado al deudor como una consecuencia de aquel acontecimiento»*. Me pregunto si la alusión a la «naturaleza de la responsabilidad» no puede dar cabida a criterios, como el de la previsibilidad, propios de lo que llamamos el daño contractual.

B) *La vía procesal: modo de formular la pretensión*

Parece evidente que en aquellos ordenamientos en que subsiste (materialmente hablando) la dualidad de regímenes, el gran reparo *práctico* que suscita esa dualidad consiste en las diabólicas dificultades que a veces entraña la previa calificación que el demandante ha de hacer, con riesgo de que si se equivoca cuente únicamente, en el mejor de los casos, con la posibilidad de reproducir su reclamación por la vía que al principio descartó. Si esto es así, creo que en buena medida nos encontramos en presencia de un problema procesal fácilmente superable sin que por eso se vea afectada la rectitud del proceso ni dañada la posición del demandado. Y sin que tampoco sufra demasiado, en muchos casos, el interés efectivo del actor, materializado en la condena del demandado. Esa posibilidad existe si los tribunales, por así decirlo, eximen al demandante de tan desproporcionada carga y le permiten formular alternativamente su pretensión.

Los inconvenientes prácticos (a la hora de hacer efectivos los derechos a través del proceso) se han puesto particularmente de relieve en un país, como Francia, en el que juega en principio la regla de «la no acumulación» (*el non-cumul*) a que luego me referiré. Se advierte por los autores que la fórmula francesa es «elegante» (desde el punto de vista de la coherencia técnica), pero incluso el sector doctrinal que la apoya reconoce la realidad de que el demandante, en aquel país, debe especificar en qué artículos del Código basa su demanda y si lo hace erróneamente debe comenzar de nuevo. Por otro lado, el juez debe citar los artículos correctos en su sentencia, o si no ésta será anulada. Eso significa que en todos los casos de discutible concurrencia de reclamaciones, que son muy numerosas, debe determinarse si el acto enjuiciado se refería a una obligación contractual válida; y esta delicada determinación debe hacerse por ambas partes y por el juez de forma separada.

La cuestión se plantea (sin perjuicio de matices) en los siguientes términos: si a la víctima de un incumplimiento de contrato le está permitido o no beneficiarse de la calificación que prefiera y orientar su reclamación, por tanto, bien por vía del daño contractual, bien por el camino del daño extracontractual.

Weir describe estas posibilidades de forma muy gráfica: ¿Dispone el demandante de un billete adecuado para cualquiera de estos dos caminos, a efectos de ver satisfecha su pretensión? Partiendo de esta metáfora, el mismo autor da tres respuestas, diciendo que en Francia sólo tiene un billete para una determinada carretera, en Alemania dispone de dos billetes y en el área del *common law* debe dar uno de ellos a la puerta y a veces se le pregunta cuál debe ser.

Lo que en todo caso se excluye es la posibilidad de que el demandante acuda a una acción («híbrida», dicen Weill y Terré), de naturaleza a la vez contractual y delictual, por cuya virtud el demandante escogería las reglas de la responsabilidad extracontractual o contractual que le fuesen más favorables, conjuntamente. Por eso es por lo que en la doctrina francesa se advierte que la palabra «*cumul*» no es la adecuada para lo que se entiende como tal. Se trata más bien de una elección, es decir, de una *opción*. Los citados autores plantean la verdadera cuestión de la forma siguiente: el acreedor que alega el incumplimiento culpable del contrato por parte de su contratante, ¿podrá invocar, a su elección, bien las reglas de la responsabilidad contractual, bien las de la extracontractual, si éstas o aquéllas le son favorables? ¿No se puede sostener que, incluso en relación con el acreedor, la culpa en que ha incurrido el deudor puede dar lugar a la aplicación del artículo 1.382, dado que este texto se refiere a «cualquier» culpa? O en fin, ¿acaba el terreno de la responsabilidad delictual donde comienza la contractual, al igual que, al revés, un hecho que no constituye violación de una obligación contractual por el deudor no puede dar lugar más que a la aplicación de la responsabilidad delictual?

En este punto, el examen del Derecho comparado advierte de la existencia de al menos dos regímenes posibles (Tunc, Viney y Weir):

a) Uno de ellos es el de Francia, cuya jurisprudencia se inclina hacia la regla del «*non-cumul*» aunque con algunas excepciones (pocas). Los tribunales franceses entienden que los artículos 1.382 y siguientes no son aplicables cuando se trata de incumplimiento de la obligación derivada de un contrato. Frente a la tesis de que las reglas de responsabilidad extracontractual son de orden público y constituyen un *mínimum* de protección que el contrato puede ampliar pero no reducir, la opinión favorable al «*non-cumul*» defiende que el problema debe resolverse no en el terreno de la presunta superioridad de uno de los dos sistemas sobre el otro, sino en sus respectivos campos de aplicación. Por otro lado, cuando las partes han acordado, por ejemplo, que no haya responsabilidad en tal o cual caso, permitir al acreedor la invocación de la responsabilidad delictual sería tanto como autorizarle a violar el contrato. En definitiva, se acude al argumento del respeto a la voluntad del legislador y también a la voluntad de las partes del contrato.

Por eso, si el demandante se coloca exclusivamente en el terreno de la responsabilidad delictual y el demandado opone la excepción consistente en la aplicabilidad de las reglas contractuales, el tribunal —si está de acuerdo con el criterio del demandado— desestima la demanda.

La jurisprudencia francesa declara que los jueces no pueden levantar de oficio la regla del «*non-cumul*», ni fundar su decisión sobre normas distintas de las alegadas por el demandante.

Algunos autores manifiestan su deseo de que se superen estos criterios demasiado formalistas, de forma que el juez pueda llevar a cabo la sustitución (de normas) que el caso requiera. Por lo demás, no faltan autores que ante un caso como el planteado dicen que el juez, aun reconociendo la inadecuación de las reglas de responsabilidad delictual, puede colocar el litigio en su verdadero terreno y aplicar las normas sobre la responsabilidad contractual. No obstante, no parece que es ésta la solución dada por los tribunales franceses y no faltan autores que defienden el rigor de la regla clásica. Se invoca al efecto el argumento del «derecho de defensa».

Este último reparo ha sido sostenido por mí recientemente como consecuencia de algún pronunciamiento de nuestro Tribunal Supremo. Decía que por mucha que sea la flexibilidad de los tribunales en cuanto a la calificación de la acción por parte del actor, no por eso quedan solventadas algunas cuestiones de fondo.

En efecto, sería absurdo pensar que una doctrina jurisprudencial que admitiera la condena con fundamento en preceptos distintos de los invocados por el demandante constituyese «la solución» del problema en que nos encontramos. En esa hipótesis sería el tribunal el que decidiese sobre el «nombre» que atribuir a la responsabilidad del caso concreto, pero al hacerlo así el juzgador estaría planteando, inevitablemente, la cuestión relativa a la prescripción de la acción. Dado que ésta sólo opera a instancia de parte, la «conversión» llevada a cabo por el tribunal podía haber impedido al demandado invocar dicha excepción. Si no lo hizo como consecuencia de la forma en que el demandante formuló su demanda, el derecho de defensa quedaría conculcado.

Otro tanto puede ocurrir respecto a la competencia territorial del juzgado ante el que se formula la demanda. El tribunal que conoce puede tener que resolver —si el demandado lo plantea— sobre su propia competencia. Y cabe que el demandado no suscite esa cuestión precisamente por la forma en que el actor ha fundado su pretensión.

Estas observaciones que formulo mueven a plantear el *desideratum* de que los plazos de prescripción se unifiquen y se establezca una única regla de competencia judicial territorial, acaso en forma de alternativas a elección del demandante. Pero mientras eso no suceda, el riesgo que entraña la calificación sigue subsistiendo, incluso en el caso de fundamentación alternativa de la demanda.

Si, por el contrario, el demandante se coloca exclusivamente en el terreno de la responsabilidad contractual y el tribunal está de acuerdo con esta caracterización, la demanda será desestimada cuando el juzgador entienda que las reglas contractuales no permiten acogerla. La pregunta es si, considerando el tribunal inaplicables los principios de la responsabilidad contractual, puede examinar la demanda desde el punto de vista extracontractual. La contestación afirmativa no violaría el principio del *non-cumul*, pero sí vulneraría el principio de congruencia.

Por fin, el demandante puede formular su demanda de forma alternativa, esto es, tanto sobre la base de las normas de la responsabilidad contractual como en las de la extracontractual. Hipótesis en la que el tribunal opta por el régimen que le parece rectamente aplicable, pero desde luego moviéndose sólo dentro de él.

b) La otra fórmula posible es la de admitir que responsabilidad contractual y extracontractual puedan concurrir. La «conurrencia» (*Anspruchskonkurrenz, cumul, concorso*) significa que el demandante puede elegir libremente entre el régimen contractual y el extracontractual. En otras palabras, se le permite gozar de las ventajas de la calificación por la que opte.

Es el caso del Derecho alemán, en el que la víctima de una violación del contrato puede optar por demandar sobre las bases de la responsabilidad extracontractual, si un tercero en similar situación pudiera haberlo hecho.

Otro tanto ocurre en Italia, país en el que una creación jurisprudencial de constante aplicación determina que el perjudicado no sólo puede elegir entre los dos regímenes de responsabilidad el más favorable para hacer efectivo su derecho al resarcimiento, sino incluso acumular las ventajas de las dos distintas acciones de resarcimiento, en el sentido de recurrir a una cuando una circunstancia jurídica no permita valerse de la otra.

La jurisprudencia italiana ha dicho que «la pretensión del perjudicado puede encontrar su fundamento, además de en el precepto general del *ne-minen laedere*, también en el contrato, con la consecuencia de que frustrada una de las dos acciones por razones relativas a ella, como por ejemplo la prescripción, queda intacta la otra acción, fundada en los mismos presupuestos de hecho e igualmente dirigida a conseguir el resarcimiento del daño, sujeta a su propio plazo de prescripción». El fundamento de esta orientación jurisprudencial es la de que una misma conducta lesiona un interés que —además de encontrar tutela específica dentro de una relación existente entre dañado y dañador—, debe considerarse tutelado también, de forma general, por las normas sobre los actos ilícitos. Como dice la *Corte di Cassazione*, el concurso es posible cuando el hecho dañoso (contractual) sea lesivo «de los derechos absolutos, que corresponden al perjudicado, de no sufrir daño al honor, a la integridad personal y a la propiedad de la que es titular». Se considera que esta fórmula otorga la máxima tutela posible a la víctima.

Sucede lo mismo en Suiza, donde si un supuesto de hecho reúne las condiciones de responsabilidad contractual y extracontractual, se admite la concurrencia: en el mismo sentido de facultad de elección de aquella de las acciones que el actor estime más favorable.

Deschenaux y Tercier invocan al respecto un curioso argumento. Dicen que no hay nada en la ley que no permita afirmar que la víctima debería ser

en este caso privada de las ventajas que le podría ocasionar una u otra acción. Por ello, añaden, es «normal» dejarle la posibilidad de elegir entre ellas e incluso intentar las dos, bien entendido que la admisión de una dejará a la otra sin objeto. La originalidad del argumento radica en tomar como punto de partida no lo que la ley permite, sino lo que la ley no prohíbe.

El Derecho angloamericano admite generalmente la concurrencia de reclamaciones, aunque en caso de conflicto entre las reglas aplicables al *contract* y al *tort* (por ejemplo, el comienzo del cómputo de la prescripción), los daños personales y los daños a la propiedad son casi siempre calificados por los tribunales como *tortious*.

Es frecuente que los autores cataloguen el sistema inglés, así como norteamericano, dentro de un tercer género, de rasgos difíciles de aprehender para juristas de mentalidad distinta de la del *common law*. Pero a los efectos que me ocupan no hay inconveniente en situar esos sistemas en el lugar en que ahora lo hago.

En Inglaterra, los tribunales dejan casi siempre a la víctima la posibilidad de colocarse en el terreno que le es más favorable; es decir, le dejan elegir libremente entre un régimen u otro. Pero téngase presente que como el *common law* no conoce un principio general análogo al de nuestro artículo 1.902 o al del 1.382 del Código francés (porque la responsabilidad nace de la infracción de un deber sancionado por un «*tort*»), se suele entender que hay hipótesis en que sólo debe aplicarse el *law of tort*.

C) *Posición actual del Tribunal Supremo español*

Frente a lo que ocurrió en el pasado, en que el Tribunal Supremo adoptó fórmulas rigoristas según las cuales la fundamentación jurídica de una demanda de responsabilidad (con lo que ello implica de explícita o tácita calificación) determinaba el éxito o fracaso de la demanda según la calificación que por su parte adoptara el juzgador, la más reciente jurisprudencia se orienta en una línea menos rigurosa y marcadamente inclinada a resolver con independencia de la fundamentación invocada por el demandante. Lo que ha determinado en buena medida un correlativo cambio de signo de las opiniones doctrinales (Pantaleón, en su comentario al artículo 1.902).

La última jurisprudencia permite afirmar que es posible la formulación alternativa de la responsabilidad contractual y de la extracontractual, esto es, que resulta factible reclamar al amparo de una u otra fundamentación o *causa de pedir*, de suerte que sean los tribunales los que apliquen una u otra calificación, según su criterio y al amparo del principio *ius novit curia*.

Pero no sólo eso, sino que basta con que el demandante proporcione al tribunal el «componente fáctico esencial de la acción ejercitada», esto

es, la descripción de los hechos y su prueba, de suerte que quede clara su pretensión de resarcimiento, sin necesidad de vincularse (el propio actor) por una calificación determinada. La fundamentación jurídica de la demanda no vincula al tribunal, ni respecto de la que el actor dé a la relación litigiosa, ni respecto de las normas a aplicar. Dicho de otro modo, aunque el perjudicado haya fundamentado su demanda en normas de la responsabilidad extracontractual o de la contractual, exclusivamente, el tribunal podrá estimarla (siempre que los hechos aportados al proceso lo permitan), sin incurrir en incongruencia por cambio de la causa de pedir.

La sentencia de 26 de enero de 1984 llegó a declarar que «los tribunales no tienen necesidad ni obligación de ajustarse, en los razonamientos jurídicos que les sirven para motivar sus fallos, a las alegaciones de Derecho de las partes, y pueden basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos, pues a ello les autoriza la regla que el aforismo *iura novit curia* encarna».

Autores citados

Razones que considero obvias me han movido a no introducir en esta ponencia aparato bibliográfico, tal y como de ordinario entendemos esta expresión. No obstante, no podía omitir la referencia de los autores citados en el texto.

- ALVAREZ GONZÁLEZ, S.: «La ley aplicable a la responsabilidad precontractual en Derecho internacional privado», en *R.E.D.I.*, vol. XLII (1990), 1, pp. 125-152.
- ANTUNES VARELA, J.: *Das obrigações em geral*, 7.^a ed., Coimbra, 1991, 2 volúmenes.
- BANAKAS, E.: *Tortious liability for pure economic loss: a comparative study*, Atenas, 1989.
- BERCOVITZ, A. y R.: *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987.
- CARBONNIER, J.: *Droit civil*, 13.^a ed., tomo IV, París, 1988.
- CARRASCO PERERA, A.: «Comentario al artículo 1.107» en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, tomo XV, vol. 1.^o, Madrid, 1989.
- CAVANILLAS MÚGICA, S. y TAPIA FERNÁNDEZ, I.: *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual (Tratamiento sustantivo y procesal)*. Madrid, 1992.
- DE ANGEL YÁGÜEZ, R.: *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, 1993, y «La responsabilidad civil del médico y de las Administraciones sanitarias», ponencia elaborada para el *II Congreso Derecho y salud*, Granada, noviembre de 1993.
- DESCHENAUX, H. y TERCIER, P.: *La responsabilité civile*. 2.^a ed., Berna, 1982.
- DIAS, R.W.M. y MARKESINIS, B.S.: *Tort Law*. 2.^a ed., Oxford, 1989.
- DIÉZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, 4.^a ed., Madrid, 1993.

- FLEMING, J.G.: «Liability for services in American Law», ponencia presentada en el Coloquio *Liability for services rendered*, celebrado en Lausana los días 1 a 3 de setiembre de 1993, bajo la organización de The International Association of Legal Sciences.
- GAROFALO, C.: *Il manuale della responsabilità civile e penale del banchiere e del bancario*, Rovereto, 1992.
- GIARDINA, F.: *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale (Significato attuale di una distinzione tradizionale)*, Milán, 1993.
- GIESSEN, D.: «Liability for the provision of services under German Law», ponencia presentada en el Coloquio *Liability for services rendered*, celebrado en Lausana los días 1 a 3 de setiembre de 1993, bajo la organización de The International Association of Legal Sciences.
- HEUSTON, R.F.V. y FUCKLEY, R.A.: *Law of Torts* (SALMOND y HEUSTON), 20.^a ed., Londres, 1992.
- HUET, J.: «La responsabilité du fournisseur de services, en particulier dans le cadre de l'activité des professions libérales», ponencia presentada en el Coloquio *Liability for services rendered*, celebrado en Lausana los días 1 a 3 de setiembre de 1993, bajo la organización de The International Association of Legal Sciences y «Responsabilité civile. Considérations générales sur la distinction des responsabilités contractuelles et délictuelles», en *Revue trimestrielle de droit civil*, 1985.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: «La responsabilidad civil en los albores del siglo XXI (la responsabilidad civil en el proyecto de reformas del Código civil de 1993)», en *Jurisprudencia argentina*, número 5.827, mayo de 1993, pp. 2-13.
- MEHREN, A.V.: «The formation of contracts», en *International Encyclopedia of Comparative Law*, VII (*Contracts in general*, cap. 9) y «Methods of limiting damages», en la misma obra y en el mismo tomo, cap. 16 (*Remedies for breach of contract*).
- MERZ, H.: «Droit des obligations», en el *Traité de droit privé suisse*, tomo I, Friburgo, 1993.
- PANTALEÓN, F.: «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», en *ADC*, julio-setiembre 1991, pp. 1.019-1.091 y *Comentario del Código civil*, Madrid, 1991, II, comentario al artículo 1902.
- POSCH, W.: «Contract and Tort in traditional Austrian Law», ponencia presentada en el Coloquio *Liability for services rendered*, celebrado en Lausana los días 1 a 3 de setiembre de 1993, bajo la organización de The International Association of Legal Sciences.
- RODOTÀ, N.: *Il problema della responsabilità civile*, Milán, 1964.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.: *La responsabilidad civil del fabricante*, Zaragoza, 1984.
- STOLL, H.: «Consequences of liability: Remedies», en *International Encyclopedia of Comparative Law*, XI-2 (*Torts*), cap. 8.
- TERCIER, P.: *Le nouveau droit de la personnalité*, Zurich, 1984.
- TUNC, A.: «The concept of tort and the delimitation of the Law of Tort», en *International Encyclopedia of Comparative Law*, XI-1 (*Torts*), cap. 1 (*Introduction*).
- VINEY, G.: «La responsabilité: conditions», en el *Traité de droit civil* dirigido por GHESTIN, tomo IV, París, 1982.
- VISINTINI, G.: *I fatti illeciti*, I, Padua, 1987 y voz «Responsabilità contrattuale ed

- extracontrattuale», en *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXVI, Roma, 1991.
- WEILL, A. y TERRÉ, F.: *Droit civil (Les obligations)*, 4.^a ed., París, 1986.
- WEIR, T.: «Services in England», ponencia presentada en el Coloquio *Liability for services rendered*, celebrado en Lausana los días 1 a 3 de setiembre de 1993, bajo la organización de The International Association of Legal Sciences y «Multiple grounds of claim» en *International Encyclopedia of Comparative Law*, XI-2, (Torts), cap. 12 (*Complex Liabilities*).
- YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, I, Madrid, 1993.
- ZWEIGERT, K. y KÖTZ, H.: *An introduction to comparative law*, 2.^a ed., Oxford, 1987.

EL LENGUAJE JURIDICO. RAZON PRAGMATICA Y RAZON FILOLOGICA

Gema Bizcarrondo

Varios son los autores que han tratado de las particularidades del lenguaje jurídico desde las dos vertientes que se aúnan en este concepto: la lingüística, que nos ofrece la descripción de esta forma especial del lenguaje; la jurídica, cultivada sobre todo por los filósofos del derecho, preocupados por desentrañar las relaciones últimas entre la Norma y su lenguaje. Y, como plurales son las ópticas desde las que la lengua puede analizarse, plurales han sido también las perspectivas que desde ambos campos se han adoptado. La lingüística ha tratado, en general, de la forma del discurso jurídico: sus características sintácticas o léxicas¹, o de la estructura y sus fuentes retórico-clásicas²; los filósofos del derecho han dedicado sus esfuerzos a ahondar en la estructura de la norma y su vinculación con los presupuestos de la lógica formal³, de las relaciones entre

¹ SOURIOUX, J.L. et LERAT, P. *Le langage du droit*, Presses Universitaires de France, Vendome, 1975.

CALVO RAMOS, L. *Introducción al estudio del lenguaje administrativo*, Gredos, Madrid, 1980.

HERNÁNDEZ GIL, A., CIENFUEGOS, A. «El lenguaje del Derecho Administrativo», *Cuadernos CE*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1986.

PRIETO DE PEDRO, J. y ABRIL CURTO, G. «Reflexiones y propuestas para la modernización del lenguaje jurídico-administrativo castellano», *Llengua y Dret*, n.º 10, diciembre, 1987, pp. 7-31.

PRIETO DE PEDRO, J. «Los vicios del lenguaje legal. Propuestas de estilo» en *La calidad de las leyes*, Eusko Legebiltzarra, Parlamento Vasco, Vitoria-Gazteiz, 1989, pp. 125 a 155.

PRIETO DE PEDRO, J. *Lenguas, lenguaje y derecho*, UNED, Cuadernos Civitas, Madrid, 1991. V.V.A.A., *Manual de documentos administrativos*, Madrid, MAP, 1994.

² PERELMAN, Ch. *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1989.

Idem, *Tratado de la argumentación*, Gredos, Madrid, 1989.

³ ITURRALDE SESMA, V. *Lenguaje legal y sistema jurídico*, Tecnos, Madrid, 1989.

SAINZ MORENO, F. *Conceptos jurídicos. Interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976.

Derecho e ideología⁴, de la conexión entre el lenguaje del derecho y el universo, a la vez, creado por el Derecho⁵, o de la formación y significado de los conceptos jurídicos⁶. Caminos todos ellos intrincados y apasionantes, y nunca recorridos del todo.

Es raro, sin embargo, encontrar estudios que escapen de la pura descripción sintáctico-léxica o estructural del discurso —en los trabajos lingüísticos— o de la función del lenguaje jurídico —en los de los filósofos—, y se adentren en la auténtica razón filológica del lenguaje del derecho y en cómo salvar el compromiso entre tradición y renovación en esta forma especial del lenguaje.

Esto es lo que nos proponemos esbozar en el presente artículo: a qué obedecen algunas construcciones características, desde el punto de vista estrictamente lingüístico, y qué aspectos hay que salvar en este lenguaje que hunde sus raíces en la tradición y qué otros necesitan acomodarse al flujo cambiante de la lengua, que es expresión y vínculo del espíritu humano.

1. Lenguaje común y lenguaje jurídico

Hay general coincidencia en considerar al lenguaje jurídico como una forma especial de lenguaje —un lenguaje técnico—, que tiene su fundamento y principal soporte en el lenguaje común, del que se ha ido separando, por una parte, a medida que el Derecho ha ido acuñando sus propios términos, y, por otra, al mantener formas y estructuras arcaicas que el lenguaje común ha renovado⁷.

El lenguaje del Derecho no es diferente en sus orígenes del lenguaje común. Biondi⁸ afirma: «La ciencia jurídica romana no parte de términos técnicos, sino que los toma de la vida práctica, asociados con el significado que tienen en el uso común. En el Derecho medieval, *El Fuero Juzgo*, y *Las Partidas* hablan de «leyes paladinas», término que hemos de

⁴ WARAT, L.A. *Lenguaje y definición jurídica*, Buenos Aires, 1973.

⁵ OLIVECRONA, K. «Legal language and Reality» en *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Indianapolis, 1962. Traducción castellana de Ernesto Garzón Valdes, Centro editor de América Latina, Buenos Aires, 1968.

⁶ SAINZ MORENO, *op. cit.*

Incluso desde la sociología se han abordado las relaciones entre el derecho lenguaje; vid. RAFAEL GOBERNADO: *Ideología, Lenguaje y Derecho*, Cupsa, Madrid, 1978.

⁷ Vid. ITURRALDE, *op. cit.*, p. 31.

⁸ Citado a través de RODRÍGUEZ AGUILERA, C. *El lenguaje jurídico*, Bosch, Barcelona, 1969.

interpretar como «claro», «público»⁹; así el Fuero Juzgo opone «leyes paladinas» a «leyes oscuras», y en *las Partidas*: «... con voces y con palabras mandar y hacer derecho de manera breve, llana y paladina»; se insiste en ambos textos en la necesidad de que sea comprendido por todos «lo que saliere de la ley», lo que exige la utilización del lenguaje común: el «roman paladino».

Incluso hoy, Sainz Moreno, a quien debemos uno de los estudios más completos sobre el lenguaje jurídico¹⁰, prefiere hablar de uso jurídico del lenguaje y no de lenguaje jurídico, porque «en el fondo no existe un lenguaje jurídico, sino un uso jurídico del lenguaje ordinario».

Es cierto que el lenguaje del derecho está más estrechamente ligado al lenguaje ordinario que cualquier otro lenguaje técnico; ninguno cuenta con la honda tradición del lenguaje jurídico y el trasvase de términos entre el léxico común y léxico jurídico es muy superior al de cualquier otro lenguaje técnico, y tan entrelazados están que resulta, en ocasiones, muy difícil decidir cuál ha sido la dirección del préstamo: del derecho al léxico común, o a la inversa¹¹.

Además de las razones históricas, hemos de tener en cuenta que constantemente nos movemos, seamos o no del todo conscientes de ello, en un universo jurídico, y una red de derechos y obligaciones surgen de los actos más cotidianos de nuestra vida e impregnan nuestro modo de hablar¹².

Pero no es menos cierto que el lenguaje del derecho se ha alejado del lenguaje común; existen unas zonas muy técnicas, que se escapan a la comprensión del hablante no especializado e, incluso, hay un peculiar modo de decir, un estilo propio, que caracteriza el discurso jurídico.

2. Relación del discurso jurídico con otros tipos de discurso

Antes de considerar cómo se ha producido la especialización del lenguaje jurídico, con la consiguiente separación del lenguaje ordinario, hemos de precisar que la generalidad de los autores distinguen varios tipos

⁹ Paladinas, del latín palatinus (de *palacio, corte*) toma en romance el sentido de «claro, público». Vid. COROMINAS, J. *Diccionario etimológico*, t. IV, p. 34: «fazer paladinamente» = públicamente; «roman paladino» = público.»

¹⁰ *Op. cit.*, p. 101.

¹¹ FRAGO, J.A. «Tradicón y actualidad en el lenguaje jurídico», Conferencia pronunciada el 5-7-91, en el Curso *Lenguas Especiales*, organizado por la Universidad de Valladolid, Burgos, 1991.

Sobre la polémica en torno a si constituye o no una lengua técnica, véase PRIETO DE PEDRO, *Lenguas...*, *op. cit.*, pp. 130 y ss.

¹² OLIVECRONA, *op. cit.*, p. 7.

de discurso jurídico. Una diferenciación muy arraigada es la que separa el lenguaje de la norma jurídica del lenguaje de los juristas, oposición básica en la que caben otras; en el 1.º —norma jurídica—, no se refleja el mundo sino que se prescribe, se crean realidades, constituye un lenguaje objeto, es el lenguaje de la Ley y de las fuentes del Derecho, y a él puede asimilarse el de los negocios jurídicos. El 2.º —lenguaje de los juristas: jueces, abogados, teoría jurídica—, constituiría un metalenguaje del primero: un lenguaje que se refiere a otro lenguaje¹³.

La función específica del derecho como regulador de la actividad humana puede explicar algunas de las características del lenguaje de la Norma; así, en la Ley son frecuentes las expresiones performativas¹⁴, las formas de mandato, las definiciones; pero todo esto, por sí sólo, no hace que se constituya en lengua especial. Estos rasgos que separan el lenguaje de la norma del lenguaje de los juristas (y las subclases que dentro de este último pueden hacerse) están vinculados con el aspecto pragmático del lenguaje, que se sirve, entre otros elementos, de las capacidades semánticas del signo lingüístico.

Como es bien sabido en lingüística, el signo lingüístico tiene unas funciones semánticas complejas: actúa como símbolo (representa objetos y relaciones); como síntoma (indicio), en virtud de su dependencia con el emisor, cuya interioridad expresa; como señal, en virtud de su apelación al oyente, cuya conducta dirige. A estas tres funciones responden las conocidas en lingüística como representación, expresión, apelación, que se encuentran mezcladas en los actos de habla, aunque puede darse el predominio de una u otra¹⁵.

A partir del estudio de las funciones predominantes pueden caracterizarse los distintos tipos de lenguaje legal y las estructuras lingüísticas que los sustentan¹⁶, pero el predominio de una u otra función y su razón

¹³ ITURRALDE SESMA, *op. cit.*, p. 30.

Tb. SAINZ MORENO, *op. cit.*, p. 120, alude a esta distinción con los términos «lenguaje legal»/«lenguaje jurídico», como lenguaje en que se expresa el Derecho/lenguaje en el que los juristas hablan del Derecho.

Vid. Tb. CAPELLA, J.R. *El Derecho como lenguaje*, Ariel, Barcelona, 1968.

¹⁴ Con este término o el de expresiones «realizativas», acuñado por Austin, se designan aquellas palabras de la ley por las cuales se crean derechos y obligaciones. Vid. OLIVECRONA, *op. cit.*, p. 38.

¹⁵ BÜHLER, K. «Teoría del Lenguaje», *Revista de Occidente*, S.A., Madrid, 1967, p. 69 y ss.

¹⁶ Warat, que ha estudiado el lenguaje jurídico especialmente desde la óptica de la relación entre derecho e ideología, insiste de forma especial en el aspecto pragmático del lenguaje jurídico con los términos, «descripción, emoción, persuasión», *op. cit.*, p. 38 y ss.

El aspecto pragmático está más estudiado para el lenguaje político, cuyas conclusiones son aplicables en algunos casos al lenguaje jurídico. Vid. A.A.V.V. *El lenguaje político*. I.C.I., Madrid, 1987. Tb. KLAUS, G. *El lenguaje de los políticos*, Anagrama, Barcelona, 1979.

pragmática no nos permiten distinguir el discurso jurídico de otros discursos en los que predomine la misma función, ni, como hemos afirmado antes, serviría para caracterizarlo como una forma especial.

Además de la finalidad del discurso jurídico —razón pragmática— hemos de tener en cuenta la naturaleza del Derecho y de la ciencia jurídica. El Derecho no describe un universo real sino que crea su propio universo, su propia realidad. La ciencia jurídica no se basa como las ciencias experimentales en las categorías de verdad y evidencia y su método demostrativo, sino en las categorías de lo verosímil, lo razonable —dentro de una teoría de los valores— y su método es el argumentativo justificativo¹⁷. Esto impone una organización dialéctica y una estructura determinada, pero tampoco estos aspectos, compartidos con otras disciplinas, nos sirven para encontrar la especificidad del lenguaje jurídico¹⁸.

Por otra parte, la estructura del discurso jurídico, aunque en casos determinados llega a tener un orden fijo y unos elementos obligatorios impuestos por la ley, no es tampoco un factor que sirva para conformar un lenguaje especial; la ordenación responde en su origen a preceptos retóricos dirigidos de forma especial, pero no exclusiva, al discurso forense, para el que se estipulaba el orden lógico de las distintas partes con objeto de conseguir el fin propuesto; muchos de estos preceptos han pasado a ser lugares comunes en un discurso persuasivo, o en un discurso argumentativo, y el tiempo y la tradición han consagrado una estructura característica, más o menos fija, y, hasta en ocasiones, obligatoria, para determinados tipos de discurso forense.

Esto nos permitiría hablar de una disposición característica o de una estructura preceptiva en el discurso jurídico, pero no de un lenguaje especial.

La especialización de la lengua del derecho, como en la generalidad de los lenguajes técnicos, se ha constituido a través del léxico, pero, a diferencia de otras lenguas técnicas, lo que separa a la del derecho del lenguaje común no es sólo la presencia de términos específicos, sino la existencia de una fraseología propia: construcciones arcaizantes, frases formularias, latinismos, perífrasis y otros usos lingüísticos, que, en rigor, no forman parte del derecho como lengua técnica, sino que constituyen rasgos de estilo y es aquí, precisamente, en el estilo jurídico, donde puede producirse, si es que debe producirse, la renovación del lenguaje jurídico. Volveremos, después, por consiguiente, sobre este aspecto.

¹⁷ PERELMAN, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 17.

¹⁸ TITOV, V. «Estudio del estilo científico en español, bases metodológicas», *Estudios humanísticos (Filología)*, n.º 13, 1991, pp. 135 a 144.

3. Formación del léxico jurídico. Tecnificación del lenguaje

3.1. *Léxico especializado*

La creación de un léxico propio en el mundo del derecho ha nacido, por una parte, por la necesidad de dar nombre a conceptos jurídicos, relaciones creadas dentro del derecho, o reguladas por el Derecho. Por otra parte, la especialización de ciertos términos tiene su causa en la vaguedad y ambigüedad de las palabras¹⁹.

La tecnificación léxica lleva aparejada de forma inseparable la definición. No nos ocuparemos aquí de la definición jurídica, cuenta con amplia bibliografía²⁰ y aunque inevitable y profusa en Derecho, que explica así el alcance de los términos que emplea o los dota de contenido, el mecanismo definitorio es algo que entra dentro de toda ciencia.

La formación del léxico jurídico ha sido estudiada con rigor por Sainz Moreno²¹ que distingue dos vías por las que se ha llegado a la especialización de los términos o «al uso jurídico del lenguaje», éstas son la *mutación* en el significado de los términos, y la *creación* de conceptos jurídicos. En la mutación distingue dos clases: la que se produce por la reiterada utilización de un término dentro de los razonamientos jurídicos y su interpretación sistemática, que produce un valor para este término distinto de su significado habitual, y la mutación que se produce por fijación expresa que en Derecho se hace del significado en que se utiliza un término; no se trata de un concepto nuevo, sino de la delimitación del significado que le corresponde en el lenguaje jurídico. La explicación de estos términos tiene una amplia tradición, desde las *verborum significaciones* romanas, pasando por las exposiciones medievales de *nominum legalium*, hasta las actuales definiciones jurídicas.

Debemos tener en cuenta que esta especialización de términos comunes que toman un sentido restringido y propio en el mundo jurídico es, en ocasiones, nueva fuente de ambigüedad, ya que el lenguaje legal emplea a veces, y sin especificar, el vocablo en sus dos acepciones, la común y la técnica²².

¹⁹ ITURRALDE, *op. cit.* pp. 37 a 42, y su extenso repertorio bibliográfico, pp. 68 a 96.

SAINZ MORENO: «La indeterminación de los conceptos», *op. cit.*, pp. 67 a 94.

²⁰ *Ibid.*, p. 105 y ss., Tb. ITURRALDE, *op. cit.*, pp. 49 a 61. Vid. Tb. MARTINO, A.: «Definiciones legales», en WARAT, *op. cit.* pp. 61 a 90.

²¹ *Op. cit.*, p. 103 y ss.

²² ITURRALDE, *op. cit.*, p., 49 reproduce el siguiente texto de Pérez Gonzalez y Algar: «La terminología del Código Civil español es imprecisa y confusa hasta el punto de no poderse seriamente atribuir valor técnico a los términos que emplea». *Notas a Ennenrecus*, t. I, vol. I, p. 583.

La definición, abundantemente estudiada y clasificada, se convierte en instrumento imprescindible, pero no siempre se consigue una precisión tal que evite después discusiones y diferencias interpretativas, y ello se debe (aspecto este apenas mencionado cuando se trata de la definición jurídica) a la dificultad que entraña la definición de ciertos objetos y realidades de la experiencia general, ya que las asociaciones que permiten al hablante la representación mental de un objeto común, se construyen por semejanzas múltiples muy difíciles de precisar; en este sentido Bühler afirma: «Es sabido que, por ejemplo, los juristas tropiezan con considerables dificultades cuando han de indicar conceptualmente con exactitud y sencillez qué es una «casa», un «vehículo», un «accidente», en el sentido de esta o aquella ley. La causa está, según von Kies, en que los grupos de objetos a que están ordenados estos nombres del lenguaje corriente están formados según una semejanza que no se puede fijar con suficiente precisión, según una semejanza múltiple, es decir, no determinada sólo desde un punto de vista único.»²³

A esto se suma el hecho de que, también siguiendo a Bühler, determinados nombres de objetos «...han llegado a tener muchas formas, pero siguen llevando su antiguo nombre de clase» «...y tienen un valor de curso en el lenguaje cotidiano, que no está fijado ni por una etimología todavía viva y sentida ni unívocamente por la ciencia»²⁴.

El segundo camino para la tecnicación del lenguaje jurídico a que antes aludíamos —creación de conceptos jurídicos— consiste en la introducción de términos cuyo significado procede del derecho y no del uso común; para Sainz Moreno, generalmente proceden de elaboraciones doctrinales y después se incorporan a la norma. Incluso éstos guardan cierta relación con el lenguaje ordinario, pues proceden con mayores o menores alteraciones de otros términos previos.

En buena parte tienen su origen en el Derecho romano: *novación*, *evicción*, *pignoración*, *interdicto*, *codicilo*, etc. Algunos proceden del griego: *hipoteca*, *parafernalia*, y de allí pasaron al Derecho romano. No faltan los préstamos de otros idiomas: *cheque*, *déficit*, en el Derecho mercantil. Y en buena parte se obtienen por derivación: bien por medio de sufijos: *dilatoria*, *ejecutoria*, *rogatoria*, *fedatario*, *prestatario*, *moratoria*; o por prefijación: *coautor*, *subsidiario*, *subrogación*, *coheredero*.

También para la fijación de estos conceptos se acude a la definición, aunque en el caso de la utilización de los términos con significado específico se suele señalar únicamente el alcance de dichos términos, y para explicar los conceptos jurídicos se acude a definiciones más complejas.

²³ Bühler, *op. cit.*, p. 333.

²⁴ *Ibid.*, p. 334.

3.2. *Latinismos*

Dentro de la utilización léxica, el Derecho se caracteriza por el frecuente empleo de préstamos latinos sin acomodación formal a la fonética romance: latinismos.

Algunos de estos términos tienen traducción y podría utilizarse la forma romance, pero su poder evocador los mantiene vivos: *ex officio*, *ex novo*, *do ut des*, *erga omnes*, etc.; en otros, su significado jurídico va más allá de la traducción literal y aluden a preceptos o usos consagrados por el Derecho, en ocasiones, con valor universal en el ámbito jurídico: *non bis in idem*, *habeas corpus*, *iura novit curia*, *rebus sic stantibus*.

3.3. *Fórmulas fijas y locuciones propias del Derecho*

El lenguaje jurídico es especialmente formulario. Las locuciones y fórmulas fijas se propagan y si a veces tienen un valor unívoco y reconocido que las justifica, otras resultan arcaizantes y de difícil interpretación. La sujeción a determinadas formas en algunos actos jurídicos y su carácter ritual favorece el mantenimiento de fórmulas y sintagmas fijos. Son especialmente frecuentes en el encabezamiento y cierre de los escritos, órdenes y disposiciones, y están extraordinariamente consolidados a lo largo de todas las diligencias del procedimiento judicial: citaciones, exhortos, notificaciones, etc.

Además de las fórmulas mantenidas por el uso jurídico, existen una serie de redundancias, con sinonimia exagerada que también caracterizan el lenguaje jurídico y adquieren el valor de sintagmas fijos: «armonía y concordia», «residencia y domicilio», «se cita, llama y emplaza», «serán nulos y no surtirán efectos», etc.

4. **El estilo del lenguaje jurídico**

Aparte del léxico técnico, que actúa como elemento diferenciador entre lenguaje común y lenguaje jurídico, suele considerarse que el lenguaje jurídico tiene un estilo propio. Por estilo se entiende una manera característica de expresarse o de actuar. Referido a la expresión lingüística, el estilo lo constituye el uso peculiar de las palabras y las estructuras sintácticas de la lengua. Todos los elementos que intervienen en el lenguaje, desde el nivel fonológico: empleo o repetición de determinados sonidos, énfasis, tono, pausas; pasando por el nivel léxico: los vocablos utilizados, su capacidad evocadora, sus usos metafóricos, su registro culto o coloquial; hasta el nivel sintáctico: estructura de la frase, orden de los

elementos, incisos, contribuyen a la creación del estilo, bien sean rasgos individuales: el estilo de un autor, o rasgos comunes: estilo de una época, o de un tipo de discurso.

Si bien existe una concepción intuitiva generalizada de que hay un estilo jurídico, no resulta fácil extraer los rasgos que caracterizan y diferencian el «estilo jurídico». Sainz Moreno manifiesta: «A pesar de que se habla del estilo del lenguaje jurídico, no está muy claro en qué consiste la peculiaridad de ese estilo, (...) ni tampoco si es impuesto por la naturaleza del Derecho, o si se trata de algo formal, externo, resultado de los gustos de cada época»²⁵.

Distingue este autor distintos estilos jurídicos, relacionados con los distintos tipos de discurso jurídico: el lenguaje de la norma: impersonal, preciso y claro, que responde a la idea de que las leyes no tienen que enseñar ni convencer, sino ordenar breve y claramente. El estilo de las resoluciones judiciales, cuyo carácter decisorio impone un estilo resolutivo y contundente. El de los abogados, cuya finalidad es convencer al juez, es un estilo más personal y con mayor presencia de recursos afectivos, emotivos y evocadores. El de la Literatura jurídica: lenguaje argumentativo de tipo lógico²⁶.

Estos diversos estilos están motivados, como aludimos anteriormente, por los aspectos pragmáticos del discurso jurídico, y las estructuras lingüísticas que los sustentan y caracterizan guardan también relación con ellos y, a la vez, están vinculados a la propia naturaleza del Derecho; así, por ejemplo, el excesivo prurito de razonabilidad lleva a extenderse en frecuentes precisiones, matizaciones, objeciones, incisos y salvedades que dificultan la comprensión del texto. Al afán razonador responden también las frases demasiado largas, con exceso de subordinadas, en las que con frecuencia se pierde el sentido o queda rota la coherencia gramatical, cuando, además, al tratarse, como ocurre a veces, de una redacción colectiva, las sucesivas enmiendas y adiciones alteran la relación gramatical. Al carácter de mandato obedecen el uso de fórmulas, los frecuentes imperativos, los arcaísmos léxicos. Al intento de objetividad, la nominalización²⁷, que se manifiesta en la tendencia del lenguaje legal a sustituir los verbos por sustantivos; al afán de objetividad obedece también la frecuencia de relativos de generalización: «el que hiciere...», «quienes tuvieren...»; las construcciones impersonales: «se cita», «se convoca», «se hace saber», etc.

Pero además de estos aspectos que pueden diferenciar los distintos tipos de discurso jurídico, existen unos rasgos comunes que están presen-

²⁵ SAINZ MORENO, F. *op. cit.*, p. 111.

²⁶ *Ibid.*, pp. 111-115.

²⁷ Véase PRIETO DE PEDRO, J. *Lenguas...*, *op. cit.*, p. 189.

tes en todos ellos: todos estos lenguajes legales participan de un léxico común y de los usos formularios a que nos hemos referido. Están relacionados, además, con las distintas etapas históricas e influidos por los gustos de cada época, aunque en general se muestran conservadores y, en ocasiones, arcaizantes. Por otra parte, la concepción del Derecho propia de la mentalidad de cada época influye también en el uso del lenguaje; a este respecto Sainz Moreno manifiesta: «El lenguaje del Derecho está condicionado por la evolución histórica del pensamiento jurídico y por el estilo de la cultura a la que pertenece. El lenguaje mágico primitivo se transforma en la Edad Media en lenguaje poético, rimado, plástico, lleno de invocaciones religiosas y emotivas... Hoy el lenguaje jurídico, sobre todo el lenguaje legal, es conciso y técnico»²⁸.

5. La razón filológica del lenguaje jurídico

Nos hemos referido hasta ahora a algunos de los rasgos más característicos del lenguaje jurídico, recogidos y expuestos por diversos autores que han descrito este lenguaje técnico. Nos interesa señalar a continuación cuál es el origen de determinadas construcciones o formas que el Derecho emplea y que pueden aparecer en cualquiera de los tipos de lenguaje legal que se han venido distinguiendo. Ante la imposibilidad de recorrerlas todas, exponemos algunas de las más características y alejadas del lenguaje común e incluso inexistentes o excepcionales en el lenguaje literario actual.

5.1. Artículo con valor demostrativo e identificador

Uno de los usos más peculiares de los textos jurídicos, que se prodiga sobre todo en los *Resultandos* de sentencias penales, es el uso del artículo ante nombre propio: «... fecha en la que *el Juan José* fue puesto en libertad, de la que había sido privado el 3 de diciembre del año próximo anterior, es de rigor ante esas resultancias y, por consiguiente, la inocencia *del Julián*, dar lugar a la revisión...»²⁹. Esta asociación, considerada como vulgarismo, o, por lo menos, como un uso familiar³⁰, no encaja a

²⁸ SAINZ MORENO, *op. cit.*, p. 118. En términos muy semejantes se expresa OLIVECRONA, *op. cit.*, p. 59.

²⁹ *Código Penal*, art. 118, Cancelación de antecedentes (Jurisp.), Editorial Aranzadi, Pamplona, 1983. Ejemplos semejantes en pp. 510, 712, 1.112, etc.

³⁰ LAPESA, R. «El sustantivo sin actualizador en español», *Homenaje a A. Rosemblat*, Instituto pedagógico de Caracas, 1972, pp. 289-304. *Idem.*: «Dos estudios sobre la actualización del sustantivo en español, Academia puertorriqueña de la Lengua, t. II (1974) n.º 3-4, p. 51.

primera vista con el tenor general del lenguaje jurídico que corresponde al de lengua culta. No es, efectivamente, en los textos legales un vulgarismo, sino un arcaísmo lingüístico.

El nombre propio con artículo nunca ha estado presente en la lengua literaria —salvo en el caso de los nombres mitológicos: *el Júpiter*, *el Eolo*³¹, que cuentan con antecedentes clásicos latinos— la fórmula ha quedado petrificada en el lenguaje jurídico, precisamente, por la necesidad de identificar y alejar cualquier posible ambigüedad en la designación de persona.

El artículo, categoría lingüística inexistente en latín, se creó en las lenguas romances a partir de un demostrativo (*ille* o *ipse*), que fue perdiendo su capacidad señaladora (espacial o textual), para convertirse en un puro presentador y actualizador del sustantivo³².

Sin embargo, al carácter demostrativo originario parece corresponder el artículo que en los textos legales acompaña a los nombres propios que ya han sido mencionados, y que indica que la persona a la que se alude de nuevo es la misma que apareció antes; así, «el Juan José», «el Julián» quiere decir «este Juan José», «este Julián», obviando de esta forma cualquier vaguedad interpretativa que pudiera darse. Es, por tanto, un artículo identificador, que mantiene la capacidad señaladora del demostrativo que le dio origen, capacidad perdida por el artículo romance.

No resulta fácil, no obstante, encontrar el origen de esta construcción, ni tampoco del artículo ante nombre propio que aparece en el uso vulgar y familiar, del que Rafael Lapesa dice: «complejo y problemático en su origen»³³.

Desde los primeros textos romances sólo los demostrativos aparecen ante nombres propios, ya que «los nombres propios no llevan nunca *el* ni *la* ni en el Cantar de Mio Cid ni en otros muchos textos, como observa Menéndez Pidal»³⁴. Tampoco en los textos latinos correspondientes a diversos archivos eclesiásticos de los siglos IX al XI³⁵ examinados aparece

Para la presencia de artículo hoy ante nombres propios de persona y topónimos, véase: HERNÁNDEZ ALONSO, C.; *Gramática funcional*, Gredos, Madrid, 1984.

³¹ KENISTON, H. *The syntax of Castillian Prose*, The University of Chicago Press, 1937, documento para el español clásico de estos usos y también otros ante nombres propios en la mención de autores italianos: *El Petrarca*, *El Bembo*, pero ninguno que se ajuste a los ejemplos de los textos legales.

³² LAPESA, R. «Del demostrativo al artículo», NRFH, t. XV, 1961, pp. 22 a 44.

³³ LAPESA. «Dos estudios...», *op. cit.*, p. 51.

³⁴ LAPESA. «Del demostrativo...», *op. cit.*, p. 38, Tb. p. 36.

³⁵ No aparece ni en el *Cartulario de San Millán de la Cogolla (759-1076)* ed. de Antonio Ubieto, Valencia, 1976, ni en *Los documentos del Monasterio de Irache*, ed. de C. Saralegui, Diputación Foral de Navarra, 1977; tampoco en *El testamento de Carlos III de Navarra*, Saralegui, Diputación Foral de Navarra, Pamplona, 1971.

nunca *ille*, *illo* o *illa* ante nombre propio de persona (sí algún caso de *iste*, *isti* con inequívoco valor demostrativo), aunque es frecuente ante nombres propios de lugar.

Nos inclinamos a pensar que la construcción jurídica perpetúa, como hemos indicado antes, el uso latino del demostrativo, aunque no podemos precisar el origen de tal construcción, que no aparece documentada en latín clásico más que con nombres mitológicos, y con carácter enfático o ponderativo en frases del tipo «*magno illi Alexandro simillimus*» («aquel Alejandro magno»). Tampoco hemos encontrado referencias en los tratados de latín vulgar, ni aparece en los documentos latinos medievales cotejados³⁶. Para trazar con exactitud su historia sería preciso acudir a la documentación procesal medieval.

5.2. *Futuro de subjuntivo*

Es de todos conocido el abundante empleo que los textos legales hacen de los futuros de subjuntivo (*hiciera*, *tuviera*, *hubiere estado*, etc.). Los futuros de subjuntivo son formas que el lenguaje común ha perdido³⁷, hasta el extremo de que algunos gramáticos proponen que sean eliminadas del sistema de la conjugación española, mientras que otros sostienen que deben mantenerse, precisamente, por su arraigo en el lenguaje jurídico y administrativo³⁸. De ellas se ha llegado a decir: «sólo se conservan en el lenguaje petrificado de los legisladores que siguen el estilo de nuestros inagotables “arbitrios” que tanto y con tanta razón preocupaban a Cervantes»³⁹.

El escaso margen de separación existente entre el futuro de subjuntivo y el presente e imperfecto (*quien haga*, *quien hiciera*, pueden reem-

³⁶ Vid. GRANDGENT. *Introducción al Latín Vulgar*, Madrid, 1928. VÄÄNÄNEM *Introduction au Latín Vulgaire*, París, 1967, Trad. Manuel Carrión, Madrid, 1968. No aparece tampoco en MENÉNDEZ PIDAL, R. *Documentos lingüísticos de España, I. Reino de Castilla*, 1919, ni en *Orígenes del Español*, Espasa-Calpe, Madrid, 1978(8).

³⁷ LOPE BLANCH, J.M. *Observaciones sobre la sintaxis del español hablado*, México, 1949, p. 80; GILI GAYA, S.: *Curso Superior de Sintaxis española*, Vox, Barcelona, 1970, p. 180.

³⁸ HERNÁNDEZ ALONSO, C. *Gramática funcional*, Gredos, Madrid, 1984; LAMIQUIZ, V. *Morfosintaxis estructural del verbo español*, Sevilla, 1972. Los más recientes estudios sobre el funcionamiento del sistema verbal en español actual no recogen ya las formas del futuro de subjuntivo, vid., por ejemplo, BOSQUE, I. (ed); *Tiempo y aspecto en español*, Cátedra, 1990; tampoco incluye estas formas el completo estudio de Rojo sobre el tiempo verbal: «La temporalidad verbal en español», *Verba*, I, 1974, pp. 68-149.

³⁹ CRIADO DE VAL, M. «Lenguaje y cortesanía en el Siglo de Oro español. El Futuro hipotético de subjuntivo y la decadencia del lenguaje cortesano», *Arbor*, XXIII, 1954, pp. 245-257, p. 247.

plazar perfectamente a *quien hiciere*) ha hecho que la sustitución se haya dado de forma tan extensa entre los hablantes. Esta «posición frágil»⁴⁰ en el sistema verbal ha sido un factor decisivo en la extinción de los futuros de subjuntivo, aunque puede haber otros. Se ha relacionado su pérdida, incluso, con la desaparición del lenguaje cortesano; Criado de Val afirma: «La causa verdadera de su decadencia no ha sido, como es corriente en otras formas del lenguaje, la presencia de expresiones similares y competentes. Apenas el imperfecto de subjuntivo ha recogido una pequeña parte de su significado. El resto desapareció junto con las ideas y modos de hablar que sólo en la vida española de los siglos XV y XVI y parte del XVII tuvieron realidad»⁴¹.

Sin desdeñar la influencia que pueda haber tenido como elemento coadyuvante la desaparición del lenguaje caballeresco y cortesano, el mantenimiento de esta forma en el lenguaje jurídico y sobre todo su frecuencia hemos de basarlas en razones fundamentalmente lingüísticas.

El conservadurismo del lenguaje jurídico explica suficientemente el mantenimiento de los futuros de subjuntivo. Su difusión obedece a que el futuro de subjuntivo, en épocas en que conservaba su vitalidad, estaba ligado a unas construcciones específicas⁴²: condicionales llamadas contingentes-probables, relativos de generalización, y temporales de carácter eventual. El matiz específico de estas condicionales, en las que si se cumple la condición el resultado es inexorable⁴³ («si tuviere... dará»), los relativos sin antecedente de carácter general («quien hiciere...», «el que tuviere...») y las temporales hipotéticas («cuando, mientras estuviere...»), son formas estrechamente ligadas al lenguaje de la Norma, por el distanciamiento y objetividad, por un lado, y la contundencia, por otro, en el caso de las condicionales, en que se inserta su discurso. No es de extrañar, por tanto, su arraigo, aunque han perdido el frágil matiz que las separaba de las formas del presente de subjuntivo y del imperfecto en estas mismas construcciones, en las que el futuro comportaba una mayor eventualidad.

⁴⁰ Véase LORENZO, E. «Un nuevo planteamiento del estudio del verbo español», Presente y futuro de la lengua española, t. I., OFINES, Madrid, 1963, pp. 417-478. ALARCOS LLORACH, E.: «Otra vez sobre el sistema verbal español», *Homenaje al Profesor Rodríguez Moñino*, Madrid, 1975, pp. 2-26. LORENZO, E. *El español de hoy, lengua en ebullición*, Gredos, Madrid, 1980, pp. 153-158. Para los aspectos históricos: VEIGA, A.: «La sustitución del futuro de subjuntivo en la diacronía del verbo español», *Verba*, 16, 1989, pp. 257-338. LUQUET, G.: «Sobre la desaparición del futuro de subjuntivo en la lengua hablada de principios del s. XVI», *Primer Congreso Internacional de Historia de la Lengua Española*, Madrid, 1988, pp. 508-514.

⁴¹ CRIADO DE VAL, *op. cit.* p. 5.

⁴² LAPESA, R. «Sobre el uso de modos y tiempos en suboraciones de acción futura o contingente», *Symbolae L. Mitxelena Oblatae*, Salamanca-Vitoria, 1985.

⁴³ MARCOS MARIN, F. «Observaciones sobre las construcciones condicionales en la historia de la lengua española», *NRFH*, XXVIII, 1979, pp. 86-105.

A pesar de la pérdida de funcionalidad en el sistema actual, es difícil responder a la cuestión de si deben o no sustituirse. Hoy no aportan nada a la comprensión del texto y su desaparición supondría un acercamiento al lenguaje común, pero no hay nada, salvo este alejamiento del lenguaje habitual, que obligue a la sustitución de formas tan arraigadas en el lenguaje jurídico. A este respecto, sin embargo, Prieto de Pedro manifiesta: «Así, frente al estilo anacrónico del artículo 406 del Código Penal (*es reo de asesinato el que matare a una persona concurriendo alguna de las circunstancias siguientes*), sería más natural esta otra redacción: *comete asesinato el que mate a una persona...*»⁴⁴, con todo, no constituyen, a nuestro parecer, ninguno de los peores «vicios» del lenguaje jurídico, y su tradición e inteligibilidad puede justificarlas.

5.3. Repetición de términos

Hemos aludido antes (3.3) a la tendencia del lenguaje legal a la repetición de términos prácticamente sinónimos.

La repetición sinonímica es algo vivo en el habla de todas las épocas y muchas veces el énfasis, el encarecimiento, o la claridad la justifica. Ahora bien, el uso insistente en el lenguaje legal constituye un rasgo de estilo que conviene analizar. Lo característico de la repetición jurídica no es muchas veces la duplicación intencional de un término, sino la conversión de las parejas de palabras en sintagmas fijos, formularios, que se utilizan de forma automática; existe, además, una tendencia general a la duplicación de términos en proporciones inusuales en otros tipos de discurso.

En un esclarecedor trabajo, Dámaso Alonso estudia el uso literario que de la repetición se ha hecho en las distintas épocas y su relación con la norma estética de cada período. En la prosa renacentista, por ejemplo, estas construcciones, elaboradas de forma literaria dotan a la expresión de «decoro, armonía, gravedad, reposo». Ayudan a la configuración del característico discurso clásico, que este autor describe como «un movimiento contrabalanceado con el que la frase equilibradamente se expande, es una dualidad general en la expresión renacentista (en prosa o verso), también con antecedentes en la prosa medieval»⁴⁵.

Independientemente de las posibilidades estéticas que la repetición pueda brindar, la repetición jurídica obedece primordialmente al afán de precisión y entronca, así, con la repetición medieval, fruto del di-

⁴⁴ PRIETO DE PEDRO. *Lenguas...*, op. cit., p. 188.

⁴⁵ ALONSO, D. y BOUSOÑO, C. *Seis calas en la expresión literaria española*, Gredos, Madrid, 1970.

dactismo imperante en la época y del ideal retórico de la amplificación⁴⁶, que produce esa prosa reiterativa y poco ágil, propia de los textos medievales.

El propio Alfonso X, en la segunda versión del *Libro de la octava Esfera*, «tolló las razones que entendió eran sobejanas et dobladas»⁴⁷, consciente de que la repetición excesiva entorpece el ritmo del discurso. Y, siglos después, Fray Luis de León, maestro de la naturalidad y selección, hizo lo propio con *Los nombres de Cristo*, suprimiendo en la edición de 1587 muchas parejas de sinónimos que aparecían en la de 1583.

Sin negar la oportunidad de determinadas repeticiones aclaradoras o enfáticas del discurso forense, se hace necesario evitar su abuso y, especialmente, el empleo inconsciente de emparejamientos que no añaden nada al texto, se vacían de contenido al reproducirse mecánicamente y contribuyen a alargar las frases de un discurso, que por su propio carácter, tiende a la extensión del período.

5.4. Construcciones temporales con participio + que

Todavía podemos leer con frecuencia en los textos y formularios legales frases como: «firme que sea esta resolución...», «recibido que lo haya...»⁴⁸, etc.; se trata de construcciones ausentes desde hace muchos siglos del español general, aunque frecuentes en la lengua clásica para la expresión de circunstancias de tiempo.

Estas construcciones, al igual que otras hoy desaparecidas, ofrecen dificultades en su interpretación, pues los estudios especializados sobre el español actual no las recogen⁴⁹, y en los estudios históricos sólo encontramos referencias muy escuetas, en el caso de que las mencionen. La RAE estima que estas frases se han producido por un cruce entre las de participio con adverbio o preposición, del tipo «después de terminado», «luego de...» y las adjetivas como «Alvaro Mendoza, gobernador que fue...», que a su vez provendría de «Alvaro Mendoza, que fue gobernador de...», construcción con el relativo desplazado («Gobernador que

⁴⁶ MENÉNDEZ PIDAL, R. «De Alfonso a los dos Juanes. Auge y culminación del didactismo», en *Sherta Philologica in honorem R. Lapesa*, t. I., Madrid, 1972, pp. 63-83.

⁴⁷ Prólogo al *Libro de la octava Esfera*, citado a través de G. SOLALINDE; «Intervención de Alfonso X en la redacción de sus obras», *RFH*, t. II, 1915.

⁴⁸ Aparecen profusamente en Los Formularios judiciales publicados por la Consejería del Gobierno Vasco, a pesar del intento de renovación lingüística con que se emprendió su elaboración; Audiencias provinciales; *Colección de Documentos*, Departamento de Presidencia, Justicia y Desarrollo, Vitoria-Gasteiz, 1990.

⁴⁹ Véase, por ejemplo, una de las más recientes monografías sobre el relativo: Aletá Alcuierre; *Estudios sobre las oraciones de relativo*, Universidad de Zaragoza, 1990.

fue...»), que cuenta con un claro antecedente en las construcciones latinas como «*Olympias, mater quae fuerat Alexandri*»⁵⁰.

Gili Gaya estima, por el contrario, que las construcciones temporales del tipo de las que aparecen en el lenguaje jurídico, proceden de un cruce entre las temporales con participio, «después de», «luego de», y aquellas otras en las que el adverbio se une a un *que* anunciativo: «después que», «luego que», y estima que esta construcción se ha propagado a sustantivos en aposición: «Alvaro Mendoza, gobernador que fue...»⁵¹.

Keniston, en su estudio sobre el español clásico, documenta ampliamente ambos tipos: Cónsul que fue...; Adelantado que fue...; Duque que es hoy de..., etc., y también las temporales: *llegado que hubo...*, *librada que fui de...*, *recebida que hube tu carta...*, etc., y considera estas últimas también como construcciones de relativo, con el orden invertido⁵²; mientras que César Hernández Alonso⁵³ no considera relativo el *que* de las construcciones temporales.

Claramente relativa es la forma *que* presente en las construcciones del tipo *gobernador que fue* y muy dudosa la categoría que pueda corresponder a las otras, cualquiera que sea su origen, que muy bien puede estar en las de relativo desplazado, como afirma la Academia, ya que son numerosos los casos de transformación en la historia del español de pronombres relativos en meros elementos conjuntivos por pérdida de su capacidad referencial.

Lo que nos interesa señalar a los efectos del presente estudio es que son muchos los procedimientos para expresar las circunstancias temporales de que dispone el español actual y nada justifica el mantenimiento de estos arcaísmos, que subsistieron en forma esporádica y exclusivamente en la lengua literaria hasta el siglo XIX, y aunque pueden aparecer posteriormente de forma residual, son ajenos a la lengua actual, están lejos de las posibilidades funcionales vigentes del relativo y difícilmente encajan en las de la conjunción *que*.

5.5. *Formas no personales del verbo*

Las gramáticas, incluso las que no son normativas, contienen extensas referencias al empleo de las formas no personales del verbo, por ser una de las mayores fuentes de usos incorrectos en español.

⁵⁰ RAE, *Esbozo de una nueva Gramática de la Lengua Española*, Madrid, Espasa Calpe, 1970

⁵¹ GILI GAYA, S. *Curso...*, *op. cit.*, p. 202.

⁵² KENISTON; *op. cit.*, p. 173 y 174.

⁵³ HERNÁNDEZ ALONSO, C. «El *que* español», *RFE*, t. I, 1967, pp. 267-271, p. 271.

Las gramáticas normativas y prescriptivas censuran determinadas construcciones, y otras, al analizar las posibilidades funcionales que en español tienen infinitivo, gerundio y participio, recogen diversas construcciones que se apartan de estas posibilidades funcionales.

Vamos a limitarnos aquí al uso del gerundio, por la profusión con la que el lenguaje jurídico y administrativo suele emplearlo, hasta el extremo de que a determinadas construcciones, consideradas incorrectas, se las ha denominado como de «gerundio administrativo» o «gerundio del BOE».

El examen del lenguaje legal revela la abundancia de dos construcciones de gerundio que entran dentro de los usos considerados incorrectos, aparte de otras de dudosa corrección, pero para las que las gramáticas se muestran más tolerantes por su aparición incluso en el lenguaje literario. Nos ceñiremos al denominado «gerundio de posterioridad» y al «gerundio del BOE».

El gerundio de posterioridad es aquél que contiene una acción temporalmente posterior a la del verbo del que depende, empleo considerado impropio ya que la acción del gerundio debe coincidir temporalmente con la del verbo rector o ser anterior a ésta. El gerundio, como forma no personal del verbo, tiene muy limitadas las capacidades verbales, por lo que carece de la posibilidad de situar un acontecimiento en la línea del tiempo, y necesita insertarse en la órbita temporal de un verbo conjugado o señalar una acción anterior a la de éste; resultan así censurables construcciones como: «el ladrón *consiguió huir, siendo detenido* horas después por la policía»⁵⁴, por el evidente distanciamiento temporal entre las dos acciones, que viene definido por la secuencia «horas después», y por la propia interpretación lógica del texto, que subsana muchas veces la incongruencia gramatical.

Algunos gramáticos se muestran tolerantes con determinadas construcciones de posterioridad, mientras que otros las censuran tajantemente. Una posición equilibrada, suscrita por buena parte de la gramática actual⁵⁵, es aquélla que admite —con una mayor flexibilidad sobre la coexistencia temporal y lógica que el gerundio puede expresar acciones que no se superpongan estrictamente a la del verbo rector, siempre que exista una trabazón lógica suficiente entre las dos acciones que les per-

⁵⁴ El ejemplo es de GILI GAYA, *op. cit.*, p. 193.

⁵⁵ BOUZET, J. «Le Gerondif espagnol dit de posteriorité», B. Hispanique, t. I, 1953, pp. 287-295.

BADIA Margarit. «El gerundio de posterioridad», Presente y Futuro de la lengua española, t. II, 1964, pp. 287-295.

BOBES NAVES, C. «Sistema, norma y uso del gerundio castellano», REL, 1975, pp. 1-34.

MOLHO, M. *Sistemática del verbo español*, Madrid, 1975, p. 694 y ss.

mita constituir una representación global de un acontecimiento, aunque no sean en rigor concomitantes, de donde resultarían perfectamente admisibles frases como «salió dando un portazo», e incluso otras como «se vistió, saliendo fuera para...», que algunos gramáticos rechazarían teniendo en cuenta que literalmente lo que esta frase expresa es «se vistió mientras salía fuera». No obstante, cuando la distancia temporal entre verbo conjugado y gerundio es evidente, la construcción de gerundio resulta inadecuada y debe sustituirse por un verbo conjugado en coordinación con el anterior: «El ladrón consiguió huir, (pero, aunque, y) fue detenido horas después.»

Sin pecar de puristas, hemos de observar que el gerundio de posterioridad que aparece con frecuencia en los textos legales es inadecuado y puede, incluso, producir ambigüedad. En parte su uso está motivado por la tendencia muy extendida a sustituir los verbos conjugados por gerundios como procedimiento para englobar en una sola frase varias acciones y evitar así una mayor extensión del período, procedimiento que cuenta con respaldo retórico al servicio de la *brevitas*; por otra parte el lenguaje legal tiende a usar mucho esta forma verbal al resultar útil para describir toda clase de hechos concomitantes con una acción determinada⁵⁶, en cuyo caso resulta adecuado, aunque puede provocar un efecto de monotonía.

El problema surge cuando —especialmente en pasajes narrativos, como los que contienen los «resultandos» de las sentencias— las acciones que representan secuencias temporalmente sucesivas se expresan con gerundios, convirtiéndose así en simultáneas, con lo que, aunque no siempre se comprometa el sentido del texto, resulta una expresión poco correcta, además de «sumamente innelegante»⁵⁷, en palabras de uno de los autores más tolerantes con este tipo de construcciones. Veamos el siguiente fragmento, a título de ejemplo: «... empuñó una pistola Star..., cuyo estado de funcionamiento se desconoce, y con la que le golpeó, causándole lesiones leves, para seguidamente, con ánimo de matar, a corta distancia, apuntar a su cuñado, *accionando* por dos veces el gatillo del arma, *oyéndose* los chasquidos, sin que se disparase el arma por tener el seguro puesto, *saliendo huyendo después*, al intervenir terceras personas, y *tirando* el arma al agua del puerto, sin que la misma se recuperase; *surgiendo* una inidoneidad de medios relativos...»⁵⁸.

⁵⁶ La acumulación de gerundios es muy frecuente en autores preclásicos y clásicos, vid. LIDA DE MALKIEL, M.R.; *Juan de Mena, poeta del prerrenacimiento español*, F.C.E., Méjico, 190.

DE LOS MOZOS, S. «¿Es arabismo sintáctico el gerundio de posterioridad?», *REL*, año 4, t. 2, 1974, pp. 375-389.

⁵⁷ MOLHO, *op. cit.*, p. 702.

⁵⁸ Aranzadi, *Código Penal*, artículo 407, Homicidio (tentativa), *op. cit.*, p. 791. Ejemplos semejantes en artículo 500, p. 1.095; artículo 516, p. 1.127; artículo 14. . 213, etc.

El gerundio llamado del BOE⁵⁹ recibe una unánime censura en los tratados gramaticales, aunque, como también se afirma en uno de los estudios más relevantes sobre estas formas verbales «el uso lo mantiene por su eficacia como mensaje»⁶⁰; se trata de gerundios adyacentes del sujeto o del CD de una oración, con carácter especificativo o restrictivo, como si de un adjetivo se tratase; son ejemplos tales como «Se ha aprobado una ley regulando las tarifas aduaneras», «Se ha publicado un decreto nombrado director a...»; estos casos deben sustituirse por una proposición de relativo: «ley que regula», «decreto que nombra...». No es fácil en los límites y con las pretensiones de este trabajo aportar una explicación breve y comprensible de la causa de su incorrección, pero, resumiendo mucho la teoría gramatical al respecto, podríamos decir que la incorrección radica en que el gerundio no puede funcionar como un adjetivo especificativo del sujeto —sí puede hacerlo como explicativo, separado siempre por comas— y tampoco puede aparecer junto a un CD cuando no evoca una acción en curso, razón por la que resulta inadecuada una frase como la siguiente: «han traído una caja *conteniendo* libros», por más que el uso nos haya familiarizado con estas construcciones. Los únicos gerundios que permiten construcciones especificativas del sujeto son *ardiendo* e *hirviendo* porque han evolucionado históricamente hasta adquirir capacidades plenamente adjetivas.

Sin entrar en otras construcciones con formas no personales del verbo que pueden presentar problemas, creemos que el lenguaje legal debiera evitar las dos señaladas para mantenerse en su rango de lengua culta, como también debería evitar la acumulación de gerundios, que, aun usados correctamente, configuran una estructuración de frases alejada del uso común actual, aunque tuvieron gran vigencia en otras etapas históricas.

6. Renovación del lenguaje jurídico

Muchos son sin duda los factores que contribuyen a la fijación y estancamiento del lenguaje jurídico, algunas de cuyas manifestaciones acabamos de examinar: carácter ritual del Derecho, necesidad de sujetarse a procedimientos fijos para que surtan efectos los actos jurídicos; incluso, la naturaleza propia del derecho, que impone un método dialéctico determinado, puede contribuir también a la inmovilización del lenguaje, ya

⁵⁹ R.A.E, *Esbozo, op. cit.*, p. 491. GÓMEZ TORREGO, L. *Manual de español correcto*, Arco-libros, Madrid, 1994, p. 204.

⁶⁰ BOBES, *op. cit.*, p. 16

que la argumentación se encuentra apoyada por el principio retórico de la *tradictio*. Además, la garantía interpretativa de frases consagradas por el uso jurídico evita las posibles ambigüedades o dificultades de interpretación que supondría un lenguaje renovado y creativo. Todos estos aspectos, y tal vez otros, explican la inmovilización del lenguaje del Derecho, pero aun así pensamos que no debieran mantenerse construcciones que están fuera del uso correcto del español actual y que no tienen interpretación cabal fuera del mundo jurídico, cuando nada hay en estas construcciones que sea específico del Derecho, sino que son fósiles lingüísticos, restos de construcciones arcaicas que fueron comunes en pasadas etapas del español general, para las que la lengua ha encontrado adecuada sustitución.

Esta renovación⁶¹ viene apoyada por la general coincidencia en admitir que el lenguaje jurídico no debe ser oscuro, más allá, al menos, de la inevitable dificultad que sus aspectos técnicos ofrecen al profano, e, incluso, desde algunas Administraciones de Justicia⁶² se ha emprendido la reforma de sus formularios de trámite, con dudoso acierto en algunas redacciones, aunque, sin duda, representa una agilización del lenguaje y un acercamiento al habla común respecto de los anteriores.

No hay que olvidar, no obstante, que la renovación del lenguaje jurídico no es solamente una cuestión lingüística, ya que, si múltiples son las vertientes que se manifiestan en el acto comunicativo: factores psicológicos, pragmáticos, etc., múltiples son también las implicaciones de una remodelación lingüística; al respecto, dice Warat: «La disputa acerca del modelo lingüístico correspondiente al Derecho, encierra en el fondo una divergencia entre los sostenedores del orden existente frente a los que luchan para que el Derecho sea el camino hacia las transformaciones profundas.»

Si abordamos el problema desde un punto de vista estrictamente lingüístico, parece que es imprescindible una renovación del estilo jurídico, que, además, está sujeto por la propia Norma a la inteligibilidad⁶³; renovación que no compromete su carácter de lengua técnica, pues se refiere al léxico no especializado y, sobre todo, a la sintaxis. Esta necesaria renovación compete, como usuarios y creadores de esta forma especial de lenguaje, a los juristas, pero no puede hacerse sin el apoyo y el asesora-

⁶¹ Prácticamente todas las obras citadas sobre el lenguaje jurídico abogan explícitamente por la necesidad de renovación del lenguaje legal, véase especialmente: *La calidad de las leyes*, *op. cit.*, y PRIETO DE PEDRO, *ops. cit.*

⁶² *Vid. supra.* p. 26, n.º 48.

⁶³ *Código Civil*, Título preliminar, artículo 3; *Ley de Enjuiciamiento Civil*, libro I, título VIII, sec. I y II.

miento de la ciencia lingüística y sin la conciencia de la importancia del lenguaje en la configuración y trasmisión del universo creado por el Derecho.

Es preciso, además, acoger la convicción de que la buena ciencia jurídica no necesita para su rigor conceptual de la mayor parte de esos aspectos que configuran el llamado «estilo jurídico» y de que la necesaria tecnificación del lenguaje del Derecho no debe ser producto de la reproducción de muletillas ininteligibles, de la sustitución de los términos comunes por palabras rebuscadas, del abuso de latinismos innecesarios, de los largos períodos en la construcción de la frase, de la alteración del orden de las palabras, o de las construcciones arcaizantes; sino del empleo de los términos precisos y adecuados, del uso de las palabras específicas cuando sean necesarias, del empleo ajustado de los términos latinos cuando su rigor descriptivo y evocador los reclame, del valor unívoco que se confiera a los vocablos, de la prudente utilización de palabras o frases consagradas por el uso jurídico, y de la construcción sintáctica ajustada, ordenada, clara y carente de ambigüedad.

ARRENDAMIENTOS INCLUIDOS Y EXCLUIDOS DE LA LEY 29/94

José Manuel Fernández Hierro

La Ley 29/94 contiene una nueva regulación, largo tiempo esperada, de los arrendamientos urbanos en una Ley que, en líneas generales, proroga por unos años más —o bastantes, según los casos— el régimen legal contenido en el texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos para los ya concertados, e instaura uno nuevo para los sucesivos, con menores dosis de intervencionismo y una vuelta, siquiera parcial, a los principios contenidos en el Código Civil.

Partiendo de tales premisas el primer interrogante que se plantea es el de saber el ámbito de aplicación de la Ley, es decir, a qué arrendamientos se aplica.

Concepto de arrendamiento y diferenciación de otras figuras

La Ley 29/94 no define en modo alguno el concepto de arrendamiento.

El Derecho Romano lo calificó como un contrato natural¹ y semejante a la compraventa² en la que el contrato queda perfeccionado cuando hubiera convenio sobre el alquiler y la cosa; agrupando dentro del mismo tres clases distintas —*locatio conductio rei*, *locatio conductio operis* y *locatio conductio operarum*— que han pasado, a pesar de las críticas doctrinales, al articulado del Código Civil.

Según Vallet de Goytisolo el arrendamiento se configura clásicamente³:

«1.º) Por corresponder a un contrato conmutativo de tracto continuado y, por lo tanto, teóricamente al menos, con equivalencia de prestacio-

¹ *Digesto*, 19-2-1.

² *Digesto*, 19-2-2.

³ *Estudios sobre Derecho de Cosas y Garantías Reales*. Barcelona, 1962, p. 181.

nes; y, 2.º) Por el principio de la ley *Emptorem*, *emptor non tenetur stare colonos, venta quita renta*, ordenado por razones teleológicas, si bien en derecho común fueron exceptuados de esta regla los arrendamientos a largo plazo y algunos otros supuestos.»

Para las Partidas:

«E arrendamiento según el lenguaje de España: es arrendar heredamiento, o almozerifadgo: o alguna otra cosa: por renta cierta, que den por ella. E aun ha otra manera, a que dizen en latín *afletamiento*: que pertenece tan solamente a los logueros de los nauios.»⁴

No obstante hay que señalar que el arrendamiento de inmuebles no tuvo una gran transcendencia ni en tiempos de Roma, en que los terrenos e inmuebles arrendados no eran excesivos, ni en la Edad Media, en la cual se usó de otras figuras jurídicas basadas en la desmembración del dominio como la enfiteusis y los censos, por eso puede decirse que el auge del contrato de arrendamiento no se produce hasta muy entrada la edad moderna, casi podríamos decir hasta la época de la Ilustración, e incluso de la codificación, cuando desaparecen definitivamente los derechos señoriales⁵. Es figura en auge durante el siglo pasado y el presente, si bien no se ha librado de críticas al hacerse ver por algunos sectores desde un enfoque crítico que «en el arrendamiento de cosas el propietario de ellas se lucra, a través de una renta o canon, del trabajo de quien, efectivamente con su personal esfuerzo lleva a cabo la explotación»⁶.

El Código Civil no recoge una definición general de contrato de arrendamiento ya que el artículo 1.542 sólo indica que el arrendamiento puede ser de cosas o de obras y servicios pero no concreta que debe entenderse por tal.

El artículo 1.543 del mismo cuerpo legal así lo contiene pero sólo referido al arrendamiento de cosas:

«En el arrendamiento de cosas, una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto.»

⁴ Ley 1.ª, Título VIII, 5.ª Partida.

⁵ Aunque por supuesto existen arrendamientos a lo largo de la Edad Media e incluso arrendamientos concertados a perpetuidad. Véase B. SCHAFER: «*Les baux á vie (X^e au XVI^e siècle)*», en *Rev. hist. de droit français et étranger* 1957, pp. 347-375. Puede verse también ROBERT FOSSIE: *La influencia de Europa-Aspectos económicos y sociales*, tomo II, pp. 552 y sig. Barcelona, 1984.

⁶ COSSIO: *Instituciones de Derecho Civil*, tomo I, Madrid 1975, pp. 378 y sigs.

El artículo —que se inspira en el Código francés, concretamente en su artículo 1.709⁷, y también en la línea tradicional del Derecho Romano— se basaba en que el arrendamiento se trata de un contrato consensual, como la compraventa, y en virtud del mismo se produce la obligación —no la entrega— de entregar una cosa o servicio.

Las características específicas del arrendamiento son dos:

1.^a Que lo que se transmite no es la cosa en sí, sino un derecho de goce sobre la misma. Es la distinción fundamental del arrendamiento con la compraventa, ya que en el arrendamiento, al revés que en aquélla, el arrendador sigue manteniendo la titularidad dominical sobre el bien arrendado.

Ciertamente ha habido y hay unas figuras jurídicas destinadas a transmitir el uso de una cosa sin transmisión de dominio: en tal línea se encuentran los derechos de usufructo, uso y habitación, regulados en el título VI del libro II del Código Civil (arts. 467 a 522, el usufructo, y arts. 523 a 529 el uso y la habitación).

Tales derechos se encuadran en el Código, dentro del libro II dedicado a los bienes de la propiedad y sus modificaciones por lo que, tradicionalmente, han sido reconocidos como derechos reales, mientras que el arrendamiento, al menos el no inscrito, se ha considerado como derecho personal viniendo regulado en el Código Civil, en el libro III, relativo a los modos de adquirir la propiedad igual que el contrato de compraventa.

No obstante lo cual, hay que reconocer que los derechos aludidos de usufructo uso y habitación confieren, todos ellos y en distinta medida, un derecho de goce sobre la cosa objeto del mismo, aun cuando no tengan otras características específicas del arrendamiento, como es la del pago de la renta; pero también existen dentro del título IV del Código Civil otros contratos traslativos del goce sobre cosa ajena como el censo enfiteútico (arts. 1.605 y 1.628 a 1.656 del Código Civil) que en otro tiempo fueron los más utilizados para la cesión del goce de bienes ajenos y que hoy han caído prácticamente en un total desuso: la razón pudiera estar no sólo en el resabio que conlleva de regímenes señoriales superados, sino en los mayores requisitos (escritura pública: art. 1.628) que se exige para su constitución, así como y fundamentalmente en su vocación de indefinición, y en la no previsibilidad de la actualización del canon y finalmente en otras normas que lo hacen poco ágil, ya que si no fuera por tales in-

⁷ Le louage des choses est un contrat, par lequel l'une des parties s'oblige á faie jouir l'aute d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer.

convenientes podría ser otro medio de conseguir la transmisión del goce de una finca.

El Tribunal Supremo ha señalado:

«... doctrinalmente y habida consideración a los antecedentes de la enfiteusis, con relación al Derecho romano y a las leyes de Partidas, la Audiencia de Albacete ha podido afirmar que un arrendamiento perpetuo equivale a un verdadero contrato de censo enfiteútico, sin que las leyes invocadas en el primer motivo del recurso contradigan la doctrina expuesta, ya que las diferencias sustanciales que entre arrendamiento y enfiteusis existen por la diversidad de derechos y obligaciones que producen, desaparecen cuando a aquéllos atribuye un carácter de perpetuidad incompatible con la esencia del expresado contrato, lo cual no quiere decir que no mantengan dicho carácter en los indefinidos o celebrados con la limitación de una o más generaciones, porque en tal supuesto el arrendador conserva la integridad de todos sus derechos para poder recobrar en determinado día o momento la finca arrendada.» (S. 11 de febrero de 1908)⁸

En cuanto al derecho de habitación el Tribunal Supremo ha puntualizado:

«... no puede inferirse, mientras otra cosa no conste, que se establezca un derecho real de habitación» ... «ya que tal nacimiento requiere un acto expreso y más o menos solemne, cuya realidad tendrá que probar quien lo alegue: la cesión del uso y disfrute de una vivienda, a un familiar muy allegado, sin señalamiento y exigencia de renta o merced, se entiende siempre que es constitutiva de un simple precario.» (S. 30 de noviembre de 1964)⁹

Sobre el derecho de superficie señala el Tribunal Supremo:

«... sin salirse del sentido literal del documento-contrato, se ha de significar que en éste se dice que se concede en arrendamiento una parcela de terreno con la extensión que allí se consigna con el fin de construir almacenes, y quizá talleres, garaje y vivienda para una familia; que se autoriza al cesionario para levantar construcciones sobre obras de fábrica preexistentes, así como para la venta de los edificios que construya con la sola condición de hacer constar en la escritura de transmisión que el terreno en que están alzados los edificios es propiedad de la parte cedente, datos que por su expresión gramatical y sin ayuda de ningún juicio investigativo de la intención de las partes, ponen de manifiesto que al cesionario se le atri-

⁸ C.L., p. 344.

⁹ Ar. 5.552.

buya derecho de dominio sobre lo edificado (peculiaridad del derecho de superficie) aparte del de arrendamiento del suelo sobre el que únicamente recae el canon arrendaticio que como contraprestación se estipula, es decir, que se introduce o adhiere un pacto de naturaleza jurídica distinta al arrendamiento.»¹⁰

Por tanto el Tribunal Supremo distingue fundamentalmente el arrendamiento del censo enfitéutico por la duración perpetua del censo, del derecho real de habitación por su necesidad de escritura pública en que conste expresamente tal pacto, y del derecho de superficie porque en este el cesionario hace suyo lo edificado.

2.^a La segunda característica del arrendamiento es la temporalidad, característica que, como hemos visto, es tan importante que ha servido al Tribunal Supremo para diferenciar al arrendamiento el censo enfitéutico. Tiempo determinado indica el artículo 1.543, y que de manera supletoria resulta del artículo 1.581-1.º del Código Civil cuando precisa que «Si no se hubiese fijado plazo al arrendamiento, se entiende hecho por años cuando se ha fijado un alquiler anual, por meses cuando es mensual, por días cuando es diario».

El tiempo determinado es una de las características del arrendamiento¹¹ y como señalan Díez Picazo y Gullón¹² está en consonancia con la línea actual de extenderlo incluso al ámbito de la legislación protectora de arrendamientos urbanos, y es lo que puede diferenciar al arrendamiento del censo que tiene, como se ha señalado antes, vocación de atemporalidad o mejor dicho, de duración indefinida.

Otro requisito esencial del arrendamiento según el artículo 1.543 es el precio cierto, de tal forma que la falta de determinación de la renta debería en puridad arrastrar la nulidad del contrato, en conformidad con lo que dispone el artículo 1.262 del Código Civil, y que ha servido para diferenciar el arrendamiento del contrato de sociedad en el que se participa aportando un local a cambio de beneficios y pérdidas según ha señalado el Tribunal Supremo¹³.

Las características de dicho contrato han sido, según ha interpretado la doctrina la de constituir un contrato consensual, bilateral, conmutativo, oneroso, traslativo del goce y temporal.

¹⁰ S. 5 de enero de 1967, artículo 73.

¹¹ La jurisprudencia francesa no ha admitido los arrendamientos perpetuos. Civ. 16-XII-53, D. 1953, Somm. 41.

¹² «Sistema de Derecho Civil», tomo II, Madrid, 1976, p. 363.

¹³ Ss., 18 de abril de 1969, artículo 2.181 y 17 de diciembre de 1960, artículo 3.803. En cambio la jurisprudencia francesa de que la renta puede ser fijada en función de los ingresos o beneficios tenidos en el local arrendado, Req. 28-VI-24, D.H. 1924, 491.

Transcribimos tales características tal y como son recogidas por Al-bacar López¹⁴:

«A) Ser un contrato consensual, en cuanto se perfecciona por el simple consentimiento de las partes sobre los elementos que lo integran: la cosa, el precio y el tiempo, sin que sea necesaria para la perfección del contrato la entrega de la cosa locada.

B) Ser un contrato bilateral, por cuanto del mismo se desprenden obligaciones correlativas o recíprocas en favor y en contra de uno y otro de los contratantes.

C) Ostentar carácter claramente oneroso, ya que la cesión del uso de la cosa que opera el arrendador en favor del arrendatario tiene lugar en contemplación de una contraprestación o precio, cuya inexistencia desnaturaliza el contrato, convirtiéndolo en comodato.

D) Tiene carácter conmutativo, dado que la perspectiva de una ventaja patrimonial ofrecida por cada uno de los contratantes al otro permite su conceptualización como contrato aleatorio, lo que no impide que el alea pueda excepcionalmente aparecer en algunos supuestos en los que la renta se establece en función del rendimiento de la cosa arrendada.

E) Es un contrato traslativo, no del dominio, que sigue en poder del dueño de la cosa, sino del uso o goce, que pasa al arrendatario, quien adquiere así una posesión inmediata de la misma, sin que ello obste a la posesión mediata que puede corresponder al arrendador.

F) Tiene carácter eminentemente temporal, en cuanto la cosa se cede «por un tiempo determinado», tiempo que debe ser fijado por las partes, hasta el punto de que, si así no fuera, el artículo 1.581 del Código Civil da normas para su fijación subsidiaria, entendiéndose hecho por años cuando se ha fijado un alquiler anual, por meses cuando es mensual y por días cuando es diario. La jurisprudencia del TS ha resaltado este carácter temporal del contrato de arrendamiento, significando que la circunstancia de su perpetuidad no se aviene ni conforma con las condiciones intrínsecas de dicho contrato, significando un obstáculo legal insuperable para que el dueño y propietario pueda recobrar la posesión y aprovechamiento directo de la cosa cedida.

G) Finalmente, y de manera usual, la contraprestación por el uso de la cosa se pacta en función del tiempo de duración del mismo, si bien, y como ya hemos visto, esto no es esencial, pues puede pactarse también el precio o renta, al menos parcialmente, en función de algún otro parámetro distinto, como el del provecho obtenido de la cosa arrendada.»

El contrato de arrendamiento lo será en función de lo realmente pactado y querido por las partes: no hay que olvidar el principio capital de respeto a la voluntad contractual contenido en el artículo 1.255 del Código Civil y que permite la existencia incluso de los contratos

¹⁴ *Ley de Arrendamientos Urbanos, comentarios y jurisprudencia*, Granada, 1989, tomo I, p. 20.

atípicos¹⁵. Siempre que realmente nos encontremos con un pacto de arrendamiento deseado por los contratantes deberá ser calificado como tal, incluso aun cuando el nombre que se le dé sea otro, puesto que de acuerdo con la jurisprudencia los contratos son lo que las partes han querido convenir independiente de la forma en que por ellas son denominados¹⁶.

La jurisprudencia ha recurrido en numerosas ocasiones a esta técnica interpretativa para calificar como arrendamiento contratos en cuyo texto, por indicación de las partes, figuraba otro contrato distinto, fundamentalmente la compraventa con precio aplazado¹⁷ y la opción de compra¹⁸, si bien hay que hacer constar que tal jurisprudencia lo era bajo el imperio de la Ley anterior, cuando por las cláusulas limitativas de la misma había bastantes propietarios que trataban de eludirla —efectuando un fraude de ley— acogiéndose fingidamente a otros contratos. La figura de la opción de compra, en la que el arrendamiento se disfrazaba bajo tal contrato y en el que por el tiempo de aplazamiento se pagaba un interés por el precio aplazado —que equivalía realmente a la renta— fue una de las favoritas, juntamente con la falta de celebración de contrato y el cobro sin recibo —pretendiendo que se trataba de una situación de precario—, y la interposición de un arrendamiento fingido pasando el arrendatario a ser subarrendatario. Es de suponer que con la mayor libertad y la posibilidad de actualización de rentas, así como con el plazo limitado que van a tener los arrendamientos bajo la nueva Ley, tales simulaciones desaparezcan al carecer de aliciente e interés: si bien habría que añadir que el interés que tuviera bajo la Ley anterior rara vez obtenía su finalidad dado que no era, por una serie de circunstancias y actuaciones de las partes, excesivamente difícil llegar a la conclusión de cuando el contrato de compraventa o de opción era real y cuando encubría un contrato de arrendamiento¹⁹.

¹⁵ Ss. de 19 de mayo de 1982, Ar. 2.581 y 29 de diciembre de 1987, Ar. 9.711.

¹⁶ Ss. 29 de setiembre de 1960, Ar. 1.697, 28 de setiembre de 1966, Ar. 5.094, y 11 de octubre de 1988, Ar. 7.410.

¹⁷ S. 26 de abril de 1976, Ar. 1.927.

¹⁸ Ss. 28 de abril de 1978, Ar. 1.509 y 31 de mayo de 1980, Ar. 1.977.

¹⁹ Por su ejemplaridad se transcribe la sentencia de la Audiencia de Palma de Mallorca de 25 de Junio de 1975 (R.G.D. p. 774 de 1976) ya que es demostrativa de la forma en que el juzgador analizó la prueba practicada y llegó a la conclusión de que se trataba de un contrato de arrendamiento:

«Es ciertamente frecuente que para eludir las normas que imperativamente impone la legislación de arrendamientos urbanos, principalmente en orden a la estabilidad de la renta y la prórroga forzosa en favor del arrendatario, acuden los que dan en arrendamiento regido por aquella legislación a la apariencia de otras figuras jurídicas que, encubriendo lo verdaderamente querido al contratar, les pueda permitir burlar lo establecido con carácter necesario en la misma, produciéndose así un evidente fraude de ley al que, al celebrar el contrato, presta el arrendatario su adhesión externa, constreñido por los condicionamientos que la otra parte le

Arrendamientos incluidos

De acuerdo con el artículo 1 de la Ley:

«Ambito de aplicación.

La presente ley establece el régimen jurídico aplicable a los arrendamientos de fincas urbanas habitables que se destinen a vivienda o a usos distintos del de vivienda.»

Por tanto dentro del ámbito de la Ley caben dos tipos de arrendamientos, los arrendamientos destinados a vivienda y los destinados a usos diferentes del de vivienda, como dos categorías autónomas dentro del ámbito arrendaticio.

De acuerdo con el artículo 1 se trata solamente de regir los arrendamientos de «fincas urbanas»; expresión que puede inducir a error porque, al menos la jurisprudencia que interpretaba el texto articulado de la L.A.U., que en cuanto a la terminología aludida era fundamentalmente igual, no se refería tanto a arrendamiento de fincas urbanas como de fincas «no rústicas», olvidándose de la etimología de «urbano»: el arrendamiento de toda casa destinada exclusivamente a habitación humana sería considerado arrendamiento de vivienda y todo local de negocio también aunque estuviera en un paraje rústico y bucólico; mientras que todo complejo agrícola, aun cuando fuera en los suburbios de una población in-

imponer; y con tal finalidad se acude a veces a la figura de la “opción de compra”, injertándola en un arrendamiento, de tal modo que, haciendo omisión de este nombre y tratando de desdibujar sus notas definidoras, aparente una realidad contractual diferente (así, supuesto de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1967), o presentándola sin más en lugar del arrendamiento verdaderamente contratado (supuesto a que se refiere la sentencia de 22 de febrero de 1975); pero en todos estos casos habrán de indagar los Tribunales cuál haya sido el contrato verdaderamente celebrado en función calificadora que les corresponde ejercitar, tanto más acuciosamente cuando bajo una falsa apariencia o una falsa denominación pretenda conseguirse un fraude de ley, teniendo en cuenta el principio de que “los contratos son los que son, pese al nombre que les asignan las partes, y es a los Tribunales a quienes incumbe calificarlos y determinar su naturaleza, conforme a la realidad de los hechos. Los términos de lo estipulado y las pruebas practicadas” (sentencia de 21 de setiembre de 1971).

En el supuesto presente, aparte de lo desacostumbradamente prolongado del plazo para el ejercicio de la denominada opción, el precio de la compraventa a que habría de referirse, 4.000.000 de pesetas, se presenta como desmesurado, pues aun partiendo de la forma de pago que supone el que los llamados “cánones” semestrales de la opción de 60.000 pesetas hubieran de imputarse al precio el correspondiente al local litigioso sería el de 2.200.000 pesetas, según uno de los peritos cuyo dictamen consta al folio 156 de los autos originales, o de 2.800.000 a 3.000.000 que le asignan los otros dos peritos, es decir, que el precio de la compraventa objeto de la llamada opción implicaría un sobrevalor del 80 por 100 según los otros dos, lo que muestra como vehementemente presumible que era entendido para los contratantes que la tal opción no habría de ejercitarse, de donde cabe concluir que no era la opción la finalidad económica que movió a contratar, que no fue ésta la causa verdadera del contrato que, sin embargo, celebraron.»

dustrial, sería arrendamiento rústico (a reserva de la posible exclusión de la Ley de Arrendamientos Rústicos por estos motivos que es tema ajeno al que se analiza en estas páginas).

Por tanto dentro de los contratos de arrendamiento habrá que incluir dos categorías, los arrendamientos de vivienda y los arrendamientos no destinados a vivienda.

a) *Arrendamiento de vivienda*

Los arrendamientos de vivienda están regulados en el artículo 2 de la Ley 29/94 que señala:

«Arrendamiento de vivienda.

1. Se considera arrendamiento de vivienda aquel arrendamiento que recaer sobre una edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario.

2. Las normas reguladoras del arrendamiento de vivienda se aplicarán también al mobiliario, los trasteros, las plazas de garaje y cualesquiera otras dependencias, espacios arrendados o servicios cedidos como accesorios de la finca por el mismo arrendador.»

La nueva Ley, dando un notable giro a la legislación anterior y a la praxis jurisprudencial, exige, para que el arrendamiento sea de vivienda, que tenga por objeto satisfacer la necesidad primaria y permanente de vivienda del arrendatario.

La Ley habla de necesidad «permanente» con la intención de eliminar de la primera clase de arrendamientos aquellas formas de habitación que no sean permanentes, esto es, los arrendamientos de temporada y las segundas o ulteriores viviendas, aun cuando no fueran arrendamientos de temporada.

La normativa legal exige que sea para cubrir la necesidad primaria y permanente de vivienda del arrendatario para lo que se haga este contrato, con lo cual presupone no sólo tal necesidad, sino que la misma sea propia del arrendatario.

Cuando la Ley habla del arrendatario debe entenderse no sólo la persona de éste, sino lógicamente la de sus familiares que con él convivan y que constituyan su núcleo familiar.

¿Cuáles serán estos familiares?

La Ley no lo dice ni lo tiene por qué decir: el cónyuge, hijos, ascendientes u otros familiares que habitualmente convivan con el arrendatario y que formen su núcleo familiar deben ser aceptados a tal efecto²⁰.

²⁰ Notemos que la Ley ha suprimido intencionadamente la desafortunada referencia que el anterior anteproyecto hacía a «necesidad primaria y permanente de vivienda del arrendatario, de su cónyuge o de sus hijos dependientes».

En su número 2 la Ley configura, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico como un todo unitario el arrendamiento de vivienda con el de trastero, plaza de garaje o demás accesorios que se le arrienden conjuntamente al inquilino.

Con esta norma, sin precedentes en nuestro ordenamiento, se da un sentido unitario al arrendamiento de vivienda con el de otros elementos que no tienen tal entidad, rigiéndose conjuntamente por las normas del arrendamiento de viviendas.

De ahí que el contrato de arrendamiento de garaje pierda su entidad y naturaleza cuando el mismo se arriende conjuntamente con el piso, debiendo regularse, en tal caso, todo él, por las normas del arrendamiento de vivienda.

En cualquiera de tales hipótesis el arrendamiento es único y no se podrá separar los elementos que lo componen, a no ser que hubiera un acuerdo expreso de las partes que renovara el primitivo contrato, desligando expresamente alguno de los elementos del conjunto arrendaticio.

La Ley acepta también el contrato de arrendamiento de la vivienda amueblada, la cual no tiene más relevancia jurídica que la de cualquier otro accesorio, sin que tampoco tenga ninguna especialidad en su tratamiento respecto del resto de los arrendamientos ni requiera, en el régimen común de la Ley, la fijación de un precio separado por los muebles y otro por la vivienda.

Tales anejos que enumera la Ley lo son de forma enunciativa, por lo cual caben otros tipos o clases distintos de los enumerados como pudiera ser, por ejemplo, un jardín o terraza, sobre todo cuando se trate de chalets adosados o viviendas unifamiliares.

Lo que sí resulta ineludible, de acuerdo con el texto legal, para constituir una unidad arrendaticia es que los objetos anejos a la vivienda sean cedidos por el mismo arrendador: de donde se concluye que si el propietario de cualquier anejo que se pretende arrendar con la vivienda fuera otro, realmente estaríamos ante dos contratos distintos, sujeto uno al arrendamiento de vivienda y otro al de uso distinto del de vivienda.

b) *Arrendamiento para uso distinto del de vivienda*

Tales arrendamientos se encuentran contenidos en el artículo 3 de la Ley 29/94 que indica:

«Arrendamiento para uso distinto del de vivienda.

1. Se considera arrendamiento para uso distinto del de vivienda aquel arrendamiento que, recayendo sobre una edificación, tenga como destino primordial uno distinto del establecido en el artículo anterior.

2. En especial, tendrán esta consideración los arrendamientos de fincas urbanas celebrados por temporada, sea ésta de verano o cualquier otra, y los celebrados para ejercerse en la finca una actividad industrial,

comercial, artesanal, profesional, recreativa, asistencial, cultural o docente, cualquiera que sean las personas que los celebren.»

El artículo 3 se refiere a la otra categoría de arrendamientos que la nueva Ley introduce.

De acuerdo con la nueva Ley, cualquier arrendamiento aunque sea de finca urbana habitable, siempre que no sea para vivienda permanente del arrendatario, entrará en esta segunda categoría.

La categoría, como puede verse, es mucho más amplia que la que la legislación anterior denominaba arrendamiento de local de negocio, y es una especie de «cajón de sastre» donde se incluyen todos los arrendamientos urbanos que no fueran destinados primordialmente a vivienda permanente del arrendatario.

El número 2 de dicho artículo sienta unas claras inclusiones dentro de tal concepto, inclusiones, que como en otros casos, la Ley no sienta con carácter limitativo, sino sólo enunciativo, y que son las siguientes:

a) Los arrendamientos de temporada.

Los arrendamientos de temporada son claramente incluidos en esta segunda categoría.

La Ley, siguiendo la pauta sentada por el artículo 2.1 del texto articulado de la anterior Ley arrendaticia, señala expresamente que dentro de tal inclusión se comprenden los de temporada, fueran éstos por la temporada de verano o por cualquier otra.

La Ley no alude, para incluirlo en esta clase de arrendamiento, a un supuesto frecuente hoy en día, que es el de arrendamiento permanente de vivienda secundaria con el fin de que el arrendatario la utilice solamente durante los fines de semana o temporadas de ocio, pero en tal hipótesis, su inclusión en esta categoría se produciría automáticamente en virtud de la conjunción de los artículos 2.1 y 3.1 ya que no sería un arrendamiento de finca urbana que estuviera destinada a satisfacer la necesidad primordial y permanente de vivienda del arrendatario²¹.

La Ley no indica si los arrendamientos de temporada tienen que ser de vivienda: pero tal precisión sería superflua, ya que los arrendamientos que no sean de vivienda, aun cuando no fueran de temporada entrarían, evidentemente, en la segunda categoría.

Para diferenciar el arrendamiento de temporada del que no lo es, y por tanto atender si es arrendamiento de vivienda o no de vivienda, habrá

²¹ El determinar cuándo se trata de satisfacer tal necesidad será una cuestión probatoria: pero al propietario, en principio, no le será difícil por la existencia de otro domicilio permanente en un lugar urbano y las características de una y otra vivienda, así como por su ubicación y por otras pruebas como por el empadronamiento del arrendatario y su familia, y su lugar de trabajo, cuál es el destino real del arrendamiento concertado.

que tener en cuenta el anterior criterio del Tribunal Supremo que calificaba de manera amplia, el arrendamiento de temporada como aquellos arrendamientos en el que se ha convenido:

«El uso y disfrute, mediante el pago de la renta correspondiente, de una vivienda o local de negocio durante un plazo concertado en atención, no a la necesidad permanente que el arrendatario tenga de ocupar aquélla para que le sirva de habitual residencia familiar o un local donde establecer con carácter permanente de un negocio o industria, sino para desarrollar de una manera accidental y en épocas determinadas, estas actividades negociales o para habitar transitoriamente y por razones diversas, debiendo entenderse este requisito de “temporalidad” de un modo amplio y flexible cuando claramente se infiera que el uso y ocupación de que el inmueble es objeto responda a exigencias circunstanciales, esporádicas o accidentales determinantes del contrato y elevadas expresamente a la condición de causa por las partes, como sucede en el presente caso, y no a la necesidad de habitar permanentemente o de la adecuada instalación del negocio o industria de ininterrumpido desenvolvimiento, ya que el requisito de la temporalidad de la ocupación guarda relación, no con el plazo de duración simplemente cronológico, sino con la finalidad a que va encaminado el arrendamiento determinante de su ocupación, y así lo tiene declarado la doctrina jurisprudencial de esta Sala en Ss. de 17 diciembre 1960, 8 febrero 1962, 30 marzo 1974, 4 febrero 1975 y 30 junio 1976.»²²

La jurisprudencia ha puesto en relación la «temporalidad» no con la pura cronología, sino fundamentalmente con la intención de las partes²³.

Tengamos en cuenta que el hecho de que el arrendatario haya continuado con las llaves, tratándose de un arrendamiento de verano durante el transcurso de la temporada de invierno no ha sido considerado por el Tribunal Supremo como motivo suficiente para cambiar la calificación del contrato²⁴ e incluso se ha entendido por los Tribunales que la posesión por el arrendatario de la llave durante todo el año no descalifica el contrato de arrendamiento de temporada²⁵.

b) Los arrendamientos celebrados para ejercitarse en la finca una actividad industrial, comercial, artesanal, profesional, recreativa, asistencial, cultural o docente, expresión amplia, que, como queda dicho no es

²² S. 19 de febrero de 1982, Ar. 784. En igual sentido Ss. 4 de febrero de 1976, Ar. 328, 30 de junio de 1976, Ar. 3.199 y A.P. de Gerona de 25 de setiembre de 1987, R.J.C. 1988, n.º 1, p. 7.

²³ S. Audiencia Provincial de Valencia, sección 7.ª, 4 de mayo de 1992, R.G.D. p. 12.231 de 1992.

²⁴ S. 29 de junio de 1993, Ar. 3.693.

²⁵ S. 10 de junio de 1980, Ar. 2.402.

limitativa, incluyendo a todos esos arrendamientos dentro de la categoría de arrendamientos para uso distinto del de vivienda.

La categoría examinada es mucho más amplia que la anterior de los locales de negocio porque comprende, por un lado los arrendamientos de vivienda no permanente o primordial, por otro los de las viviendas con objeto de ejercer una profesión colegiada (arrendamientos que en el régimen anterior se equiparaban a los de vivienda) y finalmente (por la mayor libertad de regulación de los arrendamientos no de vivienda en la presente Ley y por no existir fundamento legal para la exclusión de la Ley que anteriormente existía), puede abarcar como a continuación veremos, algunos de los arrendamientos que anteriormente estaban excluidos de la L.A.U.

En líneas generales cabe decir, por tanto, que dentro de la categoría del arrendamiento para uso distinto del de vivienda se encuentran los de:

- 1.º Arrendamientos de vivienda de temporada.
- 2.º Arrendamientos de vivienda no permanente.
- 3.º Arrendamiento de locales de negocio.
- 4.º Arrendamiento de almacenes.
- 5.º Arrendamiento para despachos profesionales.
- 6.º Arrendamiento para actividades sociales, culturales o recreativas.

La indicación final del n.º 2 del artículo comentado señala que a los ojos de la Ley la realización de cualquier tipo de actividad debe considerarse objetivamente y no subjetivamente —lo cual es correcto— y como consecuencia de tal apreciación no influirá en la calificación de arrendamiento de vivienda el que el destinatario de la actividad fuera una empresa (expresión que emplea el artículo comentado a pesar de la ambigüedad legal que contiene) o una administración pública (que debe considerarse de cualquier tipo).

La denominación del contrato no es, en mi opinión, determinante sino que de acuerdo con la jurisprudencia habrá que ver lo realmente querido por los contratantes²⁶ y que normalmente han deseado dar al contrato, y aun cuando no se pueda aplicar el principio de la presunción de burla de derechos, habría que tener en cuenta que este arrendamiento podría ser en algún caso intento de burlar los derechos conferidos al arrendatario que son irrenunciables en virtud del artículo 6 del texto legal; si bien este principio habrá que aplicarlo con reserva, ya que normalmente no se acudirá a una figura compleja para tratar de burlar los derechos que se confieran al arrendatario que en esta Ley no son tan gravosos para el arrendador

²⁶ Ss. 29 de setiembre de 1960, Ar. 1.697; 28 de setiembre de 1966, Ar. 5.094 y 11 de octubre de 1988, Ar. 7.410.

como en anteriores; y sin olvidar que una aplicación estricta de lo anterior podría extender a los arrendamientos no de vivienda el principio de irrenunciabilidad de derechos que para los mismos no rige.

Arrendamientos excluidos

A pesar de la aparente amplitud de la Ley no todos los arrendamientos vienen regulados por el texto de la misma, hay unas exclusiones que están recogidas en el artículo 5 de la Ley que indica:

«Arrendamientos excluidos.

Quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta Ley:

- a) El uso de las viviendas que los porteros, guardas, asalariados, empleados y funcionarios, tengan por razón del cargo que desempeñen o del servicio que presten.
- b) El uso de las viviendas militares, cualquiera que fuese su calificación y régimen, que se regirán por lo dispuesto en su legislación específica.
- c) Los contratos en que, arrendándose una finca con casa-habitación, sea el aprovechamiento agrícola, pecuario o forestal del predio la finalidad primordial del arrendamiento. Estos contratos se regirán por lo dispuesto en la legislación aplicable sobre arrendamientos rústicos.
- d) El uso de las viviendas universitarias, cuando éstas hayan sido calificadas expresamente como tales por la propia Universidad propietaria o responsable de las mismas, que sean asignadas a los alumnos matriculados en la correspondiente Universidad y al personal docente y de administración y servicios dependiente de aquélla, por razón del vínculo que se establezca entre cada uno de ellos y la Universidad.»

No obstante, no todas las exclusiones vienen recogidas en el artículo 5 de la Ley porque, además de la vocación de generalidad con que está redactado pueden encontrarse más causas de exclusión como a continuación se enumeran:

a) *Exclusiones recogidas en la Ley*

1.º Arrendamiento para porteros y asalariados

Una de las exclusiones que contenía la anterior Ley de Arrendamientos Urbanos y que recoge la presente, es el de los arrendamientos de los porteros, guardas, asalariados y funcionarios en razón del cargo que desempeñen o el servicio que presten, y que por tanto siguen estando claramente excluidos del ámbito de la Ley.

Realmente la exclusión legal es más amplia, puesto que se refiere a todos aquellos contratos en que se entregue una vivienda en función del trabajo.

El texto articulado aprobado por Decreto de 21 de abril de 1966 sobre procedimiento laboral de la Ley de 28 de diciembre de 1963 de Bases de la Seguridad Social, en su artículo 214 señala que es la Magistratura de Trabajo (hoy Juzgado de lo Social) la competente para este tipo de juicios, el desahucio de las viviendas o locales que se entregue por causa del trabajo que desempeñe el usuario; y diversas sentencias de Audiencias así lo manifestaban²⁷, siendo de subrayar que la redacción legal es exactamente igual en la legislación hasta ahora vigente que en la nueva Ley, por lo que la jurisprudencia recaída anteriormente sigue siendo aplicable.

2.º Arrendamientos para militares

La segunda exclusión que contiene la nueva normativa es el uso de las viviendas militares, cualesquiera que fuese su calificación y régimen, que se registrarán por lo dispuesto en la legislación específica.

Existe una legislación específica en materia de viviendas para militares a partir del patronato de casas militares creado por Decreto de 25 de febrero de 1928, como organismo autónomo dependiente del Ministerio del Ejército²⁸, habiéndose creado posteriormente patronatos análogos para la Armada²⁹ y para el Ejército del Aire³⁰, los cuales desaparecieron ulteriormente al ser absorbidos por el «Instituto para la vivienda de las Fuerzas Armadas»³¹.

La legislación específica referida señala los beneficiarios de tales casas y las rentas que deben pagar.

Tales tipos de arrendamientos son los que se excluyen por la nueva Ley de la legislación arrendaticia, ya que no es el status personal de militar como arrendador ni como arrendatario lo que determina su exclusión del campo arrendaticio común, sino que se trate concretamente de unas viviendas militares las cuales, como indica la nueva Ley, continuarán rigiéndose por su normativa propia y específica.

²⁷ S. A.P. Guadalajara, 25 de enero de 1974, A.P. p. 120.

²⁸ Reorganizado por Ley 84/63 de 8 de julio y regulado posteriormente por Reglamento de 31 de octubre de 1975.

²⁹ Leyes de 12 de marzo de 1945 y 12 de mayo de 1960 y Reglamento de 17 de febrero de 1960.

³⁰ Leyes de 17 de julio de 1946 y 28 de diciembre de 1966, y Reglamento de 29 de octubre de 1970.

³¹ R.D. de 20 de diciembre de 1990, n.º 1.751/90 (Ar. 173 del 91) cuyos arts. 5-2, 36, disposiciones adicional 2.ª y transitoria 4.ª han sido declarados parcialmente nulos por el Tribunal Supremo en sentencia de 16 de Noviembre de 1992, Ar. 8.939.

3.º Arrendamientos rústicos

La exclusión tercera del artículo 5 de la Ley la constituyen los contratos en que «arrendándose una finca con casa habitación sea el aprovechamiento agrícola, pecuario, o forestal del predio la finalidad primordial del arrendamiento». La dicción es, también literalmente, la misma que la de la anterior L.A.U.; aun cuando en la nueva Ley se suprime el inciso final del artículo 4 del anterior texto aprobado por Decreto de 24 de diciembre de 1964 que señalaba:

«Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el objeto principal del arrendamiento es la explotación del predio cuando la contribución territorial de la finca por rústica sea superior a la urbana.»

El hecho de que se suprima el inciso final del texto articulado de la L.A.U. no significa, en mi opinión que no pueda atenderse, entre otros, al criterio de la contribución —hoy del impuesto sobre bienes inmuebles— como indicio: lo que sucederá es que se suprime la presunción legal, presunción que era *iuris tantum* y no *iuris et de iure*, de que el arrendamiento era para vivienda cuando la contribución por tal concepto superaba a la contribución rústica y viceversa. No obstante, la mayoría de las sentencias del Tribunal Supremo atienden fundamentalmente al elemento preponderante en el momento de hacer el contrato³²; advirtiendo que tal criterio de atención al elemento preponderante en el momento de la celebración del contrato es tenido en cuenta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo no sólo para determinar el carácter de rústico o urbano de un arrendamiento, sino para distinguir otros supuestos, como es el determinar si se trata de un arrendamiento atípico excluido de la legislación especial, o si se trata de un arrendamiento incluido en ésta.

Hay que reconocer, que ya anteriormente a la actual reforma legal el Tribunal Supremo había aplicado criterios opuestos al de la contribución, señalando que ésta solamente era una presunción *iuris tantum* que podía excluirse por la prueba en contrario.

La exclusión analizada está en consonancia con el texto del artículo 1 de la Ley, que manifiesta que el objeto de la Ley es establecer el régimen jurídico de los arrendamientos de fincas urbanas y también con el artículo 1 del anterior texto legal .

Observemos que el carácter rústico o urbano no tiene nada que ver, en principio, con el carácter rural o no del municipio donde se encuentra:

³² Así sentencias de 12 de mayo de 1955, Ar. 1.696, 4 de octubre de 1963, Ar. 3.989, 7 de junio de 1979, Ar. 2.345, 22 de diciembre de 1983, Ar. 6.993, 27 de noviembre de 1985, Ar. 5.906 y 10 de octubre de 1988, Ar. 7.403.

en un municipio totalmente rural y en un paraje aislado puede concertarse un arrendamiento urbano —aun cuando tal denominación case mal con la acepción etimológica de urbano— si tiene por objeto una vivienda; mientras que si hubiera en el centro de una ciudad un terreno que siguiera destinándose a usos agrícolas el arrendamiento sería rústico, aun cuando el emplazamiento podría ser un indicio, junto a otros criterios para calificar, en definitiva el contrato.

No obstante el criterio de la ubicación, junto con otros, ha sido tenido en cuenta por el Tribunal Supremo para calificar como rústico o urbano un contrato, por ejemplo en sentencia de 26 de diciembre de 1977, artículo 4.895 que señala:

«CDO.: Que, con arreglo a estas estipulaciones, el contrato litigioso tiene que calificarse como arrendamiento mixto de finca rústica y finca urbana, con objeto único e inescindible, y preciso también único, que no puede ser sometido sino a una sola jurisdicción, que, como determina el artículo 2.º-4.º de la L.A.U. será la que corresponda a la finalidad primordial del arriendo, presumiéndose que el objeto principal del arrendamiento es la explotación agrícola del predio cuando la contribución territorial de la finca por rústica, sea superior a la urbana.

CDO.: Que la sentencia recurrida, basa su tesis inhibitoria, no sólo en la doctrina jurisprudencial sentada por las Ss. de 8 mayo 1944, 6 noviembre 1947 y 25 marzo 1966, sino también: a) en la conjugación de los criterios que ella tiene en cuenta a saber: primero: Situación o emplazamiento en el campo o en la población; segundo: Destino o aprovechamiento, tercero: Preponderancia de unos de estos elementos, si ambos concurren en un mismo predio, o por la relación de dependencia que entre ambos exista como principal el uno y accesorio el otro; b) en que la prueba obrante en autos, evidencia que se trata «de tierra de poca calidad y encharcable en época de lluvias, que constituyó continuidad física de un polígono destinado fundamentalmente a construcciones escolares; y, c) en que el inmueble en litigio, fundamentalmente por su destino o aprovechamiento, presenta mayor importancia urbana, sin que a ello sea óbice que aparezca como rústica su inscripción en el Registro de la Propiedad, conforme a lo declarado en la S. de 6 noviembre 1947.»

b) *Exclusiones no recogidas en la Ley*

La Ley no enumera, como lo hacía la anterior determinadas exclusiones a la misma, y que, según el artículo 2 del anterior texto aprobado por Decreto de 24 de diciembre de 1964, eran los arrendamientos de temporada, los arrendamientos para porteros y empleados, los arrendamientos para casinos y círculos de recreo y los arrendamientos rústicos, además de excluirse por el artículo 3 del referido texto articulado de la L.A.U. los arrendamientos de industria o negocio.

¿Seguirán vigentes dichas exclusiones con la nueva Ley?

El sentido legal es distinto puesto que la Ley es mucho más abierta, y la regulación de los arrendamientos no de vivienda no crea la problemática de los antiguos arrendamientos de los locales de negocio, razón por la cual la nueva Ley no tiene por qué ser tan escrupulosa a la hora de señalar los arrendamientos excluidos.

En consecuencia vamos a pasar a la casuística de tales posibles *exclusiones*:

1.º Arrendamientos para casinos o círculos de recreo

La Ley de Arrendamientos Urbanos anterior excluía de su ámbito de aplicación los arrendamientos para casinos o círculos dedicados al esparcimiento o recreo de sus componentes o asociados (art. 2.2). Este precepto que fue interpretado por la jurisprudencia restrictivamente al entender que cuando los locales estaban abiertos al público y había en los mismos una actividad comercial, aunque fuera mínima, como la de un café o cafetería, estaban sometidos a la L.A.U.³³.

Con el texto de la nueva Ley parece clara su inclusión dentro de la categoría para uso distinto del de vivienda y ello por doble motivo:

- a) Porque ha desaparecido del texto legal la finalidad, que antes existía, de excluir tales arrendamientos, al entender que no necesitaban de protección privilegiada. Con la nueva normativa de los arrendamientos no de vivienda, que no contempla tan intensa protección, cabe perfectamente su tratamiento dentro de la misma.
- b) Porque del texto del artículo 3.2 cuando alude a actividades recreativas, asistenciales, culturales o docentes, parece claro que debe entenderse comprendida en las mismas la de los casinos o círculos de recreo ya que efectúan una actividad fundamentalmente recreativa.

2.º Arrendamientos de garaje

Una exclusión que la Ley anterior no recogía, y que posteriormente se ha dado con frecuencia, era la de los arrendamientos de garaje cuya exclusión o no de la Ley puede ser problemática.

La Dirección General de los Registros calificó, en función precisamente de su contenido y de la no necesidad de la protección legal, atendiendo al sentido finalista pretendido por la L.A.U. al contrato por el que

³³ S. 26 de abril de 1961, Ar. 1.840.

se cede el uso de una plaza de garaje de arrendamiento común regido por el Código Civil³⁴.

El Tribunal Supremo ha entendido que el arrendamiento de un garaje entra dentro del arrendamiento común sustentado en el Código Civil³⁵ y así lo han mantenido también recientemente algunas Audiencias como la sentencia de 27 de enero de 1982 de la Audiencia Provincial de Almería, aun cuando no de manera única, porque, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 20 de enero de 1986 incardina el arrendamiento de garaje dentro del de local de negocio.

No obstante parece que tanto la jurisprudencia como la doctrina se han inclinado, bajo el imperio de la Ley hasta ahora vigente, a entender que, al menos, no se encontraba sometida a ella.

Ateniéndonos a la nueva normativa si se entiende que se trata de un contrato de arrendamiento en virtud del artículo n.º 1 de la Ley deberán estar sujetos a la misma como arrendamiento no de vivienda; ahora bien, si se mantiene que se trata de un contrato atípico y específico no serían objeto de la misma: cabe resaltar sin embargo que el contrato de garaje ha sido aplicado teóricamente y por algunas sentencias³⁶ al contrato celebrado, no para la cesión únicamente de un espacio donde guardar un coche sino, para el establecido entre un garajista profesional y el dueño del vehículo: contrato en el que se configuran pretensiones propias del arrendamiento de cosas con otras de depósito, como es la obligación de vigilancia y guarda del coche encerrado.

Dada la libertad de pactos que fundamentalmente previenen los artículos concordantes de la Ley, la transcendencia o no de la sujeción al mismo de los contratos de arrendamientos de garaje no es excesiva, máxime cuando dos de los artículos que contiene (cesión del contrato cuando se ejerza una actividad empresarial e indemnización por despido) no serían aplicables al contrato de garaje y sí solamente la continuación del contrato en el supuesto de enajenación de la finca arrendada; supuesto que probablemente no casa bien con las finalidades de venta de un local —o parcela— de garaje que en la mayoría de los casos tiene por objetivo el uso directo por el comprador.

De todas formas se trata de una duda que no se podrá despejar hasta que la jurisprudencia la aclare, aun cuando en principio dada la redacción legal, parece debe incluirse dentro del texto de la Ley.

³⁴ Resolución D.G. de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 1981, Ar. 4.131.

³⁵ S. 3 de febrero de 1954, Ar. 695. En igual sentido S. A.P. Madrid 2 de octubre de 1983, Ar. Civ. 2.105.

³⁶ Audiencia de Lérida de 14 de octubre de 1980, R.J.C. n.º 1, p. 7 y S. de la Audiencia de Barcelona, sección 11, de 4 de mayo de 1992, R.G.D. pg. 12.116.

Finalmente hay que subrayar que, por primera vez en nuestra legislación se reconoce el arrendamiento de garaje como anexo al arrendamiento de vivienda en cuyo caso y por imperativo del artículo 2.2 de la Ley se trataría de un único arrendamiento con un destino primordial, por lo que no tendría el arrendamiento de garaje carácter de arrendamiento no de vivienda sino de vivienda aunque, lógicamente tal situación sería aplicable a los arrendamientos posteriores a la Ley.

3.º Arrendamientos de solares

Otra exclusión no recogida en la Ley y sí anteriormente por la jurisprudencia era la de los arrendamientos de solares; exclusión que parecía evidente a la vista del texto de la anterior L.A.U. que aludía (art. 1) a los «arrendamientos de fincas urbanas y comprende el de vivienda o inquilinato y el de locales de negocio».

En cambio el texto de esta Ley señala que tiene por objeto los arrendamientos de fincas urbanas, ya se destinen a vivienda ya a uso distinto del de vivienda, por lo cual la precisión legal es menor y, a priori, parece que podría comprenderse dentro del concepto «uso distinto del de vivienda», supuesto menos específico y concreto que el de «locales de negocio».

El concepto de solar administrativamente viene determinado por el artículo 82 de la Ley del Suelo que señala:

«A los efectos de esta Ley tendrán la consideración de solares las superficies de suelo urbano aptas para la edificación que reúnan los siguientes requisitos:

1.º Que estén urbanizadas con arreglo a las normas mínimas establecidas en cada caso por el Plan, y si éste no existiere o no las concretare, se precisará que además de contar con los servicios señalados en los artículos 78 u 81.2, la vía a que la parcela dé frente tenga pavimentada la calzada y encintado de aceras.

2.º Que tengan señaladas alineaciones y rasantes si existiera Plan de ordenación.»

Hay que advertir que los dos requisitos que señala el artículo 82 son ineludibles, siendo necesario que ambos se cumplan para que se pueda calificar de solar a un terreno³⁷ habiendo precisado la jurisprudencia contenciosa administrativa del Tribunal Supremo que para calificar a un terreno como solar es necesario que concurren en el mismo las circunstancias previstas en el plan³⁸.

³⁷ Ss. 9 de febrero de 1965, Ar. 714 y 9 de octubre de 1975, Ar. 4.033.

³⁸ Ss. 9 de noviembre de 1971, Ar. 4.585, 21 de enero de 1972, Ar. 59, y 20 de junio de 1973, Ar. 3.027.

Notemos que a este respecto es fundamental en la mentalidad de la Ley la existencia de urbanización para que un terreno sea calificado como solar; ya que sin aplicar tal condición sería impensable su inclusión en la mentada categoría.

Sin embargo el concepto de solar a efectos arrendaticios no es el mismo que el que señala la Ley del Suelo.

La jurisprudencia ha señalado que el solar es en esencia, al menos a efectos arrendaticios, una superficie que aun cuando esté enclavada en suelo urbano no es apta para ser habitada sin que el hecho de existir algunas pequeñas construcciones inhabitables o provisionales dentro del mismo cambie su calificación³⁹.

Es pues clara y reiterativa la jurisprudencia que distinguiendo local de negocio y solar excluye al solar de la aplicación de la L.A.U.

Así la sentencia de la Audiencia de Las Palmas de 28 de enero de 1976⁴⁰ recoge una amplia muestra de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, siendo interesante por la clasificación jurisprudencial que contiene, por lo que a continuación se transcribe:

«La doctrina jurisprudencial elaborada en interpretación del artículo primero de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, en cuanto a la distinción de solar propiamente dicho de local de negocio puede concretarse en los siguientes puntos: Primero. Que los criterios de calificación del contrato atendiendo a la denominación otorgada y la voluntad de las partes, únicamente tendrán valor en tanto en cuanto se acomoden a su verdadera intención y no se opongan con carácter absoluto a precepto legal alguno o estructura física, que imponga calificación distinta en función al destino o distribución del local, de conformidad con la tesis reiteradamente proclamada de que los contratos son lo que realmente son, con independencia de la denominación atribuida a los mismos por los contratantes (sentencias del Tribunal Supremo de 3 febrero de 1954, 30 de enero de 1959, 23 de junio de 1962 y 4 de noviembre de 1963); Segundo. Que la calificación debe responder a la situación existente en el momento de celebrarse el contrato, que es cuando las partes conciertan sus voluntades sobre un objeto determinado, y no en el de presentación de la demanda (sentencias de 28 de diciembre de 1963, 10 y 17 de diciembre de 1966, 6 de marzo de 1968 y 16 de junio de 1969); Tercero. Que la significación de edificaciones habitables dedicadas a la industria o comercio revisten mayor amplitud que la de viviendas, por comprender también las edificaciones cercadas y con techumbre en las debidas condiciones de salubridad, higiene y seguridad para servir las condiciones de su destino, cuando al propio tiempo sirven para resguardar a las personas que en ellas se de-

³⁹ Ss. 15 de octubre de 1973, Ar. 3.564 y 12 de abril de 1983, Ar. 2.109.

⁴⁰ R.G.D. 667 de 1977.

dican a la actividad industrial, comercial o de enseñanza, de los accidentes atmosféricos y condicionados adecuadamente para el desenvolvimiento de las faenas durante su permanencia en los locales (sentencia de 17 de mayo de 1954, 5 de junio y 20 de diciembre de 1957, 6 de marzo de 1961 y 13 de febrero de 1964), siendo la habitabilidad en su calificación a los efectos del pleito un problema estrictamente jurídico (sentencia de 12 de marzo de 1959); Cuarto. Que el concepto de solar hace referencia a una superficie enclavada en zona urbana o en vías de urbanización, pero inadecuada para ser habitada, aunque existan en su ámbito algunas edificaciones, cubiertas o no, y con mayor o menor solidez fabricadas (sentencias de 31 de enero de 1950, 22 de diciembre de 1956 y 5 de marzo de 1968), no desvirtuando tal concepto la existencia en el solar de un cobertizo que no se sabe si se construyó antes o después de la vigencia del contrato y cuyo carácter de provisionalidad es perfectamente compatible con su cualidad de solar (sentencia de 11 de diciembre de 1950), mereciendo el contrato tal calificación cuando sólo se alcen en su superficie unos barracones o edificaciones provisionales (sentencia de 14 de octubre de 1960), cuando la edificación reúne las notas de accesoria y falta de condiciones o requisitos de habitabilidad (sentencia de 3 de junio de 1963), o cuando está constituido por un terreno sin pavimentar limitado por una cerca, que en un tercio de su superficie carece de cubierta o techo y en los otros dos tercios está cubierto con techo de uralita, sin cerramiento de paredes laterales, ni compartimentos, y con los servicios higiénicos deficientemente instalados, de lo que resulta evidente que ese tipo de edificación no es más que una especie de cobertizo (sentencia de 8 de octubre de 1966); Quinto. Que si el objeto arrendado se compone de parte edificada y solar sin edificar se calificará al complejo arrendado teniendo en cuenta el elemento predominante (sentencias de 24 y 29 de febrero de 1960 y 17 de enero de 1962); y Sexto. Que en caso de duda es de tener presente que la legislación general o común es la atrayente (sentencia de 26 de febrero de 1955).»

La diferencia entre solar y local de negocio ha sido señalada por el Tribunal Supremo: para que exista local de negocio debe haber dentro del mismo una edificación habitable con destino a industria, comercio, o enseñanza con fin lucrativo, mientras que el solar no la tiene⁴¹, teniendo en cuenta que el momento en que debe atenderse para fijar la calificación de solar o no es aquél en el que se concertó el arrendamiento⁴², no teniendo transcendencia a los efectos de determinación de la clase de arrendamiento de que se trata ni las declaraciones fiscales⁴³, ni las autorizaciones administrativas⁴⁴, ni el hecho de que se hayan efectuado subidas

⁴¹ S. 22 de marzo de 1971, Ar. 1.303.

⁴² Ss. 6 de marzo de 1968, Ar. 1.458 y 8 de julio de 1977, Ar. 3.263.

⁴³ S. 10 de marzo de 1956, Ar. 3.861.

⁴⁴ S. 30 de marzo de 1962, Ar. 1.844.

como si de un arrendamiento urbano se tratara⁴⁵ insistiendo el Tribunal Supremo en que las pequeñas edificaciones de tipo rudimentario no alteran la calificación del solar⁴⁶.

También ha precisado la jurisprudencia que el hecho de que se autorizara a efectuar determinadas obras de mejora no hace que el contrato esté sometido a la L.A.U.⁴⁷.

El que se ejerza en el solar una actividad de tipo mercantil (tal como la instalación de depósitos, almacenes, cines o camping) no significa que el contrato estuviera sometido a la L.A.U.⁴⁸. Como conclusión de este apartado:

- a) Los solares han estado excluidos hasta la actual reforma legal del régimen de la L.A.U.
- b) Solar era un terreno urbano, el cual se encontraba sin edificar o con edificaciones provisionales o inhabitables.
- c) Tales edificaciones, no obstante, podían cumplir determinados fines como depósito, almacenes, instalaciones auxiliares, etc.
- d) El destino que se le diera al solar era indiferente para determinar su cualificación contractual así como las mejoras que se introdujeron por el arrendatario.
- e) También eran indiferentes las calificaciones administrativas.

¿Qué sucederá con el nuevo régimen establecido por la Ley 29/94?

El nuevo régimen es más problemático, como ya se ha expuesto, en cuanto a su posible aplicación por su carácter menos proteccionista: sin embargo, pienso que el arrendamiento de solar sigue excluido del régimen de la Ley comentada y se seguirá rigiendo por el Código Civil.

La razón está en el carácter de no habitable que tienen tales solares y en el que siendo «no habitables» no pueden considerarse arrendamiento para uso distinto del de la vivienda a tenor del artículo 3.1 de la Ley, puesto que el artículo 2 de la Ley exige clara y terminantemente que los arrendamientos que fueran regidos por la misma sean de edificaciones habitables, excluyendo los otros: con lo cual, el régimen a aplicar seguirá siendo el del Código Civil; aun cuando como antes he anticipado pudiera incluso interpretarse que en función de la finalidad del arrendamiento algunos arrendamientos de solares pudieran conceptuarse como «habita-

⁴⁵ S. 21 de febrero de 1958, Ar. 1.034.

⁴⁶ Ss. 12 de abril de 1983, Ar. 2.109 y 27 de noviembre de 1985, Ar. 5.906.

⁴⁷ Ss. de 12 de abril de 1983, Ar. 2.109 y Audiencia de Barcelona de 19 de octubre de 1980, R.J.C. 1981, n.º 1, p. 59.

⁴⁸ Ss. 15 de junio de 1961, Ar. 2.724, 20 de marzo de 1958, Ar. 1.672, 9 de abril de 1985, Ar. 1.685 y 30 de diciembre de 1988, Ar. 10.072.

bles», pero creo más correcto propugnar la exclusión del campo de la nueva Ley de los arrendamientos de solares.

4.º Arrendamientos de industria

La Ley 29/94 no alude para nada a los arrendamientos de industria.

La anterior Ley de Arrendamientos Urbanos señalaba en su artículo 3:

1. El arrendamiento de industria o negocio, de la clase que fuere, queda excluido de esta Ley, rigiéndose por lo pactado y por lo dispuesto en la legislación civil, común o foral. Pero sólo se reputará existente dicho arrendamiento cuando el arrendatario recibiere, además del local, el negocio o industria en él establecido, de modo que el objeto del contrato sea no solamente los bienes que en el mismo se enumeren, sino una unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente para serlo de meras formalidades administrativas.

2. Cuando, conforme a lo dispuesto en el número anterior, el arrendamiento no lo fuere de industria o negocio, si la finalidad del contrato es el establecimiento por el arrendatario de su propio negocio o industria, quedará comprendido en la Ley y conceptuado como arrendamiento de local de negocio, por muy importantes esenciales o diversas que fueren las estipulaciones pactadas o las cosas que con el local se hubieren arrendado, tales como viviendas, almacenes, terrenos, saltos de agua, fuerza motriz, maquinaria, instalaciones y, en general, cualquiera otra destinada a ser utilizada en la explotación del arrendatario.

3. No obstante lo dispuesto en el número 1, el arrendamiento de la industria o negocio de espectáculos que en 1 de enero de 1947 excediera de dos años de duración o que antes de la entrada en vigor de la presente Ley se haya celebrado por plazo igual o superior, quedará sujeto a las normas que esta Ley establece sobre prórroga obligatoria del arrendamiento de local de negocio, con las especiales contenidas en el artículo 77, y a los particulares sobre la renta establecida en el artículo 104.

La diferencia entre ambos textos salta a la vista ya que en el nuevo se omite totalmente la referencia al arrendamiento de industria.

El Tribunal Supremo había entendido que:

«... el arrendamiento de empresa, contrato mediante el cual su titular cede la explotación de la industria o negocio por tiempo determinado y precio cierto, viene contemplando en el artículo tercero de la Ley de Arrendamientos Urbanos para excluirlo del ámbito de su normativa, en cuanto referido a un objeto constituido por un complejo o universalidad de elementos materiales concertados y adecuados entre sí y apto para funcionar inmediatamente, es decir, un todo articulado para la realización de una finalidad productiva que constituye una unidad patrimonial integrada por

los enseres, maquinaria, local y la organización específica —Sentencias de 30 de enero de 1956, 13 de noviembre de 1963, 12 de junio de 1967, 10 de marzo de 1969, 10 y 17 de marzo de 1970, 20 de octubre y 29 de diciembre de 1971, 25 de mayo de 1973, 24 de noviembre de 1975, 3 de noviembre de 1977, etc.—; y en consecuencia caracterizada la figura por referirse a dicha unidad patrimonial con vida propia, ya que junto al complejo de elementos materiales e inmateriales es transmitida una organización con finalidad productiva, no cabe confundir el supuesto con el regulado en el párrafo segundo del propio artículo, alusivo al arrendamiento de local con instalaciones o accesorios, que son elementos desarticulados e inertes o inconexos, carentes de coordinación y de aptitud para integrar por sí solos el conjunto organizado característico del «negocio» —Ss. de 15 diciembre 1953, 2 y 9 julio 1954, 29 de setiembre y 22 diciembre 1955, 6 febrero 1960, 8 abril 1965, 12 junio 1967 y 26 marzo 1976 entre otras.» (S. 23 dic. 1978, Ar.1.979)

Como puede verse, el Tribunal Supremo, en la sentencia transcrita, diferencia el arrendamiento de industria y el arrendamiento de local de negocio, diciendo que es obvio que no se pueden confundir porque en uno se trata de unos elementos inconexos (el local de negocio) y en otros de un negocio o industria en marcha que no necesita para su puesta en funcionamiento nada más que, en todo caso, unos permisos administrativos.

Lo que el Tribunal Supremo señala como obvio no lo es tanto, ni mucho menos, ya que la diferenciación entre una industria en marcha y los elementos que la componen aunque pueden ser importantes, resulta difícil y casuística:

Un local en el que se han puesto casi todos los elementos que componen un bar, pero que no goza de permisos administrativos y nunca ha funcionado como unidad patrimonial, aunque puede serlo de manera casi inmediata, una vez obtenidas las licencias si se destina a arrendamiento ¿qué constituye?

La diferenciación entre arrendamiento de industria y arrendamiento de local de negocio, nítida en teoría, es compleja en la práctica y dependerá de que, en la casuística de cada caso, el Tribunal de instancia interprete que lo que se ha arrendado constituye un elemento patrimonial único, o que se trata de un local en el que, además, se han arrendado determinados elementos patrimoniales de manera auxiliar.

La jurisprudencia ha glosado la terminología legal, en que es necesaria que se trate de un negocio formado por un complejo de elementos que lo integran⁴⁹ habiendo precisado el Tribunal Supremo que es el Tribunal de

⁴⁹ Ss. 15 de febrero de 1984, artículo 660 y 17 de setiembre de 1987, artículo 6.051.

Instancia el que debe determinar si se trata de un arrendamiento de local o de un arrendamiento de industria⁵⁰ y habiendo también puntualizado los Tribunales cómo es indiferente el que los elementos referidos sean modificados y mejorados por el arrendatario en el curso del arrendamiento⁵¹.

Entrando en la casuística de la determinación de la existencia o no del arrendamiento de industria, el Tribunal Supremo ha precisado que es necesario que la industria funcione en el momento del arrendamiento⁵²; mientras que algún otro fallo ha señalado que si se entrega un local sin mercancía y sin empleados no existe arrendamiento de industria⁵³, tesis que tampoco parece acorde con la normativa anteriormente vigente.

También había señalado la jurisprudencia la posibilidad de que hubiera arrendamientos de carácter mixto de industria y de local de negocio⁵⁴.

Resumiendo lo anterior, Albarcar López⁵⁵ señala como requisitos para que se pueda entender que existe un arrendamiento de industria:

«A) Que el arrendatario reciba, además del local, el negocio o industria en él establecido.

B) Que el objeto del contrato sea, no solamente los bienes que en el mismo se enumeran, sino una unidad patrimonial.

C) Que esa unidad patrimonial tenga vida propia, y

D) Que sea susceptible de ser inmediatamente explotada o se halle pendiente para serlo de meras formalidades administrativas.»

Insiste dicho autor en que tales requisitos no son necesarios que se den conjuntamente, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, recalca, suple la falta de concepto legal de empresa a los efectos arrendaticios, diferenciándolo del de empresa para el derecho mercantil y del de empresa desde el punto de vista del derecho fiscal⁵⁶.

La ratio de la numerosísima jurisprudencia existente por parte del Tribunal Supremo y de las distintas Audiencias en aplicación del artículo 3 de la anterior Ley de Arrendamientos Urbanos hay que establecerla en que el arrendamiento de industria era una de las pocas vías de escape a la

⁵⁰ Ss. 15 de febrero de 1984, Ar. 660 y 31 de enero de 1986, Ar. 643.

⁵¹ Ss. 23 de diciembre de 1978, Ar. 1.979, 17 de setiembre de 1987, Ar. 6.051, A.P. Valencia, sección 6.ª, de 31 de julio de 1992, R.G.D. 12.219 y A.P. Burgos, sección 2.ª, de 11 de marzo de 1991, R.G.D. 12.783 de 1992.

⁵² Ss. 15 de noviembre de 1984, Ar. 5.558 y 10 de enero de 1986, Ar. 170.

⁵³ S. 4 de febrero de 1965, Ar. 526.

⁵⁴ Ss. 25 de abril de 1951, Ar. 1.025 y Audiencia de Oviedo de 4 de setiembre de 1987, R.G.D. 2.245 de 1988.

⁵⁵ «Ley de Arrendamientos Urbanos (Comentarios y Jurisprudencia)», tomo I, p. 115.

⁵⁶ Obra citada, p. 114.

normativa imperante, ciertamente rígida, establecida por el anterior texto aprobado por Decreto de 24 de diciembre de 1964, y que por tal motivo era empleada en bastantes supuestos como medio de burlar la ley, haciendo ver que al arrendatario se le entregaba una industria en marcha —aun cuando la misma no existiera nada más que sobre el papel— y escapar así de la prórroga forzosa contemplada en la L.A.U.

En el análisis de tal realidad y en la suposición de que en alguno de los casos se estaba cometiendo, o se intentaba cometer, un fraude legis es donde, en mi opinión, hay que situar las posibles contradicciones jurisprudenciales y la casuística de la misma que responden al examen de unos hechos que, para el Tribunal sentenciador, puedan o no encubrir un negocio jurídico simulado: de ahí la falta de generalidad de las soluciones adoptadas —partiendo de premisas generales— y el que en algunos casos fuera difícil el distinguir, si hacemos abstracción de las premisas fácticas, la diferente motivación entre distintas soluciones jurisprudenciales.

Con arreglo a la Ley entiendo que es claro que el arrendamiento de industria por su concepto —no es local habitable y no es vivienda— queda fuera del ámbito del mismo y habrá que recurrir a las normas generales del Código Civil y a lo pactado para regular su contenido.

Al no existir una precisión, como la contenida en el antiguo artículo 3.3 de la anterior L.A.U., no existirá una clara diferenciación legal de un contrato y otro, habiendo que estar a lo pactado por las partes, pudiendo servir la normativa anterior de punto de referencia, pero sin olvidar que no hay que sospechar que se trate de acudir a un arrendamiento de industria como base para burlar la L.A.U., y excluida tal presunción, calificar a la vista de lo que indica el contrato y de los actos coetáneos y simultáneos de las partes, al contrato como de arrendamiento de industria o arrendamiento urbano.

El anterior texto aprobado por Decreto del 64 contenía una excepción en cuanto a la normativa de los arrendamientos de industria cuando fueran de espectáculos, el cual lo sometía a la prórroga forzosa.

Tal normativa es evidente que no tiene ninguna razón de aplicación en el futuro y el arrendamiento, si es de industria, fuera la que fuese, se regirá por lo que pacten las partes y por el Código Civil, todo ello sin perjuicio de los derechos adquiridos y de los regímenes transitorios.

5.º Arrendamientos complejos

Ni la Ley 29/94 ni el texto legal anterior comprendían para nada entre las exclusiones del mismo a los arrendamientos complejos.

Por arrendamientos complejos pueden entenderse no los arrendamientos atípicos, sino aquellos que tienen una complejidad en sus

pactos⁵⁷, aunque en un solo contrato, con contraprestaciones que rebasan los puramente arrendaticios o figuras entremezcladas que la superan⁵⁸.

José Luis Albácar López señala como características especiales de los arrendamientos complejos, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo las siguientes:

«A) Tratarse de un contrato unitario, a diferencia de los múltiples, bien sean formalmente unidos o conexos, pudiendo recaer sobre un objeto simple o sobre una multiplicidad de objetos.

B) Contener en su convenio las prestaciones típicas del contrato de arrendamiento de fincas urbanas, es decir, la obligación por parte del arrendador de entregar al arrendatario el uso de una finca urbana por un tiempo determinado y una renta cierta, y

C) Hallarse, además, pactadas por los contratantes, otras prestaciones extrañas al arrendamiento y propias de otras fincas jurídicas diferentes, prestaciones que, además, deben tener, como las arrendaticias, carácter principal. La doctrina jurisprudencial ha resaltado la precisión de que la complejidad provenga de cláusulas principales y no accesorias, al decir que las prestaciones pactadas con carácter principal y a las que hay que acudir preferentemente para determinar la naturaleza jurídica del contrato son la cesión del uso o disfrute de unos inmuebles por tiempo determinado y pago de un precio cierto.»⁵⁹

En definitiva se trata de que se conciertan unas obligaciones que por una parte son propiedad de un contrato de arrendamiento, y por otra parte, extrañas y ajenas al mismo, siendo un complejo entrelazado de relaciones lo que se crea: situación que nada tiene que ver con la de un contrato de arrendamiento ordinario en el que se incluyan unas cláusulas más o menos complejas.

Tal complejidad, según el Tribunal Supremo, hacía que debiera acudir-se al procedimiento civil ordinario para dirimir las diferencias surgidas⁶⁰.

Los contratos complejos estaban, según la jurisprudencia, excluidos de la Ley de Arrendamientos Urbanos y regidos por el Código Civil⁶¹.

¿Qué sucederá con el nuevo texto legal?

Si la complejidad viene dada por la interconexión de diversos contratos, tal como señala la jurisprudencia, parece obvio que no se pueda recurrir a la figura del arrendamiento por mucha libertad de pactos que

⁵⁷ S. 26 de marzo de 1979, Ar. 1.189.

⁵⁸ S. 25 de noviembre de 1972, Ar. 4.664.

⁵⁹ «Ley de Arrendamientos Urbanos (Comentarios y jurisprudencia)», tomo I, p. 35.

⁶⁰ Ss. 10 de octubre de 1970, Ar. 4.639, 28 de setiembre de 1972, Ar. 3.808 y 13 de marzo de 1973, Ar. 910.

⁶¹ Ss. 16 de abril de 1975, Ar. 1.719 y 2 de febrero de 1978, Ar. 549.

exista dentro del mismo, porque nos encontraríamos ante una figura específica, mezcla de distintos contratos, que debe regularse primordialmente por sus propios pactos sin que ninguna de las modalidades del arrendamiento sea la adecuada para regirlo.

Por supuesto que las afirmaciones anteriores no son válidas si refiriéramos la complejidad al número de cláusulas de un contrato que sea puramente arrendaticio, el cual entraría dentro de las prescripciones de la nueva Ley por muchas estipulaciones que contengan.

6.º Arrendamientos *ad meliorandum*

La última figura jurídica a examinar como posible causa de excepción de la regulación de la Ley arrendaticia es la de los arrendamientos «ad meliorandum» o «ad edificandum».

Ni la nueva Ley, ni la antigua regulación contenida en el texto refundido de diciembre de 1964 se refieren para nada a tal tipo de arrendamientos.

Porcioles⁶² define al arrendamiento *ad meliorandum* como «aquellos en que la arrendataria asume como obligación principal la de mejorar la finca (poniéndola en mejores condiciones de cultivo, construyendo en ella) y en que el precio se sustituye total o parcialmente por esta obligación».

Se trata, en esencia de unos arrendamientos en que las obras o mejoras que hace el arrendatario constituye la contraprestación, o al menos parte de la misma, por la cesión del bien arrendado.

Una modalidad análoga la constituye el arrendamiento «ad edificandum» en el cual la obligación paralela del arrendatario es construir a sus expensas una nueva edificación⁶³.

En ambos supuestos las obras realizadas o el edificio construido, quedan en propiedad del arrendador una vez terminado el arrendamiento.

El Tribunal Supremo ha estimado que el arrendamiento en el cual se contenga el pacto de que el arrendatario efectúe unas obras que al final de las mismas queden en propiedad del arrendatario, obras de importancia, cuya realización iguale o supere en valor económico a la renta pactada, son arrendamientos atípicos y específicos que están excluidos de la Ley de Arrendamientos Urbanos⁶⁴.

⁶² Citado por Miguel Angel del Arco en *Diccionario de Derecho Civil*, p. 133.

⁶³ S 13 de febrero de 1979.

⁶⁴ Ss. 10 de octubre de 1970, Ar. 4.369, 25 de noviembre de 1971, Ar. 5.013, 15 de febrero de 1979, Ar. 444 y 25 de marzo de 1979, Ar. 1.189 y la S. de la Audiencia de Barcelona, de 30 de julio de 1988, R.G.D. p. 6.179.

Si ello era así con arreglo a la anterior L.A.U. estimo que con la nueva Ley la situación legal es la misma, ya que no puede comprenderse dentro de la escueta regulación arrendaticia, un contrato en el que la obligación primordial del arrendatario sea o mejorar de manera importante el local arrendado o realizar una nueva construcción.

En el orden práctico la distinción para saber si se trata o no de contrato de arrendamiento le vendrá dada por la importancia de la reparación o de la edificación en relación con la renta.

7.º Arrendamientos atípicos

Como última posible causa de exclusión de la L.A.U. vamos a ocuparnos a continuación de los llamados arrendamientos atípicos es decir, de aquellos cuyos supuestos especiales no vengán encardinados dentro de la normativa arrendaticia.

A la vista de la redacción de la nueva Ley estimo que la posibilidad de contratos arrendaticios atípicos (siempre que se trate de edificios habitables) no encuadrados dentro de las dos nuevas categorías creadas no existe, porque si se trata de un contrato de arrendamiento, por muy atípico que sean sus pactos, deberán ser encuadrados en una de las dos categorías legales o, alternativamente, habrá que remitirse a un contrato complejo o a alguna otra de las figuras excluidas de la L.A.U., a las cuales se acaba de hacer referencia en los párrafos anteriores.

Pero el contrato atípico como tal, dentro de la categoría del arrendamiento pienso que no tiene cabida con la nueva normativa.

Como conclusión a este artículo hay que decir que fuera de las exclusiones previstas, todos y cada uno de los contratos de arrendamiento vendrán regidos por la nueva Ley en cualquiera de sus alternativas.

Bibliografía sumaria

1. Obras anteriores a la Ley 29/94

ALBARCAR LÓPEZ: *Ley de Arrendamientos Urbanos (comentarios y jurisprudencia)*. Granada, 1989.

FERRER MARTÍN: *El objeto contractual como función atractiva de la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Pretor, octubre de 1956, pp. 725.

FUENTES LOJO: *Nueva Suma de la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Barcelona, 1994.

LACASA COARASA: «¿El actual arrendamiento urbano es contrato? Algunas observaciones para su calificación jurídica». *Revista General de Derecho*, 1949, p. 672.

LOS CERTALES FUENTES: *Arrendamientos Urbanos. Diez años de jurisprudencia*, Madrid, 1989.

PASCUAL NIETO: *Arrendamiento de locales destinados a espectáculos*. Pretor, junio de 1956, p. 448 y julio-agosto de 1956, p. 555, y octubre de 1956, p. 755.

SOTO NIETO: *Supuestos de inclusión y exclusión en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*. Alcoy, 1956.

2. Obras posteriores a la Ley 29/94

ALBARCAR LÓPEZ: *Arrendamientos Urbanos. Comentarios a la nueva Ley y legislación vigente*. Madrid, 1995.

ALVAREZ RODRÍGUEZ Y OTROS. *Anotaciones a la Ley de Arrendamientos Urbanos, Ley 29/94 de 24 de noviembre*. Oviedo, 1994.

CABALLERO GEA: *Ley de Arrendamientos Urbanos 29/94 de 24 de noviembre*. Madrid, 1995.

JOSÉ LEÓN CASTRO Y MANUEL DE COSSIO: *Arrendamientos Urbanos (La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994)*. Granada, 1995.

FERNÁNDEZ HIERRO: *La resolución arrendaticia urbana, con arreglo a la Ley 29/94*. Granada, 1995.

FERNÁNDEZ HIERRO: *Los procedimientos arrendaticios Urbanos, con arreglo a la Ley 29/94*. Granada, 1995.

VICENTE GUILARTE GUTIÉRREZ Y OTROS: *L.A.U. La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*. Valladolid, 1994.

LOZANO ROMERAL Y DE FUENTES BARDAJIL: *Todo sobre la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*. Barcelona, 1994.

JAVIER O'CALLAGHAM Y OTROS: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/94 de 24 de noviembre)*. Madrid, 1994.

MARÍA ROSARIO VALPUESTA FERNÁNDEZ Y OTROS: *Comentarios a la Nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*. Valencia, 1994.

M. FOUCAULT: LA PREGUNTA POR EL PODER

Patxi Lanceros

Para una lectura apresurada y ciertamente superficial, el *poder* sería el *concepto* central de la filosofía foucaultiana, el objeto —finalmente hallado— gracias al cual se recuperan unos primeros pasos titubeantes y alguna que otra reflexión despistada. Los primeros serían los pasos dados en pos de una tematización de la locura y la enfermedad, problemas ambos «políticamente sin importancia y epistemológicamente sin nobleza»¹. Las segundas aludirían al esfuerzo invertido en la polémica narración de una «historia de las ciencias» (*Las palabras y las cosas*) que, a la vista del trabajo posterior, no sería sino un paréntesis, una especie de capricho incrustado en la «verdadera» trayectoria foucaultiana; la que desde el principio acosa al poder, hostiga sus múltiples formas de aparición, desvela sus secretos, muestra sus maniobras y su injustificable insidia.

Es cierto que alguna frase de Foucault puede justificar esta percepción. Un ejemplo: respondiendo a una pregunta de M. Fontana en la que éste señala a Foucault que él ha sido el primero en «plantear al discurso la cuestión del poder», el filósofo francés afirma: «No pienso haber sido el primero en plantear esa cuestión. Al contrario, estoy sorprendido de la dificultad que tuve para formularla. Cuando lo pienso de nuevo, ahora, me pregunto, ¿de qué he podido hablar, por ejemplo, en la *Historia de la locura*, o en *El Nacimiento de la clínica*, si no era del poder?»².

La apreciación que, bien entendida, puede sugerir una interesante perspectiva de lectura de las primeras obras de Foucault, ha servido sin embargo para abonar la imagen de un pensador monolíticamente centra-

¹ FOUCAULT, M.: «Verdad y Poder». Entrevista con M. Fontana. En *Microfísica del Poder*. Ed. La Piqueta, Madrid, 1980 (MP), p. 176.

² *Ibid.*, p. 180.

do en el estudio del poder; de un pensamiento unívocamente referido al poder e incluso obsesionado por él³.

Incluso el nuevo ordenamiento de la obra foucaultiana que hoy es común, ha servido —salvo excepciones—⁴ para dar mayor credibilidad a la imagen de un Foucault casi ininterrumpidamente preocupado por el estudio del poder⁵: una vez desahuciado el prestigio metodológico de la arqueología, obras que antaño contaron entre las más presentables conquistas del método arqueológico y su aplicación al *saber*, pasan ahora a engrosar la nómina de estudios sobre el poder. Según esto, la *Historia de la locura* y *El Nacimiento de la clínica* ya no hablarían del saber psicológico-psiquiátrico y de su lenta elaboración, tampoco de la medicina en cuanto ciencia. El objeto sería institucional: el *manicomio*, el *hospital*. El objeto sería la institución que, a la luz de los estudios posteriores, vendría a incluirse en el «archipiélago carcelario»: una especie de prólogo —por lo tanto— al texto al que habitualmente se dirige la atención cuando de poder y Foucault se habla, *Vigilar y Castigar*: el nacimiento de la prisión.

La perspectiva que vamos a sostener en las siguientes páginas no sólo rechaza la anteriormente esbozada, sino que pretende oponerse abiertamente a ella. Resumimos en breves trazos los elementos fundamentales que posteriormente intentaremos articular:

- Constatar la presencia en la obra de Foucault de múltiples referencias al poder y a los poderes, al ejercicio del poder, a los efectos, tipos y formas de poder, etc..., no basta para concluir que el poder es el *tema general*, el *objeto central*, de su trabajo. Hay que preguntar aún más. Hay que interrogar, como el propio Foucault hace, *¿Por qué estudiar el poder?*⁶ A esta pregunta el mismo autor responde con una escueta afirmación: *la cuestión del sujeto*, y confirma, aun con evidente laconismo: «No es el poder lo que constituye el tema general de mis investigaciones sino el sujeto»⁷.
- Cuando Foucault estudia el poder, apenas se pregunta *¿qué es?* sino por el contrario *¿cómo se ejerce?* Parece no interesarle la

³ BERMAN, M.: *Todo lo sólido se desvanece en el aire*. Ed. Siglo XXI, Madrid, 1988, p. 24.

⁴ Entre ellas cabe mencionar a M. MOREY, atento a la totalidad de la trayectoria foucaultiana, en el prólogo a la obra de FOUCAULT *Tecnologías del yo*.

⁵ Entre otros DEWS, P.: *Power and Subjectivity in Foucault*, *New Left Review* 144, march-abril 1984, pp. 72-95; ALLEN, B.: «Government in Foucault», *Canadian journal of philosophy*. Vol. 21, Number 4, December 1991, pp. 421-440; BERMAN, M.: *Op. cit.*; BREUER, S.: *Die Gesellschaft des Verschwindens*, Junius Verlag, Hamburg, 1993.

⁶ FOUCAULT, M.: «The Subject and Power», in HUBERT L. DREYFUS and PAUL RABINOW: *Michel Foucault, Beyond Structuralism and Hermeneutics*, University of Chicago Press, 1982, pp. 208 ss.

⁷ *Ibid.*, p. 209.

esencia del poder, acaso porque no haya tal esencia. Parece interesarle más el ejercicio que el *Poder*, acaso porque no haya tal *Poder*. «En términos bruscos diría que referir el análisis del poder al *cómo* es introducir la sospecha de que el *Poder* no existe; es preguntarse en todo caso cuáles son los contenidos asignables que se avistan cuando se usa ese término majestuoso, globalizante y sustantificador; es suponer que se deja escapar un conjunto de realidades tremendamente complejas cuando uno se somete indefinidamente a la doble interrogación *¿Qué es el Poder? ¿De dónde viene el Poder?»*⁸.

- El tratamiento que Foucault hace de los «tipos de poder», de las «formas históricas de ejercer el poder», no pertenece a la pléyade de opciones teóricas que compiten en el ámbito de la Teoría política. Para todas ellas —independientemente de sus presupuestos e inclinaciones— el Poder existe al margen de sus condiciones históricas de ejercicio: se trataría de una especie de invariante conceptualmente atrapable que sobrevuela la historia y se metamorfosea en lo que respecta a las formas externas: instrumentos que usa, instituciones en las que se localiza, instancias de legitimación a las que invoca, etc... Para Foucault —nominalista, pluralista— no hay necesidad ni posibilidad de reducir la multiplicidad de poderes a la presunta unidad del Poder. No cabe el argumento de corte trinitario que sometería la variedad de poderes distintos al único Poder verdadero.
- Finalmente: Foucault sugiere un estudio concertado de las distintas prácticas de poder (dominio, gobierno, disciplina, normalización) y los distintos juegos de verdad (saber). Del conjunto saber-poder surgen las *tecnologías* (que pueden tener carácter institucional pero no es necesario que lo adquieran) en las que se constituye el sujeto visto desde la óptica de las relaciones entre los hombres (individuos y/o grupos). De este enunciado se siguen dos importantes conclusiones:
 - a) No hay subsunción del poder por el saber ni viceversa: ambos son autónomos y co-relativos.
 - b) El poder no es algo que le llega al sujeto desde el exterior: algo que se tiene, que se conquista o que se pretende. El poder es el universo de relaciones en el que se está. El conjunto de relaciones que constituyen sujeto (en un doble sentido que esclareceremos).

⁸ *Ibid.*, p. 217.

Estos cuatro puntos pueden servir como introducción a la lectura de algunos textos de Foucault que ahora iniciamos. A lo largo de ella no nos vamos a detener en determinados momentos de los cuales la crítica ha hecho emblema. Tampoco nos proponemos mostrar los esquemas teóricos de los cuales Foucault sería más o menos deudor: el propio Foucault ha insinuado reiteradamente alguno de ellos y multitud de monografías han subrayado los paralelismos (tanto los discutibles como los indudables) de Foucault con otros autores que toman el poder como objeto de sus investigaciones⁹. Lo que sí nos proponemos —en primer lugar— es subrayar la especificidad de la óptica foucaultiana aludiendo a alguna de las formas más habituales de tratar la temática del poder¹⁰.

Se puede afirmar que tal temática ha estado presente —de una u otra forma— a lo largo de la historia del pensamiento y ya desde sus inicios. Del poder tratan los sofistas, del poder habla Sócrates con Alcibiades en el diálogo platónico homónimo, al poder se refiere ocasionalmente la tragedia ática; San Agustín lo tematiza como una de las formas de *libido*, Santo Tomás ya introduce cuestiones de legitimidad y ejercicio, Maquiavelo indica cómo conseguirlo y cómo mantenerlo, Hobbes y Rousseau estudian el origen y postulan la forma óptima del poder, Montesquieu propone su legítima distribución, etc. Y en la ciencia social —a pesar del lamento de T. Parsons—¹¹ el concepto de Poder ha estado

⁹ Al respecto se ha producido en los últimos años una gran cantidad de bibliografía, que ya tiende a ser redundante. En lo que toca a la temática aquí planteada, los estudios comparativos de la óptica de Foucault con las de Nietzsche, Marx y Weber constituyen, con mucho, la mayor parte. Citamos brevemente los que consideramos más importantes: MAHON, M.: *Foucault's Nietzschean Genealogy*, State University of New York Press, 1992; PIZEK, J.: *The use and Abuse of «Ursprung» on Foucault's Reading of Nietzsche*, Nietzsche Studien 19/1990, pp. 462 ss.; ANSELL-PEARSON, K.: *The Significance of Michel Foucault's Reading of Nietzsche: Power, the Subject, and Political Theory*, Nietzsche Studien 20/1991, pp. 267 ss.; SMART, B.: *Foucault, Marxism and Critique*, Routledge and Keagan Paul, London 1983; BREUER, S.: *Die Gesellschaft des Verschwindens*, Junius Verlag, Hamburg 1993, pp. 41-64; BREUER, S.: «Sozialdisziplinierung. Probleme und Problemverlagerungen eines konzepts bei Max Weber, Gerhard Oestreich und Michel Foucault» en: SACHSSE/TENNSTEDT: *Soziale Sicherheit und soziale Disziplinierung*. Suhrkamp Verlag, Frankfurt/M 1986, pp. 45 ss.; NEUENHAUS, P.: *Max Weber und Michel Foucault*, Centaurus Verlag, Pfaffenweiler 1993; GORDON, C.: «The Soul of the Citizen: Max Weber and Michel Foucault on Rationality and Government» en: WHIMSTER/LASH: *Max Weber, Rationality and Modernity*, Allen Unwin, London 1987, pp. 293-316; O'NEILL, J.: «The disciplinary Society: from Weber to Foucault,» *The British Journal of Sociology* 37, n.º 1, 1986, pp. 37-60; VAN KRIEKEN, R.: «The organisation of the Soul: Elias and Foucault on Discipline and the Self», *Arch. europ. sociol.*, 31 (1990), pp. 353-371.

¹⁰ La presentación es necesaria, aunque necesariamente rápida y parcial. Para valorar adecuadamente el trabajo de M. Foucault en torno al poder conviene referir —siquiera a base de breves trazos— el ámbito en el que se inserta y con el que rompe.

¹¹ «El concepto de poder, lamentablemente, carece de arraigo en las ciencias sociales, tanto si se trata de sociología como de política». PARSONS, T.: «The distribution of power in American Society», *World Politics*, n.º 10, 1957, p. 139.

siempre presente y —a pesar de las diferentes definiciones— ha gozado de un rango especial.

Puede, en cualquier caso, aceptarse la apreciación de S. Lukes¹² al respecto de que el concepto de poder tiene siempre *carácter evaluativo* y es una *noción esencialmente contestable*: es decir, que el concepto de poder surge siempre de una perspectiva moral y política particular y opera dentro de ella (carácter evaluativo), y que es uno de esos conceptos que «inevitablemente implican disputas interminables sobre sus usos correctos por parte de los usuarios» pues su aplicación es inherentemente discutible. Esta doble característica —harto incómoda, ciertamente— del concepto de *poder* explica la constante proliferación de definiciones, la inmensa producción de respuestas a tales definiciones, y el tono que alcanzan las disputas cuando de poder se trata.

A pesar de la señalada dificultad y aún conociendo de antemano la vulnerabilidad de la propuesta, nos atrevemos a sugerir —en base al uso que posteriormente nos ha de reportar— una tímida clasificación de las definiciones sociológico-políticas de *poder* en dos grandes tipos:

1. En el primer grupo hallamos definiciones de corte psico-social que destacan o sitúan en primer plano el conflicto de *intereses y/o voluntades*, para acabar definiendo el poder como la *resolución exitosa del conflicto* (es obviamente necesario el recurso a expresiones como imposición, manipulación, influencia) y aludiendo a un sujeto (individual o colectivo) que *tiene* tal poder de resolver el conflicto a su favor mientras otro sujeto (asimismo individual o colectivo) carece absoluta o relativamente de él.

De las definiciones que formarían parte de este primer grupo señalamos dos por su importancia:

En primer lugar la de Max Weber: «*Poder (Macht)* significa la probabilidad de imponer la propia voluntad dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad¹³».

Como es sabido, Weber completa la definición de Poder (*Macht*) con las definiciones relacionadas de dominación (*Herrschaft*) y disciplina¹⁴: «Por *dominación* debe entenderse la proba-

¹² LUKES, S.: *Power. A radical View*, McMillan Press, London, 1974, p. 26. El texto, magnífico en su concisión y claridad, resulta imprescindible como trasfondo de lo que aquí enunciamos.

¹³ WEBER, M.: «Economía y Sociedad». *Fondo de Cultura Económica*, México, 1984, p. 43.

¹⁴ Al respecto de los problemas que genera el uso del término *Poder* en los distintos idiomas, véase el esclarecedor artículo de ARON, R.: *Macht, Power, Puissance: prose démocratique ou poésie démoniaque?* Archiv. Europ. Sociol., V (1964), pp. 27-51.

bilidad de encontrar obediencia a un mandato de determinado contenido entre personas dadas; por *disciplina* debe entenderse la probabilidad de encontrar obediencia para un mandato por parte de un conjunto de personas que, en virtud de actitudes arraigadas, sea pronta, simple y automática»¹⁵. Weber afirma que el concepto de poder (*Macht*) es sociológicamente *amorfo*, mientras el de *dominación* (*Herrschaft*) aparece precisado por la apelación al mandato y a la obediencia. Coincido con la apreciación de Weber al respecto del carácter amorfo de la noción de Poder. Es importante constatarlo pues tal apreciación afecta a todos los esquemas teóricos que definen el concepto de poder —dentro de este primer grupo— como resolución exitosa de un conflicto, latente o patente, de intereses o voluntades. De tal carácter amorfo da cuenta la consecución del argumento que con la definición de *poder* se inicia: de ella se deriva que alguien (el que impone la propia voluntad) *tiene* poder. Ahora bien, cabe preguntar *¿Qué tiene el que tiene poder?* y entonces la respuesta nos sacaría del ámbito de la pregunta pues necesariamente tendría que aludir a algún otro elemento (prestigio, carisma, fuerza, dinero, fama...) que aparecería como previo al poder y como su condición de posibilidad.

Tal carácter amorfo del poder afecta a toda teoría o definición según la cual el poder se *tiene*. Entre ellas cabe señalar la teoría de las élites de C. Wright Mills o la teoría pluralista esquemáticamente representada por la definición de R. Dahl: «A tiene poder sobre B en la medida en que puede conseguir que B haga algo que de otra manera no haría»¹⁶ que ha generado en los Estados Unidos toda una tradición concernida por el estudio de «adopción de decisiones».

No continuamos añadiendo definiciones (que serían moderadamente redundantes). Señalamos tan sólo algo que, desde nuestra perspectiva de estudio, es fundamental: las teorías que inciden en el poder como *resolución exitosa de un conflicto de voluntades o de intereses*:

- a) Pretenden haber dado una definición general, universal e intemporal del poder: filosóficamente hablando diremos que tales definiciones presumen de haber hallado la *substancia* del poder, perseverante, por lo tanto, bajo todas las transformaciones históricas.

¹⁵ WEBER, M.: *Op. cit.*, p. 43.

¹⁶ DAHL, R.: «The concept of Power», en BELL/EDWARDS/WAGNER: *Political Power. A Reader in Theory and Research*, MacMillan, London, 1969, p. 80. De C. WRIGHT MILLS, cabe citar: *The power Elite*, Oxford University Press 1956, esp. cap. 12; *Power, Politics, People*, Oxford University Press, 1963.

- b) Retienen *tan sólo* los aspectos negativos del poder: coerción, influencia, autoridad, manipulación, represión, etc.
2. El segundo tipo de definiciones del poder (siempre en el terreno sociológico-político) sería el de aquellas que no destacan el conflicto sino el consenso, que no aluden a intereses (y voluntades) enfrentados sino al «interés común» y a la «voluntad general» como soporte, fundamento y legitimación del poder. Se trata de una perspectiva que —en la época moderna— fue sugerida por Comte y que, con matices diferenciales, se percibe en T. Parsons, H. Arendt, J. Habermas, etc.¹⁷

La definición de T. Parsons «Poder es una capacidad generalizada de garantizar el cumplimiento de obligaciones vinculantes por parte de unidades dentro de un sistema de organización colectiva, cuando las obligaciones se legitiman mediante la referencia a su repercusión en los objetivos colectivos y donde en caso de actos recalcitrantes (*recalcitrance*) se dé presunción de ejecución a través de sanciones negativas sea quien sea el agente efectivo (*actual*) de tal ejecución»¹⁸ subraya el carácter colectivo de la toma de decisiones, el carácter general de la voluntad y el interés, el carácter sistémico del conjunto. «La conceptualización del poder de Parsons —afirma S. Lukes— asocia a éste con la autoridad, el consenso y la persecución de metas colectivas, y lo disocia de los conflictos de intereses y, en particular, de la coerción y la fuerza»¹⁹.

El poder se define desde la autoridad institucionalizada, como garante y portavoz de los intereses colectivos, de la voluntad general y, por lo tanto, del mantenimiento del sistema. Concebido como «*a circulating medium, analogous to money*»²⁰, como medio generalizado a través del que se movilizan adhesiones y obligaciones en vista del interés de todos, el poder —como tal— carece de elementos negativos: la coerción, el uso de la fuerza, etc., quedan fuera de la definición de poder.

Algo similar sucede con la definición de poder de H. Arendt, tal y como se refleja en *On Violence* (y como hacen notar J. Habermas y S. Lukes)²¹: «El poder corresponde a la capacidad hu-

¹⁷ Y esto, a pesar de que el último (J. Habermas) haya expresado sus críticas a la concepción de Parsons y Arendt y en él el consenso tenga carácter regulativo y no constitutivo.

¹⁸ PARSONS, T.: «On the Concept of Political Power», en *Sociological Theory and Modern Society*, MacMillan, London, 1967, p. 308.

¹⁹ LUKES, S.: *Op. cit.*, p. 28.

²⁰ PARSONS, T.: *Op. cit.*, p. 306.

²¹ De H. ARENDT: *On Violence*, Penguin, London, 1970; *The Human Condition*, University of Chicago Press, 1973. La crítica de Habermas en: *Perfiles filosófico-políticos*, Taurus, Madrid, 1984, pp. 200-222; la de Lukes, en *Op. cit.*, p. 29 s.

mana no sólo de actuar, sino de actuar de manera concertada. El poder no es nunca la *propiedad* de un individuo; pertenece a un grupo y existe tan sólo mientras el grupo permanece unido. Cuando decimos que alguien «está en el poder» nos referimos efectivamente a que tiene poderes de un cierto número de personas para que actúe en su nombre. En el momento en que desaparece el grupo que dio origen al poder en un principio (*Potestas in populo*: sin un pueblo o un grupo no hay poder), «su poder» se desvanece igualmente»²². Un poco antes señala: «Lo que presta poder a las instituciones y a las leyes de un país es el apoyo del pueblo, que a su vez es la *continuación de aquel consenso originario* que dio vida a las instituciones y a las leyes»²³.

En la definición de H. Arendt no hay mención a actitudes de dominio, coerción y violencia. Por esencia, según H. Arendt (por efecto de la definición, según nosotros) la violencia desaparece del ámbito del poder. Poder y violencia se repelen, pueden alternar pero no darse conjuntamente, hasta el punto de que «hablar de un poder no-violento es —según H. Arendt— una redundancia». «Poder y violencia —continúa la autora— son contrarios, pues donde el uno domina de manera absoluta, la otra está ausente. La violencia aparece donde el poder corre peligro, pero abandonada a su suerte acaba con el poder»²⁴.

La definición de H. Arendt no postula la primacía del sistema, como la anterior de Parson, pero coincide con él en el supuesto consensual. Para estos autores el poder es una fuerza exenta de rasgos negativos. Es el garante de la realización de la metas colectivas y actúa, por lo tanto, en beneficio de todos.

Cabe sospechar que, además de otros graves problemas como el de determinar lo que sean la voluntad colectiva y el interés general, la representación o el «mantenimiento del consenso», nos hallamos ante una *solución terminológica* de un problema nada conceptual. Es la definición la que aparta del poder cualquier rasgo negativo al establecer —sin más fundamento que una determinada opción sustentada en una determinada «perspectiva moral»— la equivalencia *poder = consenso*. El conjunto de categorías que acompañan a la noción de conflicto (violencia, lucha, fuerza, imposición...) es relegado a un exterior salvaje que, con respecto al poder, aparece como su estricto contrario; en cualquier caso como su negación o amenaza.

²² ARENDT, H.: *On Violence*, ed. cit., p. 44.

²³ *Ibid.*, p. 42.

²⁴ *Ibid.*, p. 56.

Señalo a continuación una serie de rasgos que me merecen centrales en la concepción del *Poder* de H. Arendt pero que pueden hacerse extensivos (con inevitables cambios terminológicos) a todos los modelos teóricos que hacen del *consenso* el fundamento del poder, tanto de su origen o erección como de su mantenimiento o legitimidad. La presentación de tales rasgos —eminentemente crítica— no pretende tanto describir completa y correctamente el modelo como apuntar una serie de dudas, localizar puntos que, si no han de ser rotundamente negados, deben, cuando menos, pensarse en profundidad:

- Nos hallamos ante una definición del poder *meramente política*. Queremos decir con ello que H. Arendt sólo considera el poder en cuanto se localiza en (se asemeja a, participa de) el Estado. El hecho de que la equivalencia *poder = Estado* sea la que ha prevalecido en la reflexión política moderna no indica un camino a seguir sino que sugiere una óptica deficiente o restringida. Pues no todos los poderes se localizan en el Estado: el Estado no es la síntesis del poder, no es el garante superior y el lejano fundamento de los «poderes» que se ejercen capilarmente, los que —por otra parte— constituyen el entorno inmediato de cada individuo y conforman el esqueleto de cada grupo.
- Todas las teorías que hacen del consenso el elemento constitutivo del poder nos sitúan, de nuevo, ante lo que podemos denominar la «*invariante política*»: la esencia del poder es consenso. El concepto así construido pretende universalidad por encima de las variaciones y accidentes históricos.
- El encuadre de la definición de poder de H. Arendt es valorativo y los contenidos de la misma son decididamente normativos. No sé —y tampoco es mi cometido decidirlo aquí— si localiza eficazmente el «debe ser» del poder. Lo cierto es que cabe dudar, como afirma Habermas, de la «utilidad científica del concepto» así construido²⁵. Más concretamente, elevado a concepto universal y definido en función del consenso, el concepto de poder carece de capacidad descriptiva frente a la multiplicidad de los poderes histórica y localmente constituidos.
- No es convincente la operación de soslayar, por obra y gracia de la definición, los aspectos negativos, el «lado oscuro» del poder. Y si es cierto que toda definición implica una previa de-cisión, es decir, un corte y un establecimiento de límites, también es cierto que la definición ha de ser comprensiva y no caprichosamente discri-

²⁵ HABERMAS, J.: *Op. cit.*, p. 208.

minante. En cualquier caso, la dificultad de un trayecto no se elimina borrando *en el mapa* las dificultades orográficas. Y tal es lo que sucede con la definición de H. Arendt del poder: el trabajo cartográfico (la definición, el concepto) genera la ficción de una geografía amable; el territorio del poder es, sin embargo, espinoso, a menudo violento, eventualmente coercitivo. Forzando retóricamente el argumento, cabe afirmar que las ficciones de Kafka²⁶ tienen mayor capacidad descriptiva y heurística que las definiciones consensuales del poder. Las primeras condensan fragmentos de experiencia vivida y construyen con ellos una hipérbole que se sabe tal: su técnica consiste en «llevar al extremo», en buscar «las últimas consecuencias», en buscar —de algún modo— el *antitipo* ideal. Las definiciones consensuales —en las antípodas de las ficciones kafkianas— proyectan una ficción inconsciente de apariencia conceptual cuya vinculación con la realidad (el poder tal y como cotidianamente se ejerce en condiciones socio-históricas concretas y entre actores históricos concretos) es más bien dudosa.

Los dos grupos mencionados completan —en lo esencial— el panorama de ofertas conceptuales al respecto del poder. He tomado como tales tan sólo aquellas que pretenden, cuando menos, estudiar el poder como elemento autónomo, si bien relativo al resto de elementos que se entrelazan a la estructura social. La omisión de las diversas corrientes de pensamiento marxista no se debe a olvido o a error. Comparten todas ellas la convicción inicial de que el poder depende —en mayor o menor grado— de la infraestructura económica, es decir, que el poder y con él la totalidad del «nivel político» está *determinado* (o *sobredeterminado*)²⁷. La concepción marxista del Estado y del poder político nos llevaría pues a enfrentarnos al concepto de *dominación* implicado en la lucha de clases, al propio concepto de clase, y al marco económico en el que las clases se definen.

De lo dicho hasta ahora podemos resumir en breves trazos unas características generales que han de servirnos como trasfondo crítico:

- a) El concepto de poder es, a pesar de Parsons, un concepto con prestigio evidente —y creciente— en las ciencias sociales.

²⁶ Una lectura socio-política de las ficciones de Kafka en: GONZÁLEZ GARCÍA, J.M.: *La máquina burocrática. Afinidades electivas entre Max Weber y Kafka*. Ed. Visor, Madrid, 1989; cfr. mi crítica a este texto en la *Revista Internacional de Filosofía Política*, n.º 3, primavera 1994.

²⁷ Especialmente interesantes en este sentido: POULANTZAS, N.: *Poder político y clases sociales en el estado capitalista*. Ed. Siglo XXI, Madrid, 1975, pp. 117-146; MILIBAND, R.: *El estado en la sociedad capitalista*, Ed. Siglo XXI, México, 1985.

- b) La investigación se centra principalmente en torno al concepto de *poder político*.
- c) La imagen o la figura del Estado preside la práctica totalidad de las reflexiones sociológicas al respecto del poder.
- d) Del poder se pretende un concepto unívoco que garantice la universalidad del objeto.

Y si es cierto que estos rasgos generales componen las coordenadas básicas entre las que se ha mantenido la disputa teórica al respecto del poder a lo largo de los últimos decenios, no puede sino concluirse que la reflexión de Michel Foucault ha debido resultar sorprendente, difícilmente aceptable en el marco teórico prefijado, resueltamente disidente para con las categorías usuales y, por lo tanto, original, caprichosa e incluso extravagante.

Del poderoso y complejo entramado crítico, histórico y descriptivo que completa el trabajo foucaultiano con respecto al poder, extraemos una idea general que ha de servir de falsilla hermenéutica: Foucault no afronta el estudio del poder con vistas a una teoría política, no se trata tanto de una teoría del poder destinada a convertirse en alternativa a las ya existentes sino una analítica del poder orientada al estudio de las técnicas de constitución del sujeto en su relación con «los otros». De este modo, el ámbito del poder se inserta en el *proyecto general* de M. Foucault en la forma de una «Ontología histórica de nosotros mismos en las relaciones de poder que nos constituyen como sujetos actuando sobre los demás»²⁸.

Para entender esta perspectiva e insertarla en la obra foucaultiana con todas sus consecuencias —y son muchas— es preciso repudiar alguno de los esquemas que una lectura superficial genera, alguno de los prejuicios que una lectura parcial sustenta. Fundamentalmente dos: el de un Foucault preocupado únicamente por el rigor de la institución, por la proximidad del aparato (sea éste manicomio, cárcel o sanatorio), por el ambiguo prestigio del edificio y su entorno humano y epistémico; y el de un Foucault subyugado por la omnipresencia de un fantasma (el Poder) al que habría dotado de *dimensiones cósmicas* negándole además las características que habrían permitido someterlo conceptualmente: un poder que se hallaría «*überall und nirgendwo*» ubicuo y esquivo, inmediato y distante, trascendente e inmanente. Muchas de las críticas a la filosofía de Foucault (sin duda la de Habermas, y tras él las de Dews, Breuer, Honneth, etc.)²⁹ ponen en juego los dos prejuicios antes mencionados

²⁸ FOUCAULT, M.: en DREYFUS/RABINOW, *Op. cit.*, p. 237; MOREY, M.: en *Tecnologías del yo*, Paidós, Barcelona, 1990, p. 25.

²⁹ HABERMAS, J.: *Der philosophische Diskurs der Moderne*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt/M 1985, pp. 279-343; BREUER, S.: *Op. cit.*; DEWS, P.: *Op. cit.*; HONNETH, A.: *Kritik der Macht*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt/M, 1986.

para apoyar sobre ellos (y agotar en ellos) el fecundo trabajo foucaultiano sobre las técnicas de subjetivación en el ámbito del poder.

Tan sólo un ejemplo: Habermas imputa a Foucault la inmoderada extensión al conjunto social —como «moderna tecnología de dominación»— del «arquetipo de la institución cerrada que Foucault descubre primero en el mundo del asilo reconvertido en clínica» y que «retorna en las figuras de la fábrica, de la prisión, del cuartel, de la escuela y del colegio militar»³⁰ constituyéndose en signo de victoria de una razón reglamentadora. En el mismo texto le acusa de haber heredado de Nietzsche un concepto «absolutamente asociológico de poder» que, de forma insidiosa, cobra esa imagen camaleónica y difusa a la que antes hacíamos referencia. Escuchemos a Habermas: «lo único que perdura es el poder, el cual en el cambio de procesos de avasallamiento anónimos aparece bajo máscaras siempre nuevas»³¹. Tal poder, substantificado y deificado (o demonizado) es, a juicio de Habermas, el «irritante concepto básico» (*irritierende Grundbegriff*) de la crítica de Foucault a la razón.

¿Cómo combinar esa imagen proteica del poder tal y como Habermas lo percibe en la obra de Foucault con la sospecha, propiamente foucaultiana, de que el Poder «no existe»? ¿Cómo compatibilizar ese fantasma del poder ubicuo y eterno, mil veces transformado por la multiplicación de las máscaras, con la precisa localización y la discreta presencia que Foucault adscribe a las «prácticas de poder»?

Lo que sucede es decididamente simple en cuanto a su explicación, y evoca una pretérita disputa —acendrada y nada estéril— acaecida en Europa en torno al siglo XIV: Habermas, fascinado por el anejo prestigio del concepto, no puede entender que la palabra rehúse captar la sustancia universal del poder (que ésta resida en la «imposición de la propia voluntad» o en el «consenso» sería posteriormente discutible); Foucault, indiscretamente nominalista, niega a la vez la sustancia, la universalidad y el concepto: «Hay que ser nominalista, sin duda: el poder no es una institución, y no es una estructura, no es cierta potencia de la que algunos estarían dotados: es el nombre que se presta a una situación estratégica compleja en una sociedad dada»³².

La presunta «universalidad» del poder, su fatal omnipresencia no responde al modelo de una sustancia que se transforma y a la vez se mantiene, idéntica a sí misma, bajo las apariencias diversas. No, en cada sociedad, en cada época, hay una forma particular de poder, local y lo-

³⁰ HABERMAS, J.: *Op. cit.*, p. 287.

³¹ *Ibid.*, pp. 297 s.

³² FOUCAULT, M.: *Histoire de la sexualité. La volonté de savoir*, Gallimard, París, 1976 (Trad. esp. *Historia de la sexualidad I. La voluntad de saber*, Siglo XXI, Méjico 1977, en adelante HSI), p. 113.

calmente analizable; lo cual quiere decir que en *toda* sociedad hay *relaciones* de poder, no que cada sociedad esté sometida a la forma universal del poder y estructurada por ella. En palabras de Foucault: «La palabra “poder” amenaza con introducir varios malentendidos. Malentendidos acerca de su identidad, su forma, su unidad. Por poder no quiero decir “el Poder”, como conjunto de instituciones y aparatos que garantizan la sujeción de los ciudadanos en un Estado determinado. Tampoco indico un modo de sujeción que, por oposición a la violencia, tendría la forma de la regla. Finalmente, no entiendo por poder un sistema general de dominación ejercida por un elemento o un grupo sobre otro, y cuyos efectos, merced a sucesivas derivaciones, atravesaría la totalidad del cuerpo social. El análisis en términos de poder no debe postular, como datos iniciales, la soberanía del Estado, la forma de la ley o la unidad global de una dominación; éstas son más bien formas terminales»³³.

Así pues, el poder aparece en toda (y en cada) sociedad porque sociedad es un conjunto de relaciones de poder: «Vivir en sociedad es vivir de tal manera que sea posible la acción de unos sobre la acción de los otros. Una sociedad sin relaciones de poder no puede ser sino una abstracción»³⁴. Relaciones de poder, por lo tanto, y no *poder* (ni *Poder*). Foucault afirma que el poder no existe ni con mayúscula ni con minúscula (*something called Power, with or without a capital letter, wich is assumed to exist universally in a concentrated or diffused form, does not exist*)³⁵. Del poder sólo existen relaciones concretas y actuales; más el ejercicio que la lejana posibilidad. De ahí que Foucault afirme, de forma ciertamente sorprendente que él *no habla de poder*: «Yo apenas utilizo la palabra poder, y en las ocasiones en que lo hago se trata simplemente de resumir y abreviar la expresión que constantemente uso: relaciones de poder»³⁶. Relaciones de poder, por lo tanto, y no *poder* sin más: multiplicidad de relaciones y no una substancia esquivada y ubicua; omnipresencia de las relaciones (pues una sociedad no es sino un conjunto de relaciones) y no omnipresencia de un objeto persistente y enigmático. «El poder está en todas partes —afirma Foucault—, no es que lo englobe todo, sino que viene de todas partes»³⁷.

A partir de estas notas, breves pero suficientemente clarificadoras, resulta más fácil acotar el terreno en el que vamos a situarnos. Recurriendo a los siempre gratos y esquemáticos pares de oposición diremos que se

³³ *Ibid.*, p. 112.

³⁴ En DREYFUS/RABINOW: *Op. cit.*, pp. 222 s.

³⁵ *Ibid.*, p. 219.

³⁶ BECKER, H.: *Freiheit und Selbstsoraer. Gespräch mit Michel Foucault*, Materialis Verlag, Frankfurt, 1985, p. 19.

³⁷ *Hsl.*, p. 113.

trata —en el caso de Foucault— no de una *metafísica* sino de una *física* del poder; no de una substancia (en respuesta a la pregunta ¿qué es?) sino de múltiples *relaciones* (que responden a la pregunta ¿cómo se ejerce?); no de un presupuesto *universal* sino de infinidad de resultados *locales*.

Este triple desplazamiento sitúa las coordenadas fundamentales de la reflexión foucaultiana sobre el poder en un marco ajeno al de las anteriormente descritas. Es, por lo tanto, difícil afirmar tanto el parentesco como la oposición de la filosofía de Foucault para con las de Weber, Arendt, Parsons, Wright Mills, Habermas, etc. En la medida en que no comparten el mismo territorio, las coincidencias terminológicas (el uso por parte de todos ellos de la *palabra* «poder») no pueden sino conducir a graves confusiones. Si para algunos autores «Poder» aspira a rango conceptual, para Foucault es apenas una palabra, es más una abreviatura que no apunta permanentemente hacia el mismo objeto. Por ello, aunque resulte paradójico, la única respuesta cabal a la pregunta ¿qué es el poder? en la perspectiva foucaultiana, sería la siguiente: el poder no *es*.

Ahora bien, si la palabra «poder» designa *tan sólo* el mapa estratégico de las relaciones en una sociedad y en un momento dados, entonces no carece de sentido el gesto por el cual Foucault rompe la periodización durante mucho tiempo habitual de su obra, e incorpora los ensayos sobre la locura y la enfermedad a la nómina de estudios sobre el poder, insistiendo no tanto en la común pertenencia a la fase «genealógica» como en el hecho de que —de una u otra forma— estos escritos afrontan el problema de las relaciones entre los hombres en el seno del conjunto social, es decir, el tema-problema del poder. De esta forma, el tema del poder se convertiría en el primero (tal vez en el principal) del conjunto de la obra de Foucault. Tal conclusión, que puede no ser del todo errónea, resulta manifiestamente incompleta si nos fiamos de las reiteradas apreciaciones de Foucault al respecto de la continuidad y coherencia de su *proyecto general* y extraemos de ellas lo que afecta a la temática del poder. En todas las últimas intervenciones (artículos, entrevistas...) en las que Foucault se refiere tanto a sus libros pretéritos como a su trabajo en curso (*La Historia de la sexualidad*) aporta una serie de elementos que ubican la temática del poder —entendido como relaciones— en un horizonte teórico más complejo. También más interesante. Cito alguna de esas últimas intervenciones³⁸:

1. «En la segunda parte de mi trabajo he estudiado la objetivación del sujeto en lo que yo denominaría «prácticas escindentes». El

³⁸ A pesar de la, tal vez inmoderada, longitud del conjunto de citas, creo que es interesante apreciar tanto lo común a las diversas relecturas que Foucault propone de su propia trayectoria intelectual como los matices diferenciales que se perciben en algunos testimonios.

sujeto es dividido, sea al interior de sí mismo, sea escindido de los otros. Este proceso hace de él un objeto. La división entre el loco y el cuerdo, el enfermo y el hombre de buena salud, el criminal y el «buen chico» ilustra esta tendencia»³⁹.

2. «Sigue (en el orden de su trabajo) una ontología histórica de nosotros mismos en nuestras relaciones a un campo de poder, en el cual nos constituimos en sujetos actuando sobre los otros»⁴⁰.
3. «Michel Foucault ha intentado también analizar la constitución del sujeto tal y como éste aparece al otro lado de una división normativa y así deviene objeto de conocimiento a título de loco, de enfermo o de delincuente y esto a través de prácticas como las de la psiquiatría, la medicina clínica o la penalidad»⁴¹.
4. «Siempre ha consistido mi problema en determinar las relaciones entre el sujeto y la verdad: ¿cómo entra el sujeto en un juego concreto de verdad? (...) Esto me ha llevado a plantear el problema saber/poder, que no es para mí el problema fundamental sino un instrumento que posibilita estudiar las relaciones entre el sujeto y los juegos de verdad de una forma que me parece adecuada (...) Lo que he querido mostrar es cómo el sujeto se constituye de determinadas formas —que encierran juegos de verdad y prácticas de poder— como loco o sano, como delincuente o no-delincuente»⁴².
5. «Lo que me ha interesado (...) han sido precisamente las formas de racionalidad aplicadas por el sujeto humano sobre sí mismo (...). ¿Cómo se constituye el sujeto a sí mismo como objeto de conocimiento posible? ¿A través de qué formas de racionalidad y de qué condiciones históricas? ¿Y, finalmente, a qué precio? (...) En el estudio de las relaciones de poder no he intentado construir una teoría del poder. He pretendido estudiar cómo ha sido guiada la reflexión del sujeto y el discurso de la verdad: ¿cómo puede decir el sujeto la verdad sobre sí mismo? (...) En el límite diría que el poder, como cuestión autónoma, no me interesa»⁴³.
6. «Lo que he estudiado han sido tres problemas tradicionales: 1) ¿cuáles son las relaciones que tenemos con la verdad a través del conocimiento científico, con esos «juegos de verdad» que son tan importantes en la civilización y en los cuales somos, a la vez, su-

³⁹ En DREYFUS/RABINOW: *Op. cit.*, p. 208.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 237.

⁴¹ En: HUISMAN, D (Dir.): *Dictionnaire des Philosophes*, P.U.F., París 1984, p. 942.

⁴² En BECKER, H.: *Op. cit.*, pp. 17-18.

⁴³ FOUCAULT, M.: *Structuralism and Post-Structuralism* (Interview with G. Raulet) Telos, Vol. 16, n.º 55 Spring, 1983, pp. 202-203.

jeto y objeto?; 2) ¿cuáles son las relaciones que entablamos con los demás a través de esas extrañas estrategias y relaciones de poder?; 3) ¿cuáles son las relaciones entre verdad, poder e individuo?»⁴⁴.

Creo que sabrá disculparse la longitud de las citas. El interés del conjunto teórico que diseñan las hace necesarias no sólo para reclamar una nada dudosa coherencia de la obra de Foucault sino para imprimir un cambio de perspectiva que disipe algunas filiaciones sospechosas, disperse algunos lugares comunes y haga vanas muchas críticas.

Lo que permite esta secuencia de citas en las que Foucault propone unas claves de relectura de su obra (pretérita y «presente») es interpretar esta última en base, no a una cronología simplista, ni a una sucesión metodológica cada vez más dudosa, sino, mucho más importante, en base a una serie de presupuestos ideológicos, ideas rectoras o convicciones fundamentales, algunas de las cuales no han merecido por parte del autor un tratamiento esmerado, aunque sí suficientes alusiones como para que no resulte excesivamente arriesgado proponerlas aquí como horizonte de interpretación.

En primer lugar, un inveterado *nominalismo* (la expresión no entraña ningún matiz crítico; pretende solamente alcance descriptivo). Las expresiones hatualmente utilizadas por Foucault inducen decididamente a error si no se tiene en cuenta el supuesto nominalista. Foucault trabaja sobre el «saber», el «poder», el «sujeto», la «sexualidad». Es cierto si (y sólo si) se acepta que tales expresiones no tienen valor conceptual, que no designan universales. El *saber* sólo existe en cuanto discurso: «lo ya dicho y ya escrito», localizado por lo tanto, ubicado en un determinado lugar y momento. Lo mismo cabe decir del *poder*: no se trata de ese fantasma que insidiosamente se distiende y se apodera de la totalidad de la historia. Habermas afirma al respecto de Foucault: «Lo único que perdura es el poder». Se trata de un defecto de intelección, de un error de perspectiva. El poder ni perdura ni puede perdurar porque «el poder» no existe. No se trata de un abuso retórico. Es preciso asumir la expresión literalmente. Independientemente de lo que propongan las teorías políticas al uso, para Foucault —y para el que esto suscribe— no existe «el poder»: existen relaciones de poder, prácticas de gobierno, acciones localizadas y a menudo minúsculas que no conforman una unidad de la que cabría extraer concepto o narrar su historia. No. La historización del poder en los escritos de Foucault hay que entenderla como la *producción* de una historia de las prácticas de gobierno: prácticas que se suman, que se

⁴⁴ FOUCAULT, M.: *Tecnologías del yo*. Ed. cit., p. 150.

yuxtaponen, que se sustituyen, que se intersectan; todo menos recogerse en ese lugar común, hospitalario y sintético, que sería *el poder*. Nominalismo, por lo tanto, y en sentido estricto; no hay un poder que vincula la pluralidad de los ejercicios de gobierno; no hay una sexualidad que recorre la multiplicidad de cuerpos; no hay un saber que inspira la masa de los discursos.

En segundo lugar, y en íntima relación con lo anteriormente dicho, cabe señalar en Foucault una vocación decididamente *pluralista*⁴⁵. Y en este sentido, podremos hablar de verdades y prácticas de gobierno, de sujetos y ejercicios de poder, de sexualidades y discursos. El nominalismo no conduce, como pudiera pensarse, al escepticismo (sólo para una concepción universalista cabría establecer tal ecuación) sino a la observación minuciosa y pertinaz de las múltiples actividades —sean de índole discursiva o práctica— que se amalgaman en la historia. Para el nominalista que es Foucault, la historia no produce síntesis sino dispersión. Por ello hay que desconfiar de las unidades apresuradas; por ello la pregunta reiterada de Foucault: ¿a qué actividades —múltiples, dispersas, autónomas— aludimos cuando decimos *poder*?, ¿a qué procesos cuando hablamos de sujeto?, ¿a qué discursos cuando decimos *saber*?

En tercer lugar, y en un sentido preciso, un arraigado *historicismo*: que todo se produce en la historia es la negación estricta de que la historia configura el todo. La historia no es, para Foucault, ni continuista, ni progresiva, ni dialéctica. Estas tres actitudes teóricas suponen una pauta o hilo conductor, en el extremo una actividad teleológica. Diremos —por seguir negando unidades apresuradas— que, para Foucault, *no existe* la historia. Expresiones como «producir historias» o «escribir ficciones», con las que Foucault caracteriza su propio trabajo acentúan la inexistencia de *una* historia con orden y sentido. Incluso la Historia tiene su historia⁴⁶. Y lo que nunca produce la historia es algo así como la forma universal del poder, o de la sexualidad, o del sujeto. Acontecimientos ínfimos, sistemas complejos de gestión y gobierno, prácticas para usar el cuerpo en busca de placer o descendencia, discursos explicativos o códigos de conducta: esto es lo que se produce en la historia. La actividad de vincular, establecer divisiones de época o estilo, la impostación de dirección y/o sentido es *siempre* actividad de interpretación, actividad del historiador o del filósofo.

⁴⁵ No confundir el término, utilizado aquí en su acepción convencional, con el uso que de él hace la autodenominada Teoría pluralista del poder (R. Dahl *et alii*).

⁴⁶ A este respecto es fundamental el texto de Foucault *Nietzsche: la genealogía, la historia* (en MP, pp. 7-29) que desvela además las nada arcanas relaciones entre el pensamiento del propio Foucault y el de Nietzsche.

Creo que estas tres actitudes (nominalismo, pluralismo, historicismo) reflejan conjuntamente el trasfondo del trabajo foucaultiano sin necesidad de recurrir reiterativamente a conceptos sacralizados (genealogía, arqueología) o a expresiones decididamente polisémicas o equívocas (irracionalismo, relativismo, escepticismo, positivismo)⁴⁷.

Al asumir el contenido de estas tres actitudes fundamentales —presentes y perceptibles a lo largo de la trayectoria foucaultiana— se puede detectar claramente el equívoco que subyace a todos los comentarios (entusiastas o adversos) que toman por objeto la teoría, la crítica o la historia *del poder* en la obra de Foucault y una vez constatado tal equívoco, se debe intentar leer el trabajo foucaultiano desde otra óptica, cuyo punto de partida viene sugerido por el mismo autor en los textos que más arriba hemos reproducido: el intento de producir una historia de *los modos* de subjetivación (necesariamente en plural) del ser humano en nuestra cultura. Una vez negado el carácter transcendental del sujeto se tratará de ver cómo se constituyen *tipos de subjetividad* en ámbitos complejos de relaciones: juegos de verdad y prácticas de poder.

La aparente diversidad de la obra de Foucault se desvanece. Cobra por el contrario una apariencia monótona. Desaparecen del horizonte los grandes temas, los suntuosos proyectos, y permanece tan sólo una perseverante investigación de las relaciones que, a lo largo de la historia y de forma distinta, han construido sujetos al interrogar por determinadas verdades, al gobernar determinados hábitos, al problematizar determinadas actitudes, al establecer determinados límites o al regular determinadas convivencias.

La mirada del genealogista —sea Nietzsche o Foucault— entrenada en la recepción del detalle, no se conforma con síntesis apresuradas: bajo la aparente evidencia de *la locura* descubre los hilos de mil historias; bajo la severidad del poder, el eco de mil batallas. Y en el centro de esas historias y batallas se encuentra *el individuo* interrogado y gobernado, sujeto-objeto de verdades y poderes, constituido una y otra vez —de formas siempre diferentes— en marcos diversos de pensamiento y acción.

Si ésta es la rejilla adecuada para leer el trabajo de Foucault —él mismo lo confirma—, entonces podrá apreciarse la distancia del filósofo francés para con todos los ensayos que pretenden reducir la pluralidad de las relaciones de saber-poder a la disciplina de una «forma general», ya sea la del consenso (Arendt, Parsons) ya sea la de la resolución exitosa del conflicto (Weber, Dahl, Mills). Se comprende también su escepticismo frente a todas las majestuosas figuras que —en el seno de una teoría—

⁴⁷ Véase VEYNE, P.: «Foucault révolutionne l'histoire», en: *Comment on écrit l'histoire*, Seuil, París, 1978, pp. 203-242 (hay traducción castellana).

aparecen como el centro desde el que el poder irradia, se expande y pretende perpetuarse: figuras entre las que el Estado tiene un lugar preeminente. Y asimismo su distancia de una —posible o imposible— Teoría Política que intentase captar *el poder en sí mismo*.

Frente a esas tres direcciones que —desde hace por lo menos un siglo— ensayan las diferentes Teorías, Filosofías y Sociologías políticas, Foucault opone otro tipo de trabajo. Quede bien consignado: no se opone a ellas, no compite con ellas, no se enfrenta a ellas; apenas las considera si no es requerido a ello en contadas entrevistas. Y sus dudas al respecto de las posibilidades de un estudio centrado en esas grandes figuras y conceptos (*Estado, Poder, Consenso, Violencia*) no se expresan sino en la forma oblicua e implícita de un trabajo paralelo.

Con la previsión del error al que puede inducir el uso del singular en la palabra sujeto, creo que, para resaltar el carácter original y específico del rastro foucaultiano, habría que comenzar todo texto sobre el problema del poder en Foucault anteponiendo sus propias palabras: «No es el poder sino el sujeto el tema general de mis investigaciones».

Como hemos anticipado, se habla de sujetos cuando de poderes se habla; aún mejor, de *individuos* insertos en prácticas de gobierno, de vigilancia, de disciplina, de castigo; de individuos que ocupan su lugar en determinadas instituciones y están sometidos a determinados códigos; de individuos a los que «su trabajo hace libres» y otros a los que «su verdad hace cautivos...».

La pregunta por el poder permite especificar ese ámbito de relaciones en el que se constituye el sujeto al actuar —individual o colectivamente— unos individuos sobre otros. En este sentido cabe afirmar —con Foucault— que la pregunta por el poder descubre un instrumento para analizar la constitución del sujeto.

Y, entretanto, ¿qué ha sucedido con *el Poder?*: «El poder es algo que no existe. Esto es lo que quiero decir: la idea de que hay en un sitio determinado, o emanando de un punto determinado, algo que sea un poder, me parece que reposa sobre un análisis trucado, y que, en todo caso, no da cuenta de un número considerable de fenómenos. El poder, en realidad, son unas relaciones, un conjunto más o menos coordinado de relaciones»⁴⁸.

⁴⁸ FOUCAULT, M.: *Saber y Verdad*, Ed. de la Piqueta, Madrid, 1985, p. 132.

**EL FRAUDE A LA LEY
EN EL DERECHO INTERREGIONAL
(Comentario crítico de la STS núm. 294 de 5 de abril de 1994)**

Iñigo Maguregui Salas

1. Introducción

La coexistencia en España de ordenamientos jurídicos de carácter civil ha planteado desde siempre el problema de coordinar su concurrencia. Tal labor se ha venido haciendo preferentemente mediante normas de conflicto, de modo muy similar a como opera la problemática y su solución en Derecho Internacional Privado, configurando lo que se ha dado en llamar *el Derecho interregional*. Dado el paralelismo entre estas dos materias, no puede extrañar que las normas de resolución de este tipo de conflictos hayan aparecido estrechamente vinculadas al sistema de normas de conflicto previstas para el tráfico jurídico internacional, si bien presentando unas pocas particularidades.

Sabido es, por otra parte, que la presencia de un elemento normativo tan especial como es la norma de conflicto presenta una también especial problemática en cuanto a su aplicabilidad (así, podemos recordar los problemas de calificaciones, reenvío, orden público, fraude a la ley...). Por ello, también en Derecho interregional algunos de estos mismos problemas terminan produciéndose.

Este artículo pretende centrarse en hacer una primera aproximación a la manifestación de uno de estos problemas, el fraude a la ley, en Derecho interregional. Son muy pocas las líneas escritas sobre este particular (con la excepción del fenomenal trabajo del profesor Pastor Ridruejo en la *Revista Española de Derecho Internacional Privado*, de 1966). No obstante, esta labor se nos antoja urgente tras la publicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1994 en la que nuestro Alto Tribunal aplica erróneamente, en nuestra modesta opinión, la doctrina que él mismo contribuyó a asentar jurisprudencialmente y todo ello con grave perjuicio para la aplicabilidad del Derecho civil foral vasco.

En este trabajo comenzaremos haciendo una reconstrucción del fenómeno fraudulento en el tráfico interregional para pasar después al análisis de la sentencia antes citada.

2. Reconstrucción del fraude a la ley en Derecho interregional

A) *Concepto de fraude a la ley*

«Se dice que una ley se defrauda cuando se impide —o se trata de impedir— su debida aplicación. Entre las muchas causas de posibles impedimentos, se destaca la situación que no contradice directamente una ley (*contra legem agere*), pero en la que concurren circunstancias equivalentes a un rodeo para esquivar esa ley.»¹ En el ámbito del Derecho interno, el fraude a la ley supone entonces acogerse a una disposición pensada por el legislador con finalidad distinta a la que quiere darle el defraudador para lograr su propósito, que es imposible por impedirlo la ley normalmente aplicable a esa relación jurídica. El defraudador busca, frente a esta ley que le impide la realización de sus intenciones, acogerse a otra norma, *norma de cobertura*, en la que arropar su conducta.

No obstante, tanto en Derecho internacional privado como en Derecho interregional, la norma utilizada es la conflictual de modo que alterando la concreción del punto de conexión, se consigue quedar bajo el amparo de un ordenamiento jurídico diferente al anterior y normalmente aplicable a la relación jurídica de carácter complejo. Supongamos, por poner un ejemplo, que una persona de nacionalidad española altera ésta con el propósito de cambiar, al mismo tiempo, su ley personal al amparo del artículo 9.1.º del Código Civil; así, el sujeto consigue a través del juego de una norma de conflicto que a dicha situación o relación le sea aplicable una nueva ley que permite lo que la defraudada prohíbe. Son significativas las palabras del profesor De Castro al decir que en esta rama jurídica, las cuestiones sobre el fraude son de grandísima importancia práctica, porque el complejo juego de sus normas permite escoger, prácticamente, la circunstancia que hará aplicable la ley extranjera que se desea utilizar². De todo lo dicho, podemos observar que la especificidad de la manifestación de este fenómeno en Derecho internacional privado e interregional respecto al general en Derecho interno, consiste en

¹ DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO: *Compendio de Derecho Civil: Introducción y derecho de la persona*, p. 122. Madrid, 1970.

² DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO: *Derecho Civil de España*, I, p. 612. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1955.

la intervención de una norma de conflicto a través de la alteración de su punto de conexión. No es exagerada la postura de los autores que a la hora de referir esta figura la describen como el fenómeno de «la conexión manipulada».

Conviene destacar aquí, aunque sea muy esquemáticamente, algunas diferencias existentes entre uno y otro fraude a la ley, diferencias que habremos de tener presentes en un momento posterior del trabajo y que basta con dejar aquí apuntadas:

1. Mientras en Derecho interno, la sanción del fenómeno va dirigida a salvaguardar la coherencia del ordenamiento jurídico, de modo que una norma no sirva para evitar el resultado que otra norma del mismo ordenamiento jurídico prohíbe, en el Derecho internacional privado e interregional se trata de «evitar la desnaturalización de las normas de conflicto, contribuir a la coordinación de los sistemas jurídicos (...) y hacer frente a la artificiosa internacionalización de relaciones y situaciones internas, así como a la indigenización artificiosa de situaciones y relaciones de tráfico externo»³.
2. La maniobra fraudulenta en Derecho internacional privado, frente al carácter multiforme que adquiere en Derecho interno, consiste en la alteración de la concreción temporal del punto de conexión de la norma de conflicto. Es por ello por lo que podemos afirmar sin miedo a error que cuando el legislador no ha optado por fijar temporalmente el punto de contacto previsto, está implícitamente admitiendo la existencia de *conflictos móviles*, es decir alteraciones en el tiempo de la ley aplicable a una relación por cambio de las circunstancias en que tal relación ha de desarrollarse. Por lo tanto, sólo podrá reputarse fraudulento el *comportamiento doloso* en el cambio del punto de conexión con el fin de alterar al mismo tiempo la ley aplicable a la relación jurídica de carácter internacional. Esto es, no resulta prohibido cualquier cambio de la ley aplicable sino sólo aquel que pretendidamente vaya buscando servirse de una norma de conflicto, a través de su punto de conexión, para quedar amparado bajo un ordenamiento jurídico que le pueda resultar más favorable a sus intereses. El dolo no sólo debe versar sobre la maniobra en sí misma sino que debe recaer también en el resultado jurídico buscado con dicha maniobra. Por el contrario, en Derecho interno la necesidad o no de concurrencia del ánimo de defraudar es discutible.

³ CARRILLO SALCEDO, J.A.: *El nuevo Título Preliminar del Código Civil y la Ley de 2 de mayo de 1975*. Comentario al artículo 12.4, p. 649 y ss. Ed. Tecnos, Madrid, 1977.

3. En Derecho internacional privado y a raíz de la monografía publicada por el profesor Audit se viene defendiendo la necesidad de concurrencia de un tercer requisito que no es aplicable al Derecho interno. Se dice que para poder apreciar la existencia de fraude debe concurrir, aparte la manipulación del punto de conexión y el ánimo fraudulento, el llamado *elemento fáctico* que supone el intento de hacer valer el resultado ante las autoridades del Estado cuyo ordenamiento se ha tratado de eviccionar.
4. La estructura del fraude en Derecho interno presenta dos elementos normativos: *la norma (o normas) de cobertura y la norma defraudada*. En Derecho internacional privado e interregional, los elementos son tres: *el ordenamiento jurídico defraudado, el nuevo ordenamiento jurídico al que la relación queda sometida después de la manipulación y la norma de conflicto*.

Estas particularidades no pueden estimarse suficientes como para poder hablar de dos fenómenos independientes pero sí para fundamentar su tratamiento legislativo (art. 6.4 y 12.4) y doctrinal aparte.

B) *Configuración legislativa del fraude a la ley en Derecho interregional*

Después de habernos aproximado al concepto de fraude a la ley a través de sus dos principales manifestaciones, y centrándonos más en el objeto de nuestro estudio, procede ahora profundizar en su configuración legislativa en el Código Civil. En este sentido debemos prestar especial atención al artículo 16 de dicho cuerpo normativo, en lo que se refiere a los conflictos de leyes interregionales.

Este artículo reza así:

«Artículo 16: 1.—Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones en 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.»

Es en este último inciso donde, a través de la argumentación *a contrario*, podemos encontrar el refrendo legislativo a esta figura del fraude a la ley en el tráfico interregional. Si el artículo 16 excluye del ámbito de los conflictos interregionales expresamente determinados párrafos del artículo 12 al que se remite, es lógico entender que el resto de los párrafos,

entre los cuales está el fraude a la ley en Derecho internacional privado, serán aplicables a este tipo de conflictos de leyes. Ello no obstante, y a pesar de que la aplicabilidad del fraude al tráfico interregional sea un punto comúnmente aceptado por la doctrina internacional privatista, a decir de la misma doctrina la aplicabilidad del artículo 12.4, así como la del resto de los párrafos, debe ser matizada no pudiendo ser ésta ni directa ni literal.

—*El fraude a la ley en Derecho interregional y el artículo 12.4.* No cabe ninguna duda de que el artículo 16 del Código Civil nos ha de proporcionar el material básico para proceder a la construcción antes citada del fenómeno del fraude a la ley en Derecho interregional. Esta construcción ha de pasar necesariamente por una consideración, aunque breve, del artículo 12.4 para poder después analizar su aplicabilidad al campo de estudio en el que nos movemos.

El párrafo 4.º del artículo 12 del Código se limita a describir el fenómeno que constituye su supuesto de hecho pero sin aparejar consecuencia jurídica alguna. Así se considera como fraude a la ley «*la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española*».

Tal como ya apuntábamos, la regulación y coordinación de las leyes civiles coexistentes en territorio nacional se opera a través de normas de conflicto. Decíamos, asimismo, que la especialidad del fenómeno fraudulento en el tráfico internacional viene dado por la presencia de la norma, también especial, de conflicto y que la maniobra fraudulenta consistía en la alteración de la concreción del punto de contacto de la misma. Si el fraude es posible en Derecho internacional privado, también lo ha de ser en Derecho interregional puesto que las normas de conflicto son las mismas para uno como para otro supuesto. Y si es requisito el ánimo doloso de defraudar en uno, para diferenciarlo de los conflictos móviles, también lo habrá de ser en el otro. No obstante, al presentarse el conflicto de leyes en el mismo territorio nacional no es posible aplicar al Derecho interregional el elemento fáctico al que antes aludíamos.

—*La mención a las leyes imperativas españolas.* Esta mención ha sido duramente criticada por la mejor doctrina internacionalista española. A decir del profesor Carrillo Salcedo la solución prevista en el Código «(...) es criticable porque confunde dos problemas distintos: el del fraude a la ley y el de la imperatividad de las normas españolas de *ius cogens*, ya que una cosa es poner de manifiesto la mala fe del sujeto en la invocación de la norma de cobertura a la que se acoge, y otra, muy distinta, verificar objetivamente la aplicabilidad de la norma evadida en virtud de su carácter imperativo. La confusión, sin embargo, es explicable porque en

la jurisprudencia española las nociones de fraude a la ley y de orden público aparecían frecuentemente solapadas y confundidas (...)»⁴.

En cuanto a la mención de que las leyes que han sido defraudadas han de ser españolas, ha llevado a algunos autores a afirmar que el fraude a la ley presupone la presencia de una *lex fori* que hay que proteger. No coincidimos con la opinión de que el fraude a la ley en Derecho internacional debe partir de la superioridad de un ordenamiento respecto otro haciendo imposible su aplicación al tráfico interregional y ello por tres motivos fundamentalmente:

1. Porque de esa manera, no se entendería bien la remisión *a contrario* que hace el artículo 16 al artículo 12.4.
2. Porque el fraude a la ley, es decir, la mala fe del agente en la manipulación irregular de las normas de conflicto, es sancionable sin necesidad de que la norma defraudada sea la *lex fori* y entre en colisión en posición de desigualdad respecto el resto de las leyes. De ello, puede darse buena cuenta constatando sentencias que apoyan esta postura en la jurisprudencia internacional; por ejemplo, el caso *Massimo c. Massimo* respecto del cual los tribunales franceses tienen en cuenta el fraude hecho a la ley italiana (*lex causae*).
3. Porque si el fraude a la ley tiene como objetivo preservar el sentido de las normas de conflicto evitando su manipulación, la aplicabilidad de esta figura es indudable a nuestro campo dado el carácter que tienen las normas de conflicto interregionales de reglar la concurrencia de los ordenamientos civiles en territorio español.

Por todo ello, en palabras de Ortiz Arce «(...) la doctrina se inclina por hacer extensiva la noción del fraude al orden jurídico extranjero, tesis a la que ha contribuido especialmente Louis-Lucas»⁵. Si en el tráfico internacional esta tesis se acepta, resultando protegida así una norma extranjera, con mayor razón debemos concluir la aplicabilidad de esta figura al tráfico interregional en el que la norma defraudada a la que se trata de proteger es una ley española. Por lo tanto, podemos aseverar que no estimamos necesaria la superioridad de un ordenamiento jurídico respecto a otro para poder apreciar maniobra fraudulenta. Ello haría imposible la existencia del fraude en el ámbito interregional dada la concurrencia en pie de igualdad en el que los ordenamientos entran en conflicto.

⁴ CARRILLO SALCEDO, J.A.: *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*. Tomo I. Comentario al artículo 12.4, pp. 441 y 442. Editoriales de Derecho Reunidas, 1978.

⁵ ORTIZ DE LA TORRE, J.A.: *Derecho internacional privado. Parte general. Técnica aplicativa de la regla de conflicto* (Volumen II), p. 440. Servicios de publicación de la Universidad Complutense de Madrid, 1990.

—*El artículo 6.4 del Código Civil.* Es prácticamente unánime la doctrina al afirmar que este artículo recoge la sanción jurídica al fraude a la ley tanto en su modalidad de Derecho interno como internacional privado. El artículo 12.4 al limitarse a describir la figura sin aparejar consecuencia jurídica alguna ha provocado que los tratadistas se cuestionen sobre los efectos jurídicos de la operación en cuestión y la ley que habrá de aplicarse. Este artículo 6.4 prevé que la maniobra en búsqueda de un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico no habrá de impedir la aplicación de la ley que hubiese resultado de normal aplicación al caso.

3. Conclusión: Reconstrucción del fraude a la ley en Derecho interregional

Decíamos en la pregunta introductoria que pocos han sido los trabajos que se han vertido sobre este tema. No obstante, si la necesidad de atajar el fraude es especialmente preocupante en Derecho internacional privado por la propia estructura de la norma de conflicto, esa preocupación se agudiza a la hora de abordar este fenómeno en su manifestación interregional dada la natural proximidad de los ordenamientos jurídicos en conflicto; ni qué decir tiene la importancia que puede llegar a adquirir en Bizkaia. Por ello, no deja de sorprender la ausencia de tratamiento doctrinal sobre este particular.

Recogiendo algunas afirmaciones que hemos hecho en los epígrafes anteriores, estamos en condiciones de esbozar el concepto, requisitos y sanción del fraude a la ley en Derecho interregional.

—*Concepto.* Entroncando esta figura en el artículo 12.4 tal como defendíamos más arriba, podríamos definir el fraude como *la manipulación dolosa de la concreción del punto de conexión de una norma de conflicto interregional (normalmente, la vecindad civil) con la intención de eludir una norma imperativa de un ordenamiento jurídico civil quedando sometido a otro ordenamiento coexistente en territorio nacional que ampare el objetivo buscado por el sujeto.*

—*Requisitos.* Siguiendo la estructura del fraude a la ley en Derecho internacional privado, tenemos:

1. *Elemento objetivo:* Consiste en las *maniobras tendentes a la manipulación de la concreción temporal del punto de conexión.* Por lo tanto, el fraude a la ley exige la presencia en el supuesto en cuestión de un comportamiento activo y no meramente pasivo.

2. *Elemento subjetivo*: Consiste este elemento en la necesidad de concurrencia de un ánimo de defraudar en el sujeto activo. El *animus* no sólo deberá recaer sobre la alteración del punto de conexión sino que *también ha de pretenderse el resultado jurídico prohibido por el ordenamiento jurídico defraudado*. Dicho de otra forma, no se sanciona jurídicamente cualquier cambio del punto de contacto, porque puede ser constitutivo únicamente de un *conflicto móvil*, sino sólo aquel cambio que se haga con el propósito de alterar la ley aplicable a la situación (normalmente, la ley personal del sujeto).

Llegados a este punto, podemos adentrarnos en lo que estimo es la verdadera clave del fraude a la ley en Derecho interregional. Si caemos en la cuenta: a) que el punto de conexión en las normas de conflicto interregionales es, casi con exclusividad, la vecindad civil (como reza el artículo 16 del Código); b) que la vecindad civil no tiene otra operatividad jurídica que no sea la de ser el punto de conexión de estas normas y c) que el régimen previsto por el propio Código en sus artículos 14 y 15 respecto a la adquisición, conservación y pérdida permite sin mayores problemas su alteración, tenemos que concluir que *ninguna alteración de la vecindad civil (punto de conexión), con el consiguiente cambio de ley personal y de acuerdo con el régimen previsto en el Código puede estimarse fraudulento puesto que no se estaría más que ejercitando un derecho reconocido legalmente*.

Por ejemplo, una persona, acogiéndose al artículo 14.5.1.º del Código, comparece ante el Registrador Civil probando su residencia continuada durante dos años en población aforada y manifiesta al mismo tiempo su voluntad de cambiar su vecindad común por la foral, tal como el artículo le permite con el resultado lógico (no maniobrado), directo (no indirecto) y único de resultar al mismo tiempo alterada su ley personal. ¿Puede decirse que con ello haya habido una operación maliciosa cuando lo único que hace ese sujeto es acogerse a la posibilidad que le brinda la ley?

Hemos de caer en la cuenta de que el cambio del punto de conexión en las normas de Derecho internacional privado puede darse por múltiples motivos. Así, una persona se cambia de nacionalidad para conseguir más estabilidad jurídica en su residencia, para arraigarse con más firmeza en el país en que reside, para acogerse a una serie de derechos subjetivos de carácter público reconocidos en ese país sólo a las personas nacionales, etc. De hecho, las normas que prevén la posibilidad de cambio de la nacionalidad están dirigidas a facilitar estos efectos. Si este cambio

de nacionalidad obedece, por el contrario, a la intención de alterar su ley personal sirviéndose de una norma de conflicto con el fin de huir a los efectos de la ley personal imperativa que le era aplicable anteriormente, estaríamos en presencia de un fraude porque ni las normas que permiten el cambio de nacionalidad ni las normas de conflicto protegen el efecto de cambio de la ley personal del sujeto.

En Derecho interregional, por el contrario, el cambio del punto de conexión de la vecindad civil sólo puede explicarse en el deseo de cambiar la ley personal, pues tal es *el único efecto jurídico que se apareja a la adquisición de tal vecindad civil* (art. 14.1 C. Civil). Si, por otra parte, el Código reconoce la posibilidad de proceder legalmente a ese cambio con cierta facilidad, podríamos llegar a criticar el escaso tino del legislador por reglar inadecuadamente el régimen de adquisición de la vecindad civil dotándolo de poca rigidez, rigidez exigible en la regulación de los puntos de conexión de las normas de conflicto a los efectos de evitar fraudes, pero nunca podríamos llegar a estimar tal comportamiento como fraudulento puesto que es la propia ley quien ampara tal operación de cambio del punto de conexión y de la ley personal aplicable a tal relación.

De tal modo que el legislador español después de configurar con su silencio en el artículo 16.1.2.º el fraude a la ley en Derecho interregional, lo hace inoperante al regular de modo tan injustificado y a la vez inconveniente el punto de conexión de este tipo de normas, la vecindad civil.

3. *Elemento fáctico*: Avanzábamos más arriba que tal elemento no es predicable en el tráfico interregional ya que el resultado pretendido no se hace valer ante autoridades distintas y porque ambos ordenamientos jurídicos son igualmente vinculantes en el marco constitucional español.
4. *Sanción*: En aplicación del artículo 6.4, la maniobra fraudulenta no evitará la aplicabilidad de la norma que se ha tratado de eludir.

4. La jurisprudencia y el fraude a la ley en Derecho interregional

A) *Concepto de fraude establecido por la jurisprudencia*

La Sentencia de 5 de febrero de 1965 precisa que el fraude consiste en «(...) argucias o combinaciones que con el apoyo en el encaje meramente legal de particulares conveniencias de los sujetos, encuadrados en reglas positivas ciertamente en vigor, pero empleadas con dispar desig-

nio a aquel que las dio vida (...)» y la Sentencia de 14 de mayo de 1985 añade que «(...) el acto realizado en fraude de una ley requiere que se haya sometido a una norma (la llamada de cobertura) que aparentemente protege la finalidad pretendida (...)».

En fin, el Tribunal Supremo ha establecido la siguiente doctrina: la imputación del fraude a la ley tiene que venir, inevitablemente, a través de juicios de intenciones cuyos efectos, de precipitarse en su estimación, pueden resultar peligrosos para la seguridad jurídica y el derecho de las personas (STS de 21 de diciembre de 1983). Los requisitos que la doctrina y la jurisprudencia exigen para que exista un fraude a la ley son: un acto o actos productores de un resultado contrario a una norma imperativa, amparados en una disposición dictada con una finalidad diferente (STS de 22 de noviembre de 1982, 30 de noviembre de 1983 y de 29 de noviembre de 1984 entre otras). Por último, la STS de 23 de mayo de 1985, señala que para que un acto o actos pueda declararse que han sido cometidos en fraude de ley es preciso que quien lo propugne suministre al juez elementos de hecho precisos para llevar a su ánimo el convencimiento de que con el procedimiento empleado se pretendió la actuación de normas dictadas para regular otro supuesto, y ello con el fin de lograr a veces un fin ilícito y otras una eficacia legal distinta a la propia finalidad de la normativa actuada.

De todo lo dicho, podemos concluir que nuestro Alto Tribunal no ha desarrollado una doctrina sobre el fraude en Derecho internacional privado aparte de la general. Ello puede deberse a la natural ligazón, criticada con dureza por el profesor Carrillo Salcedo, de la figura del orden público, tal como la conceptúa el Tribunal Supremo —protegiendo las normas imperativas de la *lex fori*— con la del fraude a la ley. Las sentencias más significativas son aquellas que se oponían, en los años sesenta y setenta, a decretar la nulidad de matrimonios civiles válidamente celebrados en el extranjero e inscritos en el Registro Civil español bajo el amparo y cobertura del artículo 42 del Código Civil que obligaba a los contrayentes católicos a celebrar su matrimonio en forma canónica.

B) *El fraude de ley en el ámbito interregional*

En este punto, es obligado citar el artículo publicado por el profesor Pastor Ridruejo hace casi treinta años en la *Revista Española de Derecho Internacional*⁶. En este trabajo el autor recoge varias sentencias en las que se hacía mención al fraude de ley en relación con la coexistencia de legislaciones civiles en territorio español.

⁶ PASTOR RIDRUEJO, J.A.: *El fraude a la ley en Derecho interregional español*. REDI, 1966, núm. 1, pp. 40-55.

No hemos encontrado ninguna sentencia del Tribunal Supremo, salvo la que será posteriormente comentada, en la que se haya aplicado la figura del fraude a la ley en el ámbito interregional. La doctrina se suele hacer eco de un par de sentencias, una en primera instancia y la de su consiguiente apelación, en que los tribunales refieren este problema. Citamos el caso porque nos parece de vital trascendencia y aplicabilidad a este estudio al reproducir casi con literalidad el supuesto de hecho de la sentencia que habremos de comentar. Hablamos de la *Sentencia del Juzgado de la Instancia núm. 3 de San Sebastián de 21 de mayo de 1965*, y la *Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia de Pamplona de 22 de noviembre* del mismo año:

Se trataba fundamentalmente de una nulidad de testamento por haber sido éste realizado en fraude de ley, y los hechos alegados por la parte actora eran que la causante había otorgado testamento en 1950 conforme al Derecho común declarándose vecina de San Sebastián, donde residía; entre 1950 y 1955, la testadora tiene grandes desavenencias con uno de sus hijos; en 1955 manifiesta ante el encargado del Registro Civil de una población aragonesa su deseo de someterse al Derecho Foral aragonés, alegando llevar residiendo en Aragón más de dos años, y días después otorga testamento en dicha localidad conforme al Derecho aragonés dejando a aquel hijo una cantidad sustancialmente inferior a la que le hubiese correspondido por la legítima del Derecho común.

El Juzgado de la Instancia de San Sebastián desestimó las pretensiones de la parte actora alegando la no existencia de tal figura en el tráfico interregional. Recurrída la sentencia por la parte actora, la Sala de lo Civil de la Audiencia de Pamplona la confirma, aunque con bases muy distintas, que desde luego son más convincentes en el orden científico. Así, la sentencia de esta última se plantea el problema desde la perspectiva del fraude a la ley aceptando la construcción de la figura configurada jurisprudencialmente para el Derecho interno en la STS de 13 de junio de 1959. Sin embargo, la Sala estima que: *«la causante de las partes no cambió el punto de conexión con ese fin específico de defraudar»* y *«que tampoco se aprecian los demás elementos constitutivos de la figura estudiada, porque es evidente que la ley de cobertura tiene la finalidad de proteger este acto; no se dan, según lo dicho, circunstancias anómalas; se adopta la regionalidad para vivir normalmente bajo su imperio (...)»*⁷. La sentencia acepta la posibilidad de fraude en Derecho interregional, que por la valoración de la prueba no estima existente.

Es conveniente que nos detengamos en las frases subrayadas puesto que de estas reflexiones podremos extraer las claves de revisión de la

⁷ Los subrayados son nuestros.

Sentencia que posteriormente comentaremos; respecto al hecho de que la causante no cambió el punto de conexión —vecindad civil— con ánimo de defraudar, queda en el aire una cuestión esencial, esto es, ¿qué es lo que se defrauda? o lo que es lo mismo, ¿puede hablarse de fraude cuando, a decir de la misma sentencia, la norma de cobertura tiene la finalidad de proteger este acto, es decir, cuando no hay ninguna interpretación «torcida» de la misma? Quizá hayamos de entender que hay «fin específico de defraudar» cuando una persona altera su vecindad civil buscando expresamente el apartamiento de su hijo de la herencia (tal parece ser el tenor de la sentencia), pero ello es consecuencia directa del cambio de ley personal y esto último es consecuencia directa del cambio de vecindad civil, acto amparado por la norma de cobertura.

Por lo tanto, en este caso, en mi opinión, *nunca podría haberse apreciado fraude alguno en la ordenación de la herencia porque tal apartamiento del hijo es el resultado directo de un acto amparado y protegido por la norma, el cambio de vecindad civil*. De todas formas, se nos antoja enormemente complicado poder llevar al Tribunal al convencimiento de la existencia de esta intención específica de apartamiento cuando una persona altere su vecindad civil a través de las pruebas convencionales; estaríamos en presencia de lo que se ha dado en llamar una «prueba diabólica» cuya carga caería en la parte actora que reclama la existencia de fraude.

No coincidimos en este punto con el profesor Pastor Ridruejo⁸ cuando afirma que en este tipo de supuestos se estaría usando de forma abusiva un derecho —en este caso el cambiar el punto de conexión, vecindad civil— para lograr evadir una ley imperativa, porque esto nos deja sin responder otra interrogante: ¿Cuál sería el criterio que nos permita deslindar el ejercicio correcto del abusivo del derecho reconocido en el artículo 14.5.1.º del Código? ¿la intención del sujeto agente? Y si esto es así, ¿podría hablarse de fraude a la ley cuando una persona ejecuta un acto cuyo contenido está amparado legalmente, por la sola intencionalidad que pone en su ejercicio? No podemos olvidar que los cambios de los puntos de conexión en el ámbito internacional están basados en presupuestos diferentes, como decíamos en el epígrafe anterior. La posibilidad de cambio de la nacionalidad de una persona, por ejemplo, es otorgado por los ordenamientos jurídicos en virtud de la búsqueda de varios objetivos dentro de los cuales no está la posibilidad de evadir la ley personal de una persona cambiándola por otra. Por lo tanto, la manipulación de la nacionalidad con este propósito sería calificable como ejercicio abusivo

⁸ PASTOR RIDRUEJO, J.A.: *Art. cit.*, pp. 50 y 51.

de un derecho. No es este nuestro caso porque el único efecto jurídico que se apareja a la vecindad civil, punto de conexión por excelencia en el espacio interregional, es determinar la ley personal de las personas (artículo 14.1 y 16.1.1.º C.C.), por lo que si el ordenamiento permite alterar la primera, es lógico pensar que está directamente permitiendo alterar la segunda.

5. La Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1994

Decíamos en un primer momento que el Tribunal Supremo nunca se había llegado a pronunciar directamente sobre un supuesto de fraude a la ley aplicado al tráfico interregional, por lo que esta Sentencia adquiriría verdadera relevancia aun antes de haberse conocido el contenido del fallo.

El caso en su contenido fáctico guardaba una similitud casi asombrosa con el caso más arriba comentado en profundidad: un matrimonio traslada su residencia a Erandio, municipio no aforado, lugar en el que viven gran parte de su vida. Los esposos se empadronan en el municipio de Sopelana, territorio aforado, el 10 de enero de 1970. El día 31 de enero de 1976 uno de los esposos comparece en el Registro Civil de dicha localidad, ejercitando su derecho de opción por el que manifiesta su deseo de quedar sujeto a la Legislación foral de Vizcaya, toda vez que ha ganado vecindad en ese término municipal al acreditar una residencia de más de cinco años mediante el certificado de empadronamiento pertinente. Cuatro días después de realizado este acto, el 4 de febrero, acuden a un notario para otorgarse mutuamente poder testario, posibilidad que la nueva Ley Foral extiende a los no aforados pero que la Compilación sólo reconocía a las personas que hubiesen ganado la vecindad civil aforada. Un sucesor pretende la nulidad de este último testamento por haber sido otorgado en fraude a la ley a los efectos que se declare válido el testamento que anteriormente habían otorgado los causantes.

El juez de Primera Instancia dictó sentencia el 28 de febrero de 1986 desestimando totalmente la pretensión de la parte demandante y declarando válido el testamento otorgado al amparo de la legislación foral al estimar que estas personas habían adquirido regularmente la vecindad foral, sentencia ratificada en todos sus puntos en apelación. Estos pronunciamientos no entraron a valorar la existencia o no de la figura del fraude, circunstancia sobre la que el Tribunal Supremo fundamentará, erróneamente como veremos, su fallo.

El Tribunal Supremo descarta de principio la estimación del hecho de que los testadores *simularan* su vecindad civil aforada, admitiendo sin reparos la adquisición regular de la misma por parte de los esposos: «Teniendo en cuenta los expresados elementos probatorios, que contrasta

con los demás documentos obrantes en autos, la sentencia aquí recurrida declara probado que los esposos (...) habían residido continuadamente durante más de dos años en Sopelana y que por tanto habían adquirido la vecindad foral de Vizcaya, al haber manifestado en el Registro Civil ser esa su voluntad conforme al número 1.º del apartado tres del artículo 14 del Código Civil [en la redacción vigente en dicha fecha]»⁹.

Pasa seguidamente a analizar el posible fraude de ley que pudiese existir por haber adquirido maliciosamente la vecindad con el fin de quedar bajo la aplicabilidad de una ley personal distinta. Y ello en los siguientes términos¹⁰:

«La figura del fraude a la ley que tipifica el apartado 4 del artículo 6 del Código Civil, viene configurada por la concurrencia o presencia de dos normas: la llamada de “cobertura”, que es a la que se acoge quien intenta el fraude, y la que a través de ésta y en forma fraudulenta se pretende eludir (...) exigiendo dicha figura la concurrencia de una serie de actos que, pese a su apariencia de legalidad, violen el contenido ético de los preceptos o normas legales en que se amparan (...)»

El fraude a la ley en Derecho interregional, como hemos tenido ocasión de repetir en este trabajo, encuentra su patrón y su modelo en la figura recogida en el artículo 12.4 del mismo cuerpo jurídico, que es incomprensiblemente obviado por el Tribunal Supremo. La calificación de este supuesto bajo el artículo 6.4 introduce no pocos problemas por ser ambos fenómenos, el fraude en Derecho interno e internacional privado, a todas luces diferentes en cuanto a su estructura, requisitos y finalidad, como también hemos apuntado.

El problema consiste ahora en encajar este supuesto considerado en el artículo 6.4 en vez de hacerlo en el artículo 12.4. Pues bien, el Tribunal Supremo identifica la norma defraudada con la legislación común, y acierta, y la norma de cobertura con la Compilación, en lo que yerra. Para posteriormente, y con un criterio muy discutible, concluir que la *ratio legis* de la Compilación no es la de amparar este tipo de supuestos y que por tanto, al haberse violado el sentido de las normas forales, procedía «sin ninguna duda» la declaración de pertinencia del fraude.

Intentando adaptar y encajar este supuesto en el artículo 6.4 tenemos lo siguiente: 1) una norma defraudada, la legislación común; 2) una norma de cobertura que ampara la maniobra, la norma de conflicto, que es la vía a través de la cual se escapa de las prescripciones gravosas y 3) el re-

⁹ Fundamento Jurídico Quinto de la sentencia.

¹⁰ Fundamento Jurídico Noveno de la sentencia.

sultado jurídico pretendido que es la consecuencia jurídica de la norma de cobertura, en este caso, quedar amparado bajo la ley sucesoria foral vizcaína. *La norma de la que se sirvieron los esposos, sin ningún género de dudas, fue la del artículo 14.3 en relación con la norma de conflicto que señalaba que la ley personal se determina por la vecindad civil. Por lo tanto, la norma de cobertura, no puede ser otra que la norma de conflicto y a través de ésta, las normas que regulan el punto de conexión, la vecindad civil;* ciertamente la legislación foral no ampara ninguna maniobra bajo apariencia de legalidad, sino que resulta ser *la consecuencia jurídica de la presunta manipulación* de la norma de conflicto que sí es la que, en su caso, ampararía el resultado jurídico pretendido (evitar la aplicabilidad de una ley quedando bajo el ámbito de aplicación de otra).

De ello podemos deducir que el planteamiento que debería haberse hecho el Tribunal Supremo es el de juzgar si los esposos en el ejercicio de su derecho reconocido por el entonces artículo 14.3, habían actuado contra el espíritu o «contenido ético» de este precepto o no. O lo que es lo mismo, debería haber explicado el por qué y para qué de esta norma. Volviendo al ejemplo de la nacionalidad, es claro que la alterabilidad de la misma se debe a razones de conveniencia muy diferentes a la del cambio de la ley personal; de modo que usar el régimen de cambio de nacionalidad para alterar el estatuto sucesorio de una persona es infringir la *ratio legis* de esas normas que permiten tal cambio, hasta el punto que la doctrina se llega a cuestionar cuál ha sido la norma verdaderamente defraudada, si el ordenamiento eviccionado o la norma de conflicto en sí misma. Nada de esto ocurre con la vecindad civil, como ha quedado ya dicho.

Podría llegar a alegarse que lo que la Sentencia pretende es buscar la conexión más cercana y natural de la ordenación sucesoria con la masa hereditaria, pero cabe oponer a esto último que si la adquisición de vecindad civil, determinante de la ley sucesoria, es del todo regular, el Tribunal no puede encontrar fundamento a su decisión en argumentaciones al margen del tantas veces citado artículo 14.5.1.º, sino que habrá de estarse a su tenor literal por muy desafortunado que éste lleve a ser.

En nuestra opinión, entonces, eran acertadas las sentencias dictadas en instancia y apelación, que tras constatar la regular adquisición de la nueva condición de aforados por parte de los demandados, procede a absolverlos y a estimar improcedente la demanda planteada, aunque, por motivos de mera congruencia procesal, hubiese sido conveniente que hubiesen razonado los motivos por los que no juzgaban aplicable la figura del fraude al supuesto en cuestión.

6. Conclusiones

El fraude a la ley, pese a ser una figura jurídica uniforme, por hacer intervenir a una norma de conflicto, cuya estructura se presta especialmente a ser objeto de fraudes, presenta caracteres especiales que convienen ser destacados. Tanto en Derecho internacional privado como en Derecho interregional la norma de conflicto es el instrumento normativo que reglamenta el objeto de estas materias.

En Derecho interregional, la regulación y sanción del fraude se nos antoja de vital importancia al constatar no sólo la presencia de normas de conflicto que reglamentan racionalmente el tráfico civil interregional, sino también la cercanía e interacción de los respectivos ordenamientos, sobre todo en Bizkaia. Así ha parecido también entenderlo el legislador en el artículo 16.1.2.º del Código Civil al no excluir la aplicabilidad del artículo 12.4 en este ámbito. Entonces, debemos entender el fraude a la ley como la manipulación voluntaria del punto de conexión de una norma de conflicto a los efectos de pretender quedar bajo el amparo de un ordenamiento que no es el naturalmente aplicable pero que es más favorable a los intereses de los particulares. El problema surge cuando es el mismo legislador quien, incomprensiblemente, permite y ampara tal alteración del punto de conexión al dejar en manos de los particulares, mediante el ejercicio de los varios derechos de opción que se recogen en la regulación de la vecindad civil, la determinación concreta del punto de conexión, y a través de él, de la ley personal aplicable a los sujetos. El legislador, después de prever la aplicabilidad de esta figura, deja casi al mismo tiempo a la misma prácticamente inoperativa.

Esta deficiencia sólo es explicable desde la concepción errónea que parece tener el legislador sobre la vecindad civil; concepción que queda puesta de manifiesto comprobando el paralelismo en la regulación que ha dibujado para dos figuras tan distintas como son esta última y la nacionalidad, puesto que mientras la nacionalidad dista mucho de ser exclusivamente un punto de conexión, no podemos decir lo mismo de la vecindad civil.

Es discutible la técnica legislativa de haber mantenido vigente una figura jurídica a los únicos efectos de servir de punto de conexión a algunas normas de conflicto en vez de escoger uno de los elementos de la relación jurídica para conectar dicha relación a ese ordenamiento. Aun así, esto sólo habría encontrado justificación en el caso de que el legislador español hubiese tenido en cuenta en la regulación de la vecindad las características que la doctrina exige a todo punto de contacto: determinación temporal del mismo o por lo menos cierta rigidez, a los efectos de evitar fraudes y conflictos móviles, que la circunstancia elegida tenga

contenido fáctico y no normativo para evitar los conflictos de calificación del punto de contacto y que esta circunstancia pueda preservar en la medida que sea posible el principio de unidad jurídica familiar. Ninguna de estas características reúne la vecindad civil, por lo que su vigencia se nos muestra incomprensible y totalmente inapropiada.

El Tribunal Supremo, en la Sentencia antes comentada, no acierta a diferenciar el fraude del 6.4 y del 12.4 del Código Civil a pesar de su dispar estructura. Ello provoca que yerre en la determinación de la norma de cobertura de la maniobra fraudulenta, el artículo 14.5.1.º, al identificarla con lo que no es sino la consecuencia jurídica de esta norma de cobertura. Así, el Alto Tribunal evita profundizar en el espinoso tema de explicar el sentido de este último precepto ya que sólo una operación contraria a la verdadera *ratio legis* del mismo podría haberse estimado fraudulenta.

Si la institución de la vecindad civil, por su régimen de adquisición, modificación y pérdida, no sirve a su misma *ratio*, a saber, la de ser un punto de conexión de unas normas de conflicto interregionales, se nos antoja necesaria y urgente o bien la modificación de la regulación de la misma, altamente inconveniente, como hemos visto, o bien su sustitución por otra circunstancia de la relación interregional que sirva mejor a la seguridad jurídica y a la ordenación lógica y coherente de las relaciones interregionales.

¿UN NUEVO MODELO PARA LA FINANCIACION DE LA SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOLA?

Fernando Manrique López

Profesor Catedrático de Derecho del Trabajo
en la Universidad de Deusto

Como ha señalado el profesor Almansa, el nivel alcanzado por los gastos de Seguridad Social española y sobre todo el elevado grado de crecimiento que los caracteriza, hace que cada vez resulte más difícil encontrar los recursos para financiarla. Este crecimiento de los gastos de la Seguridad Social, más proporcional que el correspondiente al Producto Interior Bruto, es tal, que la relación entre estas dos magnitudes en términos porcentuales, creció anualmente en más de un punto en los últimos años.

Esta progresión es insoportable para una economía como la española con grandes desequilibrios económicos (inflación, paro y déficit en la Balanza de pagos y público). La Seguridad Social española contribuye en buena parte a estos desequilibrios, hasta el punto de que se puede afirmar, sin caer en la exageración, que, en su actual estructura, la Seguridad Social no es compatible con el desarrollo equilibrado de la economía española, con los principios de la economía de mercado y de una sociedad democrática. Así, puede probarse que la Seguridad Social española justifica más del 20 por 100 de la actual tasa de inflación y es responsable de una cantidad importante del paro y del déficit público que padece actualmente la economía española.

También para el mismo autor es evidente, con el estudio de las distintas series estadísticas que recogen la evolución de las diferentes partidas de gastos de la Seguridad Social, que es imposible aliviar estos problemas con medidas de racionalización o de eliminación del fraude.

Por lo demás téngase en cuenta que las interrelaciones entre la Seguridad Social y la economía del país ponen de manifiesto un cambio de estructura de aquella, pues, si bien una parte de sus problemas se justifican por la coyuntura económica por la que atravesamos, también, y en

proporción no despreciable estos problemas y sus consecuencias sobre la Economía General se deben a su propia estructura.

En opinión de la doctrina más autorizada la situación es muy grave y, es evidente que cuanto más tiempo pase sin introducirse las necesarias reformas, más difícil será el superarla. La urgencia de iniciar la reforma de la Seguridad Social, forzosamente amplia y profunda, está en la necesidad de un período de transición también amplio.

En tal sentido se ha señalado que los puntos más importantes de la reforma se sitúan en el plano de la financiación, el sistema de pensiones y la asistencia sanitaria.

A tal efecto han destacado lo siguiente:

- El nivel alcanzado por los gastos de la Seguridad Social en el último período, se estima en millones de pesetas, en cifras que significan el 15,2 por 100 del Producto Nacional Bruto al coste de los factores, con un crecimiento en el último quinquenio del 13,25 por 100 anual acumulativo.
- La financiación de la Seguridad Social española se realiza fundamentalmente con cuotas, que representan el 69,35 por 100 de su presupuesto de Gastos en el último período. Las aportaciones del Estado, se estima, significaron el 29 por 100 del Presupuesto de la Seguridad Social en el referido período. Este hecho, junto a la obligatoriedad de las cuotas de la Seguridad Social, hace que el sistema de financiación sea equivalente a un impuesto sobre el salario, con importantes repercusiones negativas en el empleo, precisamente en unos momentos en que el objetivo prioritario de la economía española debe ser la lucha contra el paro. Asimismo, tiene incidencia negativa en otros objetivos prioritarios de aquélla: exportación e inflación.
- El establecimiento de un sistema de financiación de la Seguridad Social española más adecuado, que contribuya a la creación de puestos de trabajo y a la consolidación del proceso inversor es urgente, e implica por sí sola una reestructuración de amplias repercusiones económicas.

Igualmente se ha puesto de manifiesto que en la estructura del sistema de prestaciones de la Seguridad Social española destaca la importancia adquirida por las pensiones y su imparable crecimiento. En efecto, en el referido ejercicio se pagaron pensiones con un crecimiento sobre el año anterior del 13,6 por 100. Este crecimiento equivale a un 4,5 por 100 en términos reales, frente a un 3 por 100 del P.I.B.; datos que dan una primera idea de que la situación es insoportable para la Seguridad Social.

El importe de las pensiones representa el 59,4 por 100, del total de gastos de la Seguridad Social, cuando en 1982 representaban un porcentaje muy inferior, de modo que su importancia relativa ha crecido dentro del conjunto de gastos en aproximadamente 6 puntos.

Según la corriente doctrinal referida es un objetivo encontrar el sistema de pensiones que coadyuve a los problemas de financiación de la economía española, pues, actualmente es uno de los factores más negativos desde este punto de vista.

Por lo demás, resulta que la Asistencia Sanitaria representaba en el período contraído, el 29,7 por 100 del total de gastos de la Seguridad Social y la exigencia de reestructuración del actual sistema aparece no sólo por la necesidad de hacer frente a la explosión de los costes, sino también a la crisis de calidad de los servicios y a que el sistema sanitario español se adapte a la problemática que en el campo de la salud comporta el fenómeno del envejecimiento de la población.

La reestructuración de la Seguridad Social española es una conclusión a la que se llega desde cualquier ángulo que se la considere, pero además es una exigencia para el desarrollo de la Constitución española. En realidad, la Constitución y los compromisos internacionales son condicionantes de gran peso a tener en cuenta al diseñar el nuevo modelo de Seguridad Social.

Es bien cierto que dentro de los dos modelos básicos en torno a los cuales giran los sistemas de Seguridad Social vigentes, el sistema español se incrusta dentro del sistema continental, si bien, en los últimos años, ha evolucionado ampliando la protección, basándose en el principio de solidaridad nacional, a individuos no necesariamente afiliados a la Seguridad Social, ni por tanto, sujetos a la obligación de cotizar, que superan el ámbito de la solidaridad profesional e interprofesional y que suponen una aproximación al sistema atlántico de Seguridad Social, y consiguientemente se incrementaron las aportaciones estatales, en concepto de transferencias corrientes, para financiar los cada vez mayores gastos de la Seguridad Social.

Un análisis de la estructura y evolución de los ingresos de la Seguridad Social española pone de relieve lo siguiente: en primer lugar, que tres son las fuentes de financiación de la Seguridad Social, a saber: las cuotas de las empresas, las cuotas de los trabajadores y las aportaciones del Estado.

Como corresponde a un sistema de Seguridad Social del tipo continental la principal fuente de financiación la constituyen las cuotas de empresas y trabajadores; sin embargo, la evolución reciente de nuestro sistema de Seguridad Social exige un detenido análisis de las variaciones estructurales en el ámbito de la financiación.

Es de destacar el incremento de la participación del Estado y su claro reflejo en el peso relativo de esta fuente de financiación de los gastos de Seguridad Social.

De los datos del período analizado se deduce inmediatamente.

1. El importe de los gastos de la Seguridad Social creció en el período referido a un tanto anual acumulativo del 16,83 por 100; este dato cobra significado cuando observamos que la Renta Nacional creció en el mismo período el 14 por 100.
2. El tanto de crecimiento acumulativo anual del importe de las cuotas es superior en un 0,6 puntos al tanto anual acumulativo del índice de precios al consumo.

Así pues, los gastos de la Seguridad Social crecieron a un promedio anual de 2,8 puntos por encima de la Renta Nacional.

Como precisa E. Domingo Solans, aunque existe una gran controversia doctrinal acerca de cuál es la traslación de las contribuciones a la Seguridad Social, se puede afirmar que repercute hacia atrás, es decir, inciden en los trabajadores en forma de menores retribuciones. Cuanto más elástica sea la oferta de trabajo respecto a las retribuciones, o menor la rigidez de la demanda del trabajo, más difícil será la traslación hacia atrás de las contribuciones a la Seguridad Social. No vamos a poner de manifiesto aquí las rigideces e imperfecciones del mercado laboral y la presión institucional para que pueda en España efectuarse la traslación hacia atrás; pero, es evidente que el alto paro existente facilita la traslación hacia atrás.

En el período considerado, la traslación hacia adelante o sea la repercusión en los costes empresariales, no siempre fue posible y en estas circunstancias se produce la sustitución del factor trabajo por el factor capital. La situación de las empresas españolas es que éstas consideran como coste de personal tanto el salario como las cotizaciones a la Seguridad Social; entonces, no ofrece duda que el sistema de financiación vigente de la Seguridad Social modifica la estructura relativa de los precios, al reducir el precio relativo de los otros factores de producción respecto al trabajo. Por otra parte, aun en el supuesto de que se flexibilice la demanda de trabajo, las empresas tienden a sustituir el factor trabajo por el factor capital, de modo que la financiación de la Seguridad Social sobre la base de las cotizaciones no sólo reduce el salario real percibido por el trabajador sino que, además, genera desempleo.

Almansa, por lo demás, ha resaltado que otra cuestión a matizar es la de que sería un error creer que la traslación de las contribuciones empresariales a la Seguridad Social elimina el interés de las empresas por las cuestiones relacionadas con la financiación de la Seguridad Social; dicho

autor considera que esto no es así, por múltiples razones; en primer lugar las empresas anticipan la cuota, y la recuperación de su importe tendrá un período de maduración más o menos largo; además existe el riesgo que acompaña a toda actividad empresarial, en el sentido de que los bienes y servicios ofrecidos al mercado pueden o no ser efectivamente vendidos y cobrados, recuperando los costes en que hayan incurrido; o sea, el problema para las empresas con las cotizaciones a la Seguridad Social, es el mismo que cualquier otro componente de sus costes. Pero, aún hay más, siempre y cuando la base impositiva de las cotizaciones sea sobre salarios reales, se produce un efecto de distorsión de las competencias, pues esta forma de financiación favorece a las empresas intensivas en capital. Así, entre dos empresas de análoga capacidad económica (igual valor añadido a la producción total) cotizará más a la Seguridad Social aquella que emplee a mayor volumen de salarios.

Esta postura no es compartida por Alain y Chantal Euzeby, y otros seguidores, para los que la amplitud del desempleo actual se explica por otros factores y la parte que representan las cotizaciones patronales en la financiación de la Seguridad Social, en el coste total de la mano de obra, no puede explicar las diferencias de coste de la mano de obra observadas entre diversos países.

Sin embargo, en opinión del profesor Almansa, al sostener estos puntos de vista, quienes lo hacen contemplan solamente los efectos directos, cuando lo más importante son los efectos indirectos e inducidos y, concretamente, mientras el sector exterior no tuvo apenas peso en la economía española; cuando el coste de financiación y de la energía eran bajos, la tasa de crecimiento de la economía española superaba el 7 por 100 anual acumulativo, o existía la válvula de la emigración, los empresarios españoles podían despreocuparse de la componente de los costes que implican las cotizaciones a la Seguridad Social. Desde 1975, la situación ha cambiado paulatinamente, hasta convertirse en esencialmente diferente.

Así resulta que al plantearse Alain y Chantal Euzeby la cuestión de precisar en qué medida el tomar como base a las cotizaciones de las empresas exclusivamente los salarios aquellos son una causa de desempleo, afirman que:

- a) El coste global de la mano de obra (salarios más cargas sociales) está mucho más influenciado por la cuantía de los salarios directos y la amplitud de la presión fiscal en sentido amplio (porcentaje del conjunto de gravámenes obligatorios en el P.I.B) que por el lugar que ocupan las cotizaciones patronales en el conjunto de los gravámenes obligatorios.

- b) Las cotizaciones patronales también incrementan los costes de los bienes de equipo.
- c) El precio del capital se encuentra muy disminuido por las diversas medidas adoptadas en muchos países para alentar las inversiones: subsidios, reducciones fiscales, préstamos a porcentajes de interés ventajosos, fomento del ahorro a largo plazo, todas tienen por efecto acelerar la acumulación de capital facilitando la obtención de los medios financieros o reducir el coste de utilización del capital. En la medida en que una economía esté abierta a los intercambios internacionales, y las inversiones reducen los costes de las empresas y adaptan mejor éstas al mercado nacional e internacional, favorecen el empleo al incrementar su competitividad. Entonces, concluyen Alain y Chantal Euzéby, no es seguro que una disminución del coste de la mano de obra, en particular por una disminución de las cotizaciones patronales, limite las sustituciones capital por trabajo; más bien puede incitar a las empresas a aprovechar sus excedentes de recursos financieros para realizar inversiones que incrementen la productividad de las empresas.

Sin embargo, como ha señalado aquel autor, esta conclusión de Euzéby poco tiene que ver con la sustitución del factor del trabajo por capital que puede provocar una financiación de la Seguridad Social en base a las cuotas empresariales, en un ambiente caracterizado por una gran rigidez de la demanda de trabajo y altos costes financieros como es el caso español.

En este contexto, evidentemente, el sistema productivo no gana en eficiencia productiva con la sustitución del factor trabajo por capital, sino que es un atentado contra la productividad, provocado por una incorrecta forma de financiación de la Seguridad Social, desconociendo las limitaciones en la capacidad de contribución de las diferentes fuentes. En la actual situación de paro en España, y precisamente como medio de lucha contra él, es necesario favorecer las inversiones y más las que permiten un incremento de la capacidad competitiva de las empresas y una mayor eficiencia del sistema productivo en su conjunto, pues, constituyen un componente de la demanda y llevarlas a cabo tendría un efecto positivo sobre el empleo. Si el problema más acuciante de España en la actualidad es el paro, la mejor forma de eliminarlo es hacer factibles o realizables un gran número de proyectos de inversión. En efecto, un proyecto de inversión se caracteriza por una corriente de gastos y por una corriente de ingresos. De la comparación entre ambas resulta su rentabilidad. Solamente si la rentabilidad del proyecto supera el coste de financiación y los riesgos de la inversión, es factible o realizable. Se comprende que

ante las actuales expectativas económicas, sólo es posible actuar sobre la corriente de gastos de los proyectos para disminuirlos, si se pretende hacer realizables ciertos proyectos que no lo son.

Los trabajos empíricos de G. Laina para Italia, demuestran que sería adecuado un cambio de estructura en la financiación de la Seguridad Social, sustituyendo al menos una parte de las cotizaciones empresariales por aportaciones del Estado. Así, pues, lo que se pretende con una reducción de las cuotas empresariales a la Seguridad Social es propiciar la inversión productiva, que al tiempo que generan puestos de trabajo, consigan una mayor racionalidad y eficiencia en el sistema económico en su conjunto. En el contexto económico internacional actual y en la presente coyuntura económica, los distintos países tratan de incrementar sus exportaciones; para ello sus Gobiernos recurren a la desgravación de la imposición indirecta a los productos que exportan. Ahora bien, dado que las cuotas satisfechas a la Seguridad Social no tienen el carácter legal de impuestos indirectos, no son desgravables en la exportación. Como hemos visto, éste es el caso de España, en donde las cuotas pagadas por empresas y trabajadores cubrieron en el período mencionado el 74 por 100 del total de gastos de la Seguridad Social; así pues, el sistema de financiación de la Seguridad Social comporta un coste adicional para las empresas españolas en relación con las extranjeras .

Se comparte no obstante con la corriente doctrinal que encabeza el profesor Almansa la idea de Alain y Chantal Euzéby, en el sentido de que cada vez se concibe con más frecuencia la reforma de la financiación de la Seguridad Social como un medio de aliviar las cargas de las empresas sin poner en peligro las ventajas adquiridas, o de hacer frente a los aumentos de gastos, sin agravar las cargas de las empresas.

Después de lo dicho, cobra interés llevar a cabo la comparación internacional sobre las aportaciones de las distintas fuentes de financiación de la Seguridad Social.

El esfuerzo realizado en España por el Estado para contribuir a la financiación de la Seguridad Social se ve reflejado en el hecho de que su aportación pasó de representar de un 3,6 por 100, en 1977, al 14,4 por 100 en 1982 y al 23,3 por 100 en 1986. Sin embargo, en este año las cuotas siguen representando el 74 por 100, situándose la contribución de las empresas en torno al 61,6 por 100. Ahora bien, debemos hacer notar que la influencia positiva que era de esperar sobre el empleo y el comercio exterior, al reducir las cuotas pagadas por las empresas, ésta no es probable que se produjera, por el simple hecho de que la aportación del Estado a la Seguridad Social se produjo a costa de aumentar el déficit público. Y ello a pesar de que el déficit público absorbe aproximadamente el 42 por 100 del Ahorro Nacional Bruto; en consecuencia, las empresas disponen

de menos recursos para la inversión y, por consiguiente, por esta vía en la actual situación española, se anula el impacto de la reducción de cuotas sobre el empleo; por esta razón las medidas tomadas en el campo de la financiación deben complementarse con otras que incrementen el Ahorro Nacional.

Otra cuestión de especial relieve viene representada por la evolución del número de cotizantes.

En aquel período cotizaron a la Seguridad Social una media de 12,152 millones de personas, de las cuales lo hacía al Régimen General de la Seguridad Social el 65,3 por 100, y al conjunto de los Regímenes Especiales el 34,7 por 100 restantes.

En ese período el tanto acumulativo de crecimiento de la población cotizante fue del 2,4 por 100.

Frente a esto es preciso atender lo señalado en las esferas internacionales.

La Organización Internacional de Trabajo y la Asociación Internacional de la Seguridad Social ha considerado, para el futuro del año 2000, lo siguiente:

1. La Seguridad Social es hoy objeto de ataques desde campos opuestos. Por un lado, se la acusa de agravar la crisis económica mundial porque reduce el ahorro y la inversión, agudiza la inflación, aumenta el desempleo y socava los incentivos para el trabajo. Por otro, se la culpa de no haber sido capaz de resolver el problema de la pobreza, de discriminar contra la mujer, de no tratar en pie de igualdad a personas con necesidades análogas y distorsionar las prioridades sociales. Así, mientras algunos propugnan un cambio fundamental de orientación de las políticas de Seguridad Social, otros sostienen que el sistema debe ser desmantelado en su totalidad por no ser ya necesario en sociedades que han alcanzado un nivel de prosperidad como el actual. Ya no existe un consenso evidente en pro del desarrollo ulterior de la Seguridad Social.
2. El costo de la Seguridad Social ha estado aumentando rápidamente no sólo por la extensión de la cobertura a más personas y más riesgos, sino también a causa de los mayores gastos de los nuevos regímenes de pensiones a medida que ganan antigüedad, del envejecimiento de la población, del debilitamiento de los lazos familiares y de los progresos tecnológicos de la medicina. Como si esto no bastara, la aguda recesión actual ha acarreado otras pesadas cargas: hay que facilitar un sostén pecuniario a quienes no tienen trabajo, y al mismo tiempo los fondos de los que este sostén

debe provenir han disminuido al desaparecer las cotizaciones y los impuestos que antes pagaban quienes hoy están desempleados. La mayor antigüedad de los regímenes de pensiones, la creciente proporción de ancianos en la población y nuevos avances de la medicina pueden hacer que los costos aumenten aún más en el futuro. Sin embargo, podrían sufragarse sin mayores problemas si el desempleo disminuyera, si el desarrollo económico recobrara un ritmo razonable y la demografía alterase su dinámica actual. La Vieja Europa es hoy la Europa Vieja.

3. El objetivo fundamental de la Seguridad Social es dar a los individuos y a las familias la tranquilidad de saber que el nivel y la calidad de vida no sufrirán, dentro de lo posible, un menoscabo significativo a raíz de ninguna contingencia social o económica. Esto supone no simplemente satisfacer las necesidades que se presentan, sino también comenzar por prevenir los riesgos y ayudar a las personas y a las familias a adaptarse de la mejor manera posible, cuando deben hacer frente a incapacidades o desventajas que no se previnieron o no hubieran podido serlo. Para la consecución de estos objetivos se requiere, además de prestaciones monetarias, una amplia gama de servicios. Se precisa como objetivo fundamental que se proteja completamente a las personas ahora no protegidas o que lo están en forma insuficiente, cuando no haya sido posible prevenir que la contingencia se produzca o que persistan sus efectos.
4. No se admite que la mayor prosperidad haga que la protección de la Seguridad Social sea menos necesaria. A medida que una sociedad se enriquece, es menester asignar una mayor proporción de sus ingresos a la protección contra las principales contingencias mediante las pensiones y la asistencia médica, aunque sólo sea porque el período de jubilación es más largo y la gente alcanza edades más avanzadas. Contra algunos otros riesgos, como el desempleo y los gastos, durante un período prolongado, de asistencia médica o de servicios sociales, no hay seguros privados. En muchos países con regímenes de prestaciones condicionadas a una prueba de recursos no es posible introducir otras prestaciones del mismo tipo sin correr el riesgo de quitar todo incentivo para el trabajo y el ahorro.
5. Es preciso que al menos una proporción significativa de las prestaciones guarde relación con las ganancias.
6. Es necesario que se requiera de los planes de pensiones privados que mejoren las disposiciones para la transferencia de los derechos de pensión entre los planes o para la plena protección de los dere-

chos adquiridos y de la solvencia de los planes, y que se les requiera igualmente que instituyan una protección contra la inflación para las pensiones en curso de pago; los planes de pensiones privados deberían ser reglamentados en consecuencia.

7. Es preciso que el objetivo a largo plazo sea lograr que las prestaciones mínimas que se abonen a quienes no trabajan les garanticen un nivel de vida que corresponda por lo menos a la mitad del promedio del ingreso disponible neto por habitante, ajustado según la diferente composición de las familias, lo cual debe quedar fuera de la Seguridad Social.
8. Es necesario que las pensiones en curso de pago de los regímenes establecidos por ley se ajusten a los movimientos de un índice de ganancias o del producto interno bruto por habitante.
9. Por lo que atañe al movimiento de personas entre países, es preciso que se prosigan los esfuerzos para sacar partido de los mecanismos de coordinación entre los sistemas nacionales de Seguridad Social que ofrecen los convenios y recomendaciones en la materia, adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo. Es necesario, además, que se continúe la acción internacional para ampliar la red de acuerdos bilaterales y multilaterales y para mejorar la coordinación y la compatibilidad entre ellos.

Para el profesor E. Prieto el entramado de regulaciones son una consecuencia del modelo de economía mixta; del cual un pilar fundamental es la Seguridad Social, añadiendo que ya a la altura de 1988, hablar del fracaso del modelo de economía mixta, que implica la intervención del Gobierno en la Economía a través de la dirección macroeconómica, los servicios públicos y la Seguridad Social, no supone ninguna heterodoxia, debido a que existe consenso en que:

- a) Los servicios públicos, en general, no se prestan con eficacia; además, las críticas coinciden en que «el gasto en los servicios públicos no han sido regidos por un cuidadoso juicio sobre la necesidad o el coste: se ha supuesto simplemente que más era equivalente a mejor».
- b) No hay sistema más eficiente y que responda de forma más auténtica a los gustos del consumidor que una economía de mercado libremente competitivo.

El modelo de economía mixta ha reducido sustancialmente la acción libre de las fuerzas del mercado al incrementar el sector público y por haber propiciado un elevado número de reglamentaciones que impiden el libre funcionamiento de las fuerzas del mercado.

- c) El fracaso en la dirección macroeconómica, pues ésta se proponía disminuir el desempleo y la inflación.
- d) La crisis en que están inmersos los sistemas de Seguridad Social, debido tanto a su inadecuada estructura como al nivel asfixiante alcanzado por sus presupuestos y ritmo de crecimiento de éstos.

Ahora bien, aunque estos hechos nadie los refutra tampoco se puede negar que el modelo de economía mixta dio resultados positivos hasta un cierto momento, de modo que J.K. Galbraith y con él otros destacados economistas consideran que sus principales fallos se han producido por excesos en el grado y en el coste de los servicios públicos y de la Seguridad Social y en la baja calidad de funcionamiento de la Administración pública; luego, en la medida en que esto fuese cierto, bastaría introducir mejoras en estos aspectos, para que el modelo nos siguiera siendo útil.

En todo caso, es innegable la contribución de la Seguridad Social al reforzamiento de las altas tasas de inflación y de paro que se ha padecido. Refiriéndose concretamente a su inflación provocada por la Seguridad Social, Félix Mansilla, escribe:

«Esta co-responsabilidad de la Seguridad Social en el aumento de la inflación, que a los primeros que perjudica es a sus beneficiarios, constituye claramente una disfunción que transforma, paradójicamente, a la Seguridad Social en elemento de insolidaridad y co causante de retraso económico y social, que es justamente la razón contraria de la que justifica su existencia.»

Por lo que al paro que indirectamente provoca la Seguridad Social, F. Mansilla, señala:

«De todos los efectos negativos que produce nuestro actual sistema de Seguridad Social, el peor de ellos es el paro, porque es la negación misma de la solidaridad. Toda contribución de la Seguridad Social al paro es la perversión misma de la idea de la Seguridad Social.»

Otro grupo de problemas en relación con el impacto de la crisis económica en la Seguridad Social se refiere a que aquella puso de manifiesto un conjunto de defectos y fallos inherentes a su sistema que redundan en su grado de eficiencia.

G. Tamburi, como exponente cualificado de cuantos se están ocupando de elaborar unas bases sólidas que permitan la racionalización y reforma de los sistemas nacionales de Seguridad Social, y dada la crisis de adaptación que padece, considera que si se quiere mantener la conquista social que la Seguridad Social ha significado no queda otra solución que empeñarse resueltamente en la búsqueda de una eficacia más grande de los presupuestos sociales, gracias a una racionalización de opciones, es-

estructuras, medios y servicios que habrán de utilizarse, en función de necesidades prioritarias.

Sin embargo, es necesario señalar que se requiere algo más que la introducción de un conjunto de mejoras que corrijan ciertos defectos de los sistemas de Seguridad Social. Esta manera de proceder tendría sentido si nos encontrásemos ante un sistema de Seguridad Social en normal funcionamiento y sin los problemas de profunda inadaptación que caracterizan a los actuales y, con un grado de disfuncionalidades tan elevado que preocupan a los distintos sectores económicos y sociales. De la crisis económica está surgiendo un nuevo orden mundial, que traerá consigo modificaciones profundas en los modos de consumo, de trabajo, de vida y culturales. El futuro no está ni mucho menos decidido, pero ha comenzado una nueva época, y las naciones, las profesiones y las empresas tienen que inventar las reglas de juego de esta nueva partida histórica, tal y como señalara E. Prieto.

En este sentido cabe resaltar uno de los últimos trabajos de la Comisión de las Comunidades Europeas, en el que se señala:

1. Aunque los problemas con los que se enfrentan los sistemas de Seguridad Social eran de la misma naturaleza en todos los Estados miembros, el grado de urgencia y gravedad no tienen la misma intensidad en todos ellos.
2. El control de los gastos sociales, revaluación de los modos de financiación, fortalecimiento de la eficacia social del sistema de protección son todavía de actualidad, a pesar de que los gobiernos han reforzado —y multiplicado— las medidas para hacer frente a las dificultades actuales —principalmente de naturaleza financiera y presupuestaria— conocidas por los sistemas de Seguridad Social.
3. La persistencia de un contexto poco favorable hace indispensable la prosecución del debate sobre la política de la Seguridad Social, ya que en ausencia de concertación entre ellos, los estados miembros, preocupados en reforzar la competitividad de sus economías, están tentados a recurrir a un aligeramiento en el sector social y, en particular, de la Seguridad Social. Este debate debería contribuir a facilitar la adaptación de los sistemas de protección social a los nuevos datos económicos, sociales y demográficos surgidos en los últimos años, así como a las perspectivas abiertas por la realización del mercado interior. Pero, en tales condiciones el debate debe ir más allá del marco estrecho de la política social en el que se ha mantenido hasta aquí; y ampliarse a la política económica. En la fase de mutaciones estructurales en la que Europa ha entrado, tal debate debe contribuir a facilitar la adaptación simultánea y encadenado de las estructuras económicas y sociales.

En conclusión, se puede señalar que será preciso abordar en un nuevo modelo las siguientes cuestiones:

- Los que su origen se encuentran en la financiación de la Seguridad Social.
- Aquellos que proceden de la evolución demográfica, o concretando más en el paulatino envejecimiento de la población.
- Los que tienen su origen en el fenómeno de exclusión y marginación (nueva pobreza) que afecta o amenaza a un gran número de ciudadanos.

Por lo demás la Previsión Social Voluntaria dependerá de lo que sea la Seguridad Social. En el futuro, el autoaseguramiento cubrirá la mayoría de las prestaciones y los sistemas públicos de pensión quedarán restringidos a unos mínimos.

La Seguridad Social como se plantea actualmente está desfasada. Necesita de un rediseño que responda de las vicisitudes económicas que vive el país. Por una parte, debido a la instauración de una nueva fase dentro de la economía de mercado, como es el proceso de internacionalización, y, por otro, por la situación de recesión económica unida a los cambios demográficos y de valores que ha experimentado la sociedad, que cuestionan su concepción keynesiana.

Todo ello conlleva a un cambio de mentalidad del colectivo social, en la asunción de una realidad que le va a llevar a sacrificar niveles de calidad de vida. Un proceso de mentalización que exigirá, en aras de evitar el estallido social, el concurso de los distintos poderes públicos y agentes sociales, para presentar conjuntamente lo inevitable del proceso.

El problema principal de la Seguridad Social complementaria es su absoluta desatención por los agentes sociales. El Estado lo que ha hecho hasta ahora es dar una respuesta mínima y coyuntural a sus problemas en relación con la Seguridad Social básica. Para ello, por un lado, y en primer lugar al no tener fondos suficientes, ha establecido un régimen fiscal para con las prestaciones, no parangonable a nivel europeo, donde eran y siguen siendo consideradas, en su mayor parte como rentas no sujetas. Por el contrario, en España, hasta 1981 no existía tributación en relación con las prestaciones y desde esa fecha, resulta que la fiscalidad va a gravitar sobre todas las prestaciones menos el desempleo y la invalidez. A partir de ahora, desde enero de 1994, la fiscalidad va a afectar prácticamente a toda la Acción Protectora. En segundo lugar, el Estado ha buscado solución a su problema financiero, imponiendo una limitación a las prestaciones, a través de las fórmulas de topamiento que ofrece el sistema por vía de las normas sobre concurrencia de pensiones.

En tercer lugar, ha impuesto un freno al crecimiento de los costes a través del topamiento general de las prestaciones, por vía de la fijación de límites en las leyes anuales de presupuestos.

Por último, ha establecido límites al crecimiento de la Seguridad Social Complementaria, cuando ésta se nutre o financia, de algún modo, con fondos públicos (empresas públicas, Mutuas, Fundaciones, Corporaciones, etc.).

De ese modo, resulta que el Estado, cuando tiene que hacer frente a sus obligaciones y pagar pensiones respecto de la Seguridad Social básica, las ha limitado, y cuando tales obligaciones las ha adquirido respecto de la Seguridad Social complementaria, también las ha limitado.

Así las cosas, resulta que tales fórmulas son soluciones que se imponen egoístamente por el propio Estado en su propio provecho, sin rediseñar la Seguridad Social en su conjunto, esto es, la suma que representa la Seguridad Social básica más la Seguridad Social complementaria, y lo que es más grave, traslada su propia incapacidad a las empresas privadas. De este modo, ha establecido un peso que está siendo insoportable para el mundo de la empresa, que no tiene ningún tipo de defensa frente a la ofensiva del Estado. Así las cosas, resulta que el sector privado tiene que financiar por un lado el margen que tenía previsto financiar como Seguridad Social complementaria, el cual al tiempo de su establecimiento se consideró que iba a ir en disminución, y que sin embargo ahora va en aumento, y por otro lado la parte correspondiente del Estado que ya no financia.

Hay que rediseñar necesariamente la Seguridad Social básica para poder así ver donde estamos en lo que se refiere a la dimensión de la Seguridad Social complementaria. El modelo actual debe transformarse, ya que las circunstancias que vivimos son diferentes a aquellas, que, en la década de los años 50, primero en Francia y luego en el resto de Europa, dieron lugar al nacimiento de esa Seguridad Social complementaria, que hoy, como sucede en nuestro ordenamiento, todavía se mantiene sin reestructurar dentro del sistema de Seguridad Social de nuestro país .

Los cambios, que se han dado internacionalmente en el campo financiero de la Seguridad Social básica, se conocían desde 1973, y sin embargo en España se ha hecho caso omiso de ello, manteniendo esquemas que no se compaginan con las necesidades actuales.

Así, en 1988, se crea y diseña una Seguridad Social en la Constitución española contraria al modelo europeo, persiguiéndose por nuestra norma suprema un modelo tan expansivo como irrealizable. Se opta incluso por la universalización subjetiva y objetiva, y lo que es mucho más sorprendente, se dice que se va a proceder a proteger la situación de necesidad y no la contingencia, lo cual no es de recibo en un contexto

mundial, en donde tal aspiración sólo ha sido lograda por un ordenamiento jurídico en todo el mundo, cual es el de Nueva Zelanda, con un tejido económico bien distinto al de nuestro país, habiendo sido desechadas tales veleidades utópicas por todos los países europeos desde 1974, de lo cual, al parecer, no eran conscientes nuestros diseñadores constitucionales.

O se hacen las cosas con el vigor necesario, formando un grupo técnico de asesoramiento, al igual que se ha hecho a nivel internacional bajo los auspicios de la Asociación Internacional de la Seguridad Social, o lo único que haremos es ver cómo el Estado, en cada ley de presupuestos, «se arregla su propio traje», que habrá ido quedando deteriorado en el ejercicio anterior por las propias deficiencias financieras del sistema, dejando a las empresas privadas en manos del albur.

La solución vendrá de la mano de una formulación, del máximo rigor técnico, con atención escrupulosa a los imperativos dictados desde los demás foros europeos, y especialmente desde la citada Asociación Internacional de la Seguridad Social. Mientras tanto, a corto plazo, el país tiene que exigir para la Seguridad Social complementaria coherencia y seriedad, debiendo adoptarse una serie de medidas inaplazables.

Efectivamente, se observa que se ha limitado la Seguridad Social básica, porque según los indicadores económico-financieros era esencial para el sistema. Y en su consecuencia hay que limitar la Seguridad Social complementaria, puesto que no vale sostener que las empresas privadas sopor ten todo lo que no pueden financiar las empresas públicas o el Estado.

Para ello es posible considerar que, tal y como se ha establecido en otros países europeos, y tal y como, por cierto, prevé la legislación española, hay que establecer fórmulas que permitan, al que lo desee, desengancharse de la Seguridad Social básica en mayor medida de lo actualmente permitido (Asistencia sanitaria, ILT, etc.). Hay que ir a la solución del autoaseguramiento, y, por último, hay que poner freno al crecimiento de la Seguridad Social complementaria en el sector privado, en coherencia con lo que ya se ha hecho para el sector público.

Es un error el considerar la necesidad de dismantelar o no dismantelar el sistema de Seguridad Social actual como un problema de justicia. Es más un problema de conflicto social, tal y como ha sucedido en todas las etapas de transformación de la Seguridad Social. A tal efecto, debe recordarse que en los mismos orígenes, Bismarck, para crear su modelo, se asesoró de los mejores economistas y juristas de su época, con el fin de evitar una explosión social de graves proporciones, por lo que tuvo que llevar a cabo grandes reformas en un contexto europeo donde se estaba gestando el comunismo. Y ahora ocurre igual, sólo que ese último fantasma ha desaparecido. Lo que sucede es que el estallido social ahora tiene otra versión.

No obstante, no debe olvidarse que cuando se crearon los seguros sociales se trató de evitar principalmente el conflicto. Al igual que sucedió en 1929 tras la gran depresión con la aceptación del modelo keynesiano y un nuevo modelo de Seguridad Social basado en un sistema financiero de reparto frente al anterior basado en la capitalización. Ahora, esos seguros se desmantelan y hay que encontrar un verdadero punto de equilibrio que evite nuevamente el estallido social, pues no es posible despublificar todo lo que antes se publicó sin contraprestaciones adecuadas.

La sociedad está confundida, porque a la vez se le sigue hablando de una Seguridad Social expansiva, según la Constitución, ve cómo se recortan incesantemente, a través de múltiples medidas y especialmente a través de las leyes de presupuestos anuales, las prestaciones desde hace años. En su opinión, al ciudadano no se le ha dicho cuáles deben ser los límites puros de la Seguridad Social, y al final se utiliza a la Seguridad Social con fines políticos de escaso rigor técnico quebrando las más elementales técnicas del aseguramiento, acudiendo a la figura de las pensiones no contributivas financiadas con los propios fondos de la Seguridad Social con lo que el beneficiario de estas pensiones se beneficia de unos fondos que él no ha generado, siendo los trabajadores por cuenta ajena y las empresas quienes tienen que soportar tales costes que debieran correr con cargo a los impuestos exclusivamente ya que esa técnica de protección sólo tiene un régimen financiero admisible, cuales son los tributos y tienen que estar fuera del sistema de Seguridad Social.

La Seguridad Social básica ha servido para sostener políticas sociales no contempladas en sus cálculos financieros, tales como las reducciones de edad de jubilación, o para solventar situaciones específicas como toda la política de reconversión de este país, lo cual, aun siendo un fin muy loable, no tiene cabida, dentro de una técnica de aseguramiento, basado en la fijación de unas cotizaciones para financiar unas prestaciones concretas y no otras, ni tan siquiera imaginadas al tiempo de establecer actuarialmente el importe de aquellas cotizaciones.

La salida está en lograr una rentabilidad al sistema, y en la búsqueda de una financiación adecuada, lo cual es fundamental para ello, ya que el sujeto que no tiene capacidad patrimonial para estar dentro del seguro social público, tiene que estar fuera del sistema, y dentro de un régimen de cobertura no basado en el seguro sino en el impuesto. Para eso, está el mundo de la Asistencia Social y no el del seguro social, que tiene que depurarse y eliminar de él cuestiones y coberturas que no tienen por qué estar publicadas. Una vez que la Seguridad Social básica se encuentre dentro de sus justos límites, se podrá rediseñar y crear una Seguridad Social complementaria coherente con lo anterior, siendo tal forma de operación inaplazable.

LEY DE PROTECCION A TESTIGOS Y PERITOS

José Ricardo Palacio Sánchez-Izquierdo

Introducción

El día 23 de diciembre de 1994 se aprobaba la «Ley Orgánica de Protección a Testigos y Peritos en causas criminales», publicada en el Boletín Oficial del Estado de fecha 24 de diciembre de 1994. Con ello culminaba un largo proceso legislativo iniciado por el Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos con su presentación ante la Alta Cámara de una Proposición de Ley «de protección a denunciantes, testigos y peritos en determinadas causas criminales»¹.

En una primera aproximación al tema cabría calificar a la nueva Ley de necesaria, difícil y polémica.

Necesaria por cuanto el deber de cooperar con la Administración de Justicia en los procesos penales en calidad de testigo o perito (art. 118 de la Constitución Española; art. 17 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y arts. 410, 420, 462 y 463 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) debía tener como contrapartida la obligación por parte del Estado de brindar protección a dichos colaboradores cuando el prestar auxilio a la justicia supusiese un riesgo grave para sí mismos o para sus más próximos allegados; piénsese, por ejemplo, en procesos contra la delincuencia violenta organizada². Las

¹ El texto de dicha Proposición apareció publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Senado), de fecha 15 de septiembre de 1993.

² El Juez Garzón, a raíz de la sentencia dictada en la causa «Operación Nécora» hizo unas declaraciones públicas en las que manifestaba tener conocimiento de la muerte en extrañas circunstancias de doce personas que habían colaborado con la Administración de Justicia en procesos penales incoados contra narcotraficantes.

Tratándose de causas contra terroristas los testigos y peritos no necesitan siquiera ser explícitamente amenazados para que desvíen su declaración o informe: se sienten ya víctimas en potencia por el mero hecho de cumplir con su deber.

previsiones contenidas al respecto en el art. 325.bis del Código Penal eran de todo punto insuficientes.

Difícil, ya que una Ley de esta naturaleza ha de conseguir un punto de equilibrio, altamente inestable, entre los derechos fundamentales de testigos y peritos (vida, integridad, libertad, seguridad, etc.) y el derecho del reo a un juicio con todas las garantías (art. 24 de la Constitución Española).

Y polémica, toda vez que alguna de las previsiones de la nueva Ley (en particular ciertos aspectos de la regulación de la prueba en el acto del juicio oral) podría suscitar dudas de anticonstitucionalidad, no tanto por el texto en sí mismo cuanto por la aplicación que de él pudieran hacer los Tribunales.

En suma, la nueva Ley de Protección de Testigos no es una panacea universal, como más adelante se pondrá de relieve al hacer el estudio crítico de su articulado; podrá tener luces y sombras; exigirá un cuidado exquisito en su aplicación pero, en todo caso, constituía un imperativo si se desea luchar eficazmente contra las manifestaciones más graves de la criminalidad³.

Precedentes legislativos en el derecho comparado

La Ley de referencia, con ser materia virgen en el Estado Español, no carece sin embargo de precedentes en el derecho comparado, en las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional de este país. Precedentes fácilmente detectables a lo largo de su articulado.

Así, en Estados Unidos, el Fiscal General puede proporcionar una nueva residencia y otros tipos de protección a un testigo o a un testigo potencial del Gobierno Federal o de un Gobierno Estatal, en un procedimiento oficial relacionado con una actividad criminal organizada o con otro tipo de delito grave, si el Fiscal General estima que es posible que se cometa un delito que implique un crimen de violencia contra el testigo relacionado con dicho procedimiento, o un delito Estatal que sea similar en naturaleza a cualquiera de dichos delitos.

El Fiscal General también puede proporcionar una nueva residencia y otros tipos de protección a la familia directa, o a una persona directa-

³ PALACIO SÁNCHEZ-IZQUIERDO, JOSÉ RICARDO. «Nueva delincuencia: aspectos problemáticos de la gran reforma penal». *Cuadernos de Derecho Judicial. La nueva delincuencia*. Tomo I. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1993, pp. 19 y siguientes.

Consúltese también la Monografía de GIMÉNEZ GARCÍA, JOAQUÍN. «El testigo y el perito. Su protección en el juicio oral». *Revista Actualidad Penal* n.º 40.

mente relacionada con dicho testigo o con dicho testigo potencial, si la familia o la persona pudiera estar en peligro por la participación del testigo en el proceso judicial.

En relación con la protección de un testigo, o de un testigo potencial, o de un miembro de la familia directa o de una persona relacionada directamente con el testigo o con el testigo potencial, el Fiscal General emprenderá las acciones que considere necesarias para proteger a la persona involucrada ante posibles lesiones físicas y para asegurar la salud, seguridad y bienestar de dicha persona, incluyendo el bienestar psicológico y el ajuste social de dicha persona, en tanto en cuanto exista peligro para dicha persona de acuerdo con los criterios del Fiscal General.

Concretamente, el Fiscal General puede:

- a) Proporcionar los documentos adecuados para dar a la persona una nueva identidad o para proteger a la persona de alguna otra manera.
- b) Proporcionar alojamiento a la persona.
- c) Proporcionar el transporte del mobiliario doméstico y otras propiedades personales a la nueva residencia de la persona.
- d) Proporcionar a la persona un sueldo para cubrir los gastos básicos.
- e) Ayudar a la persona a encontrar empleo.
- f) Proporcionar otros servicios necesarios para ayudar a la persona a ser autosuficiente.
- g) Revelar o negarse a revelar la identidad o localización de la persona reubicada o protegida, después de sopesar el peligro que supondría para la persona dicha revelación, el detrimento que causaría a la efectividad general del programa, y el beneficio que aportaría al público o a la persona que precisa la información, con la excepción de que el Fiscal General, a petición de los Agentes locales o estatales o mediante una orden del Tribunal, deberá revelar a dichos Agentes la identidad, ubicación, archivos criminales y huellas dactilares de la persona reubicada o protegida, cuando el Fiscal General sepa, o la petición indique, que la persona está bajo investigación, o ha estado arrestada o acusada de un delito castigado con más de un año de cárcel, o sea un crimen de violencia.
- h) Dispensará la obtención de servicios, materiales y suministros y la renovación y construcción de lugares seguros de los edificios existentes según otras disposiciones legales tal y como se precise para mantener la seguridad de los testigos protegidos y la integridad del programa de seguridad de testigos.

El Fiscal General establecerá un sistema de archivos preciso, eficaz y efectivo, relacionado con el historial criminal de las personas a las que se ha proporcionado protección según este capítulo.

Antes de proporcionar protección a cualquier persona, el Fiscal General obtendrá información relacionada con la conveniencia de la persona para la inclusión en el programa, incluyendo el historial criminal, si lo hay, y un examen psicológico de la persona. El Fiscal General también efectuará un examen escrito en cada caso de la seriedad de la investigación o del caso en el que se haya proporcionado o se proporcionará la información o el testimonio de la persona y del posible riesgo de peligro para otras personas y propiedades de la comunidad donde se supone que se va a reubicar a la persona y determinará si la necesidad del testimonio de dicha persona supera el riesgo de peligro para el público.

A la hora de evaluar si se debe proporcionar protección a una persona el Fiscal General considerará el archivo criminal de la misma, otras alternativas para proporcionar protección, la posibilidad de asegurar un testimonio similar con otras fuentes, la necesidad de proteger a la persona, la importancia relativa del testimonio de dicha persona, los resultados de los exámenes psicológicos, si proporcionar dicha protección irrumpirá de forma sustancial en la relación entre un niño que tendría que cambiar de residencia con motivo de dicha protección, y los padres del niño que pudieran no reubicarse, y otros factores similares que considere apropiados el Fiscal General.

El Fiscal General no proporcionará protección a ninguna persona si el riesgo de peligro para el público, incluyendo el daño potencial a víctimas inocentes, sobrepasa la necesidad del testimonio de dicha persona.

Antes de proporcionar protección a cualquier persona, el Fiscal General tomará parte en un «memorándum de acuerdo» con dicha persona. Cada «memorándum de acuerdo» establecerá las responsabilidades de esa persona, incluyendo:

- a) El acuerdo de esa persona, siendo un testigo o un testigo potencial, para testificar y proporcionar información.
- b) El acuerdo de no cometer ningún delito.
- c) El acuerdo de la persona a tomar todas las medidas necesarias para evitar averiguaciones debidas a otros factores relacionados con la protección proporcionada.
- d) El acuerdo de la persona para cumplir con las obligaciones legales y sentencias civiles contra la misma.
- e) El acuerdo a cooperar en todas las peticiones razonables de los oficiales y empleados del Gobierno que le estén proporcionando protección.

- f) El acuerdo para designar a otra persona que actúe como Agente en la presentación del proceso.
- g) El acuerdo a efectuar una declaración jurada de todas las obligaciones legales principales, incluyendo las obligaciones relacionadas con la custodia y visita de los niños.
- h) El acuerdo de revelar cualquiera de las obligaciones de la libertad condicional o de la libertad vigilada, y si la persona está en libertad condicional o libertad vigilada de conformidad con la ley estatal, a consentir la vigilancia federal.
- i) El acuerdo de informar regularmente al oficial del programa de las actividades y de la dirección actual de dicha persona.

Si el Fiscal General determina que el daño para una persona a la que se ha proporcionado protección es inminente o que el no proporcionar una protección inmediata pondría en peligro la investigación, el Fiscal General puede proporcionar una protección temporal inmediata a dicha persona.

El Fiscal General puede finalizar la protección proporcionada a cualquier persona que quebrante el «memorándum de acuerdo» realizado entre el Fiscal General y la persona.

Un Comité nombrado «ad hoc» ha concluido que 12 años de experiencia en el tema de la protección de testigos de acuerdo con el acta de 1970 han probado, ampliamente, tanto la necesidad como la utilidad de dichas disposiciones.

En Italia, por Decreto Ley de 15 de enero de 1991 se adoptaron una serie de medidas dirigidas a la protección de testigos que colaboran con la Administración de Justicia. Se transcriben a continuación los artículos más importantes de dicha disposición legislativa.

Artículo 9:

Primero.—Con respecto a las personas expuestas a peligro grave y real por efecto de su colaboración o de las declaraciones realizadas en el curso de las investigaciones preliminares o del juicio, en referencia a los delitos previstos en el art. 380 del Código Penal, se pueden adoptar medidas de protección aptas a asegurar su incolumidad, suministrando, cuando sea necesario, la asistencia prevista en las disposiciones del presente capítulo.

Segundo.—Dichas medidas se pueden adoptar también con respecto a los allegados más próximos, los convivientes y las personas que estén expuestas a peligro grave y real a causa de las relaciones que mantienen con las personas indicadas en el anterior apartado primero.

Artículo 10:

Primero.—Según lo previsto por las normas ya en vigor, en los casos en que las medidas de protección que puedan ser adoptadas directamente

por el Comisario para la coordinación de la lucha contra la delincuencia de tipo mafioso, por la autoridad de seguridad pública o, si se trata de una persona detenida, por el Ministerio de Justicia —Departamento de Administración Penitenciaria—, no se consideran adecuadas para asegurar la incolumidad de los sujetos implicados en el art. 9 y el peligro se derive de los elementos que los mismos sujetos aportaren o puedan aportar a las investigaciones o al juicio, se puede definir un programa especial de protección que comprenda, si fuera necesario, también medidas de asistencia.

Segundo.—Con Decreto del Ministerio del Interior, de acuerdo con el Ministerio de Justicia, después de oír la opinión de los Ministros interesados, se constituye una Comisión Central para la definición y aplicación del programa especial de protección, compuesta por un Subsecretario de Estado que la preside, por dos Magistrados con particular experiencia en procesos por hechos de criminalidad organizada y por cinco funcionarios y oficiales expertos en el sector. Para las tareas de secretaría, la Comisión Central utiliza la Oficina para la Coordinación y la Planificación de las Fuerzas de Policía.

Tercero.—Las medidas de protección y asistencia en favor de las personas admitidas al programa especial previsto en el apartado 1), así como los criterios de formulación del programa mismo y las modalidades de actuación, se establecen por decreto del Ministro del Interior, de acuerdo con el Ministro de Justicia, después de oír las opiniones del Comité Nacional de Orden y Seguridad Pública y de la comisión central prevista en el apartado 2).

Artículo 11:

Primero.—La admisión al programa especial de protección, los contenidos y la duración del mismo, valorados en relación con el riesgo para la incolumidad del sujeto a causa de las declaraciones que ha prestado o que puede prestar, los delibera la Comisión prevista en el art. 10, bajo propuesta motivada del Fiscal del Estado o bien, previo parecer favorable de este mismo, por el alto Comisario para la coordinación de la lucha contra la delincuencia de tipo mafioso o por el Gobernador Civil. En casos de urgencia especial, las medidas necesarias son adoptadas por el Jefe de Policía —Director General de la Seguridad Pública—, quien informa al Ministro.

Segundo.—La propuesta debe contener las noticias y los elementos referentes a la gravedad y actualidad del peligro al que las personas están o pueden estar expuestas por efecto de su elección de colaborar con la Justicia. Asimismo, en la propuesta se deben indicar las eventuales medidas de protección ya adoptadas y los motivos por los cuales las mismas no se consideran adecuadas a las exigencias.

Tercero.—La opinión del Fiscal del Estado debe hacer referencia específica a la importancia de la contribución ofrecida o que pueda ser ofrecida por el interesado o por su allegado para el desarrollo de las investigaciones o para el juicio penal.

Artículo 12:

Primero.—Las personas con respecto a las cuales se ha presentado la propuesta de admisión al programa especial de protección deben expedir a la autoridad que la propone una declaración completa y documentada referente a su estado civil, de familia y patrimonial, las obligaciones que se deriven de la Ley, de pronunciamiento de la autoridad o de negocios jurídicos, los procedimientos penales, civiles y administrativos pendientes, los títulos de estudio y profesionales, las autorizaciones, las licencias, las concesiones y cualquier otro título del que sean titulares. Dichas personas deben así mismo designar un representante general o representantes especiales para las actas a realizar.

Segundo.—El programa especial de protección está suscrito por los interesados, quienes se comprometen personalmente a:

A) Observar las normas de seguridad prescritas y colaborar activamente en la ejecución del programa.

B) Cumplir las obligaciones previstas por la Ley y las obligaciones contraídas.

Artículo 13:

Primero.—El programa especial de protección puede comprender el traslado de las personas indicadas en el art. 9 a Ayuntamientos distintos del de residencia o a lugares protegidos así como las medidas necesarias para garantizar la discreción.

Segundo.—Únicamente para los fines previstos en el apartado primero puede ser autorizada la utilización temporal de un documento de cobertura. La utilización de dicho documento en casos no autorizados será castigado según las disposiciones penales vigentes.

Tercero.—Cuando existan particulares motivos de seguridad, el Fiscal del Estado o el Juez pueden autorizar al sujeto examinado o interrogado a elegir domiciliarse en casa de una persona de su confianza o en una Comisaría de Policía, también para las comunicaciones o notificaciones que sean necesarias.

Cuarto.—Por motivos de seguridad graves y urgentes, el Fiscal del Estado puede autorizar a la Policía Judicial a custodiar a las personas arrestadas o detenidas en lugares distintos a la cárcel durante el tiempo estrictamente necesario para definir el programa especial de protección. Por las mismas razones, la autorización puede ser dictada por el Juez cuando estime necesario aplicar la custodia cautelar.

Artículo 15:

Primero.—En el ámbito del programa especial de protección, cuando cualquier otra medida resulte inadecuada, por decreto del Ministro del Interior, de acuerdo con el Ministro de Justicia, se puede autorizar, a petición de los interesados, el cambio de los datos personales garantizando su discreción también en los actos de la Administración Pública.

También Alemania cuenta con disposiciones legales protectoras de testigos en causas relacionadas con el terrorismo⁴.

Particular atención merece el caso de Holanda, país en el cual la Ley de Enjuiciamiento Criminal no recoge explícitamente la declaración de testigos anónimos. Sin embargo, ante el incremento de la delincuencia violenta y organizada, se sintió la necesidad —basada en la protección contra represalias— de asegurar el anonimato de ciertos testigos en determinadas causas criminales.

En 1983 la Asociación de Magistrados expresó su preocupación ante el aumento del número de asuntos en los cuales los testigos se encontraban amenazados, por lo que se negaban a declarar si no se les aseguraba su anonimato, y recomendaba al Legislador impulsar el tema de los testigos anónimos.

En consecuencia, el Ministerio de Justicia instituyó en el año 1984 una comisión consultiva, denominada «Comisión sobre los testigos amenazados», encargada de estudiar este problema⁵.

El día 11 de junio de 1985, la citada comisión presentaba al Ministro un bien documentado dictamen que concluía con el borrador de un Proyecto de Ley del siguiente tenor:

Artículo 1:

En el Código de Enjuiciamiento Criminal se introducen las siguientes modificaciones:

- a) En el apartado 67, apartado primero, al comienzo y en el epígrafe
- b) se añade después de 285, apartado primero: 285-A.
- b) Después del art. 187 se añade un nuevo artículo con el siguiente texto:

Artículo 187-A:

Primero.—Si se produjera el caso previsto en el art. 190, apartado segundo, se tomará declaración al testigo de forma que su identidad permanezca en secreto. El Juez Instructor cuidará de que el testigo sea protegido de un eventual reconocimiento con ocasión de la prestación de su declaración.

Segundo.—El Juez Instructor puede ordenar, en caso necesario, que el sospechoso y su Abogado no presencien el interrogatorio del testigo, en cuyo caso el Fiscal tampoco estará presente. El Juez Instructor les infor-

⁴ Ley de 9 de junio de 1989.

⁵ Es de significar que, aun sin expresa regulación legal, el Tribunal de casación holandés había permitido, en ciertos casos, el anonimato de los testigos (sentencias de 17 de enero de 1938; 5 de febrero de 1980; 4 de mayo de 1981 y 29 de noviembre de 1983). Sin embargo, las sentencias posteriores al «caso Kostovski», que llegó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y a la que luego se hará referencia, han introducido algunas modificaciones (véanse sentencias del tribunal de casación de fecha 25 septiembre 1984 y 21 mayo 1985).

mará, en la medida de lo posible, del contenido de las declaraciones efectuadas por el testigo, ofreciéndoles la posibilidad de hacer constar las preguntas que deseen le sean planteadas. A menos que el interés de la investigación no permita ningún retraso en el interrogatorio, se podrán presentar las preguntas ya antes de su inicio.

c) Delante del texto del art. 190 se sitúa un número primero y a este artículo se le añaden los siguientes apartados:

Segundo.—El Juez Instructor puede, con el fin de mantener en secreto la identidad del testigo, decidir de oficio, a instancia del Fiscal o a petición del sospechoso o de un Abogado o del propio testigo, no preguntar al testigo acerca de los datos mencionados en el apartado primero. El Fiscal y el sospechoso y su Abogado tendrán la posibilidad de ser escuchados a este respecto.

Tercero.—La decisión del Juez Instructor será comunicada inmediatamente al Fiscal y al Abogado, así como notificada al sospechoso.

Cuarto.—Si el Juez Instructor resolviera denegando, no procederá al interrogatorio del testigo antes de que su decisión sea firme.

Quinto.—El Fiscal y el sospechoso pueden interponer recurso contra la decisión ante el Tribunal en el plazo de tres días. Si el Tribunal considera fundado el recurso presentado contra una decisión adoptada de acuerdo con lo dispuesto en el apartado segundo, declarará, puesto que el Juez Instructor ya habrá interrogado al testigo en la forma descrita en tal apartado, que la declaración del testigo debe ser calificada como no realizada para la prueba de acusación. Si el Tribunal considera fundado el recurso presentado contra una decisión adoptada de acuerdo con lo dispuesto en el apartado cuarto, ordenará que se practique aun el interrogatorio del testigo teniendo en cuenta el art. 187-A.

Sexto.—Contra la resolución del Tribunal no cabe recurso de casación.

Séptimo.—La decisión a que hace referencia el apartado segundo sólo podrá adoptarse si el testigo u otra persona pudiera considerarse amenazada de tal forma en razón de la declaración que va a prestar, que se deba suponer razonablemente que peligraría seriamente su vida, su salud o su posición social, y si el testigo hubiere dado a conocer que debido a tales amenazas no prestaría declaración de otro modo.

b) Tras el art. 190 se añade un nuevo artículo con el siguiente texto:

Artículo 190-A:

El Juez Instructor, cuando estime que el testigo pueda sufrir fuerza mayor en relación con la prestación de su declaración o verse obstaculizado en el ejercicio de su función, puede prescindir de la formalidad de preguntarle por su nombre, domicilio o residencia.

e) Delante del art. 218 se sitúa un número primero, añadiéndose al artículo el siguiente apartado:

Segundo.—Lo dispuesto en el apartado primero será de análoga aplicación a los funcionarios judiciales y a las demás personas implicadas

tanto en el interrogatorio de testigos efectuado ante el Juez Instructor en la forma establecida en el art. 187-A, como en un interrogatorio previo realizado durante la investigación preliminar.

f) Después del art. 263 se añade un nuevo artículo con el siguiente texto:

Artículo 264:

El Fiscal puede, además, mediante decisión motivada, denegar la citación o el llamamiento de un testigo:

A) Si éste ya ha sido oído en la forma prevista en el art. 187-A o,

B) Cuando éste no haya sido oído por el Juez Instructor, si se halla, a juicio del Fiscal, en las circunstancias mencionadas en el art. 190, apartado séptimo, letra A.

g) En el art. 280 se añade en los apartados tercero y cuarto entre las palabras «omitido o» y «rechazado»: en base al art. 263, apartado cuatro.

Así mismo se añade al apartado cuatro una nueva frase con el siguiente texto: El Tribunal, cuando no excluya en el caso del art. 264 párrafo B, la posibilidad de que existan amenazas en el sentido del art. 190, apartado séptimo, suspenderá las actuaciones y remitirá la causa al Juez Instructor, con el fin de que interroge al testigo en la forma prevista en los arts. 1.87-A y 216.

h) En el art. 284, apartado primero, se añade: cuando el Tribunal estime que el testigo puede sufrir fuerza mayor en relación con la prestación de una declaración o verse obstaculizado en el ejercicio de su función, el Presidente podrá prescindir de la formalidad de preguntarle por su nombre, domicilio o residencia.

i) Al art. 315 se le añade un segundo apartado con el siguiente texto:

Segundo.—Lo dispuesto en la última frase del apartado cuarto del art. 280 con respecto al testigo amenazado es de aplicación análoga.

j) Al art. 321, apartado primero, se le añade un punto cinco con el siguiente texto:

Quinto.—Las disposiciones referidas a la protección del testigo amenazado son de aplicación análoga.

k) En el art. 342 se intercala un nuevo apartado segundo, convirtiéndose el actual apartado segundo en tercero:

Segundo.—La declaración de un testigo cuya identidad no conste, no puede contribuir a la prueba de que el sospechoso ha cometido el hecho que se le imputa, salvo en el supuesto previsto en el art. 190, apartado segundo, en relación con el art. 1.87-A.

l) Al art. 344 se le añade un apartado tercero, con el siguiente texto:

Tercero.—Los informes escritos que recojan la declaración de una persona cuya identidad no conste, pueden ser reconocidos como medio

de prueba únicamente si esa persona es oída después como testigo por el Juez Instructor en la forma prevista en el art. 187-A, o, cuando deba aceptarse razonablemente que no pueda ser oída por el Juez Instructor, ni comparecer como testigo en el juicio. En el último supuesto, la declaración habrá de ser apoyada de forma importante por otro material de prueba.

m) En el art. 360, apartado primero, se intercala entre las palabras «art. 216, apartado segundo» y «da»: o de un testigo oído en la forma prevista en el art. 187-A.

Artículo 2:

En el Código Penal se introduce la siguiente modificación: tras el art. 285 se añade un nuevo artículo, con el siguiente texto:

Artículo 285-A:

Aquel que realice manifestaciones verbales, por gestos, mediante escritos o imágenes contra una persona, de la cual se pueda presumir que habrá de prestar declaración bajo juramento o una declaración equiparable como testigo o como perito, con la intención manifiesta de influir en su libertad de declarar con verdad o en conciencia, será castigado con pena privativa de libertad por un máximo de un año o multa de cuarta categoría.

En Dinamarca el Consejo Danés para procedimiento judicial, instituto que tiene por función asesorar al Ministerio de Justicia en materia de Legislación procesal, elaboró en 1985 un informe sobre la problemática del testigo anónimo, cuyas líneas generales se transcriben a continuación:

La regulación danesa actual con respecto a los testigos

Un testigo está, en general, obligado a prestar declaración en el juicio. El incumplimiento podrá penarse con seis meses de privación de libertad.

Los testigos podrán excusarse si:

- A) Al prestar declaración, el testigo corriera personalmente el riesgo de incurrir en penalización o en pérdida de bienestar, o
- B) Sus allegados corrieran el riesgo de incurrir en penalización o en pérdida de bienestar, o
- C) Implicara cualquier otro daño esencial al testigo o a sus allegados.

Bajo «pérdida del bienestar» se entiende, en la práctica, también el padecimiento de molestias físicas. En el caso A), el derecho de excusa es ilimitado, mientras que en los casos B) y C) el Juzgado puede ordenar al

testigo prestar declaración, si se considerara ésta de una importancia trascendental para el desarrollo de la causa y si la importancia del asunto fuera de tal entidad para la víctima o la sociedad que justificara la orden de prestar declaración.

El Juzgado puede ordenar que el interrogatorio de los testigos se efectúe a puerta cerrada o que el contenido de la declaración no sea publicado.

El Presidente puede determinar si el sospechoso debe abandonar la Sala durante el interrogatorio de un testigo o de un co-sospechoso en el caso que hubiera razones suficientes para suponer que de otro modo no se obtendría una declaración imparcial. En cuanto el sospechoso entre de nuevo en la Sala, habrá de serle leída la declaración informándosele, en su caso, del contenido de la misma.

La Ley no contiene ninguna definición específica sobre el mantenimiento en secreto de la identidad del sospechoso o del contenido de la declaración efectuada. En muchos Juzgados es costumbre que si el sospechoso se encuentra fuera de la Sala, pueda escuchar lo que se dice a través de un micrófono.

La sentencia del Alto Tribunal Danés de 2 de diciembre de 1983 es indicativa de la posición de la Jurisprudencia.

La utilización de testigos anónimos es admisible cuando sea plausible que el testigo o sus allegados puedan sufrir incomodo y cuando, desde el punto de vista de la justicia, la gravedad del caso y la significación de la declaración del testigo del caso hagan imprescindibles tal declaración. En tal caso el sospechoso puede quedar excluido de presenciar la declaración del testigo, pudiéndosele privar de conocer los detalles de la declaración del testigo que pudieran llevar a una revelación de la identidad del sospechoso. El condenado apeló entonces a la Comisión Europea de Derechos Humanos de Estrasburgo, la cual consideró, el 10 de julio de 1985, la queja como «manifiestamente infundada», y específicamente porque su Abogado sí estuvo presente en el interrogatorio.

Argumentos a favor y en contra

El informe contiene, además de un resumen de la bibliografía y un breve análisis de derecho comparado, un resumen de los argumentos a favor y en contra. Llama la atención que, para el Consejo, el anonimato sólo sea de importancia para aquellos testigos que no conocían al sospechoso antes de comenzar el proceso, o, por el contrario, para aquellos que no eran conocidos por el sospechoso. Pero en el caso específico, por ejemplo, de los miembros de una organización criminal o de los familiares y amigos del sospechoso, es de vital importancia que se oculte su identidad cuando declaren en contra del sospechoso.

Como argumentos a favor de los testigos anónimos, el Consejo enumera:

1. La gravedad del crimen cometido y su grado de organización, de los que normalmente se derivan una gran amenaza y que hacen que se requiera una mayor protección de los testigos.
2. El temor creciente de muchos testigos a represalias y la menguante disposición a querer actuar como testigo.
3. La inaceptabilidad, desde el punto de vista de la justicia y de la protección de la sociedad, de que justamente las formas más graves de la criminalidad queden fuera del alcance de la ley penal por las dos razones anteriormente mencionadas.

Como argumentos en contra se citan:

- a) Se dificulta la defensa del sospechoso con la actuación de testigos anónimos.
- b) Si el sospechoso desconoce quién declara algo sobre él, no podrá aclarar al Juez si el testigo puede tener razones especiales para declarar en su contra, a la par que el sospechoso tampoco puede opinar, en general, sobre la credibilidad del referido testigo.
- c) El hecho de que el Abogado disponga de unos determinados datos que no puede transmitir a su cliente, actúa en contra de la relación de confianza que ha de existir entre Abogado y cliente.
- d) La utilización de testigos anónimos conduce a una forma de juicio secreto.

En méritos a todo lo expuesto, el Consejo Danés para el procedimiento judicial en materia de testigo anónimos propone:

Apartado primero

Si hubiere lugar a presuponer que pudieran correr grave peligro la vida o la salud del testigo o de sus allegados, en el caso de que la identidad del testigo fuera reconocida por el sospechoso, el Tribunal podrá resolver que el sospecho abandone la Sala durante la declaración del testigo.

Apartado segundo

Las medidas mencionadas en el apartado primero no podrán ser adoptadas, si se considerara que es importante para la defensa del sospechoso el que éste conozca la identidad del testigo. El Presidente resolverá sobre la cuestión de si el sospechoso debe abandonar la Sala, una vez que se haya decidido la cuestión de si el sospechoso dispondrá o no de la información anteriormente aludida (referente al testigo).

Apartado tercero

Fuera de los casos citados en los apartados primero y segundo, el Presidente puede resolver que un sospecho abandone la Sala durante el inte-

rogatorio de un testigo o co-sospechoso, si existieran razones especiales como para presuponer que de otro modo no se podría obtener una declaración realizada en total libertad.

Apartado cuarto

Si un sospechoso hubiere tenido que abandonar la Sala durante el interrogatorio de un testigo o de un co-sospechoso, habrá de ser informado, después de retornar a la Sala, sobre quién ha prestado declaración en su ausencia, al tiempo de que se reproducirá el contenido de la declaración en su presencia. Cuando la decisión haya sido adoptada conforme al apartado primero, no se comunicará al sospechoso quién ha prestado declaración en su ausencia.

En resumen, como puede observarse, la necesidad de ofrecer protección a los testigos especialmente amenazados es un sentimiento generalizado en Europa. En tales casos, el problema básico a resolver es cómo brindar las necesarias garantías al testigo sin que ello suponga un decaimiento del derecho de defensa. Cuestión, pues, de límites no siempre fácilmente definibles.

Pronunciamientos jurisprudenciales

Como cabía esperar, el tema ha sobrepasado los estudios dogmáticos y las disposiciones legales para llegar a las más altas esferas jurisprudenciales nacionales e internacionales.

Por razones de obligada brevedad centraremos nuestro estudio en el examen de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de las sentencias del Tribunal Constitucional Español y de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Como punto de partida, convendrá recordar el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (Roma, 4 de noviembre de 1950), que dice así:

Artículo 6

1) Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída, equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así los exijan o

en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

2) Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

3) Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

a) A ser informado, en el más breve plazo, en lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él.

b) A disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa.

c) A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un Abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan.

d) A interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él e interrogar a los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que a los testigos que lo hagan en su contra.

e) A ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la Audiencia.

Obvio es decir que el referido precepto, al haber ratificado España el tratado de Roma, tiene fuerza vinculante en el Estado Español (art. 10-2 de la Constitución).

Aun cuando la interpretación del mencionado precepto ha sido objeto de numerosas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por su directa conexión con el tema estudiado, nos limitaremos al examen de tres resoluciones de dicho Tribunal: los casos Kostovski (sentencia 20 noviembre 1989), Windisch (sentencia 27 septiembre 1990) y Ludi (sentencia 15 junio 1992).

Caso Kostovski

Kostovski fue detenido, acusado de haber participado en el atraco a mano armada de una entidad bancaria, junto con otros dos co-reos, merced a la denuncia presentada en sede policial por dos personas que solicitaron guardar anonimato por temor a represalias.

Dichos testigos prestaron declaración de nuevo en el Juzgado de Instrucción, conservando su anonimato, impidiéndose asistir a la defensa, si bien posteriormente se facilitó a ésta última una copia de las declaraciones anónimas, invitándole a que presentase un cuestionario de preguntas para los referidos testigos, pero advirtiéndole que no podría estar presente cuando los testigos contestasen al cuestionario.

Planteadas por el Abogado defensor 14 preguntas, dirigidas en su mayoría a averiguar las circunstancias en las cuales el testigo había obtenido su conocimiento de los hechos, fueron declaradas pertinentes solamente dos de ellas.

Los testigos anónimos no comparecieron al acto del juicio oral, procediéndose únicamente a la lectura en dicho acto de sus declaraciones anteriores, que fueron admitidas como prueba de convicción. El Tribunal de instancia condenó a Kostovski a la pena de seis años de prisión como autor de un delito de robo a mano armada, sentencia que fue confirmada en apelación y casación.

Kostovski recurre ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos invocando la violación el art. 6 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y el Tribunal reconoce haberse violado los párrafos primero y tercero de dicho precepto, al haberse utilizado como prueba de cargo la declaración de dos testigos anónimos que no pudieron ser directamente interrogados por la defensa ni en el Juzgado de Instrucción, ni ante el Tribunal sentenciador («si la defensa ignora la identidad de un individuo que trata de interrogar, puede verse privada de precisiones que le permitan establecer que es parcial, hostil o indigno de fe». «Además, la ausencia de dichas personas anónimas impidió al Tribunal sentenciador estudiar su comportamiento durante el interrogatorio, para de este modo formarse, por sí mismo, una opinión sobre su credibilidad»).

Con todo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos admite en esta sentencia la posibilidad de utilizar testigos anónimos durante la fase de instrucción de la causa.

A los efectos que interesan en relación con este trabajo, conviene remarcar que la razón fundamental del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para entender que hubo violación del art. 6 no es sólo que los testigos anónimos no compareciesen ante el Tribunal Sentenciador: es que no pudieron ser convenientemente contrainterrogados por la defensa en ningún momento del procedimiento⁶.

Caso Windisch

Muy similar al anterior y con idéntico fallo por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Perpetrado un robo en un café, dos mujeres se presentaron ante la Policía y con la promesa de que sería guardado su anonimato declararon

⁶ La sentencia completa del Tribunal Europeo de Derecho Humanos en el «caso Kostovski» puede ser consultada en *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Serie A: Arrêts et décisions*. Vol. 166.

ante ella que el día en que se cometieron los hechos y en sus proximidades vieron a un sujeto pasar en un vehículo con el rostro semitapado con un pañuelo, lo que les indujo a tomar la matrícula del mismo; ello condujo a la detención de Windisch.

Mostradas que les fueron por la Policía a las testigos diversas fotografías de dicho hombre, lo reconocieron como la persona a la que habían visto en las circunstancias ya indicadas el día de autos. Practicada una rueda de reconocimiento por parte de las testigos, Windisch fue reconocido, con la cara semitapada, por las dos mujeres.

En las sesiones del juicio oral el Tribunal rechazó la petición de la defensa de que fuesen convocadas al mismo las dos mujeres, ya que éstas temían represalias; el testimonio y la identificación de las mismas ante la Policía bastó para que el Tribunal considerase a Windisch culpable y lo condenase a una pena de tres años de prisión. La Corte de casación confirmó la sentencia .

Recurrido el fallo ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la base de haberse dictado la condena en méritos al testimonio de dos testigos anónimos que no habían sido oídos en el juicio oral, impidiéndose con ello el interrogatorio por parte de la defensa, la Corte Europea entendió haberse violado el art. 6-1 y 3 d) de la Convención por idénticas razones al caso Kostovski, y ello a pesar de reconocer que el empleo de testigos anónimos durante la instrucción preparatoria era una práctica legal.

Es de remarcar que, en la causa que nos ocupa, ni siquiera el Tribunal sentenciador conocía la identidad de los testigos anónimos⁷.

Caso Lüdi

Guarda cierto parecido con los anteriores, aunque con algunas matizaciones.

Lüdi fue condenado por narcotráfico como consecuencia del testimonio de un policía infiltrado, que mantuvo su anonimato durante el procedimiento y no declaró en persona ante el Tribunal para evitar «quemar» a dicho agente en otros procesos antidroga.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos constata que este caso se diferencia de los asuntos Kostovski y Windisch por cuanto en la causa seguida contra Lüdi el testigo de cargo lo era un policía que había prestado juramento y el recurrente le conocía si bien no por su identidad sí por su apariencia física, toda vez que lo había visto en cinco ocasiones.

⁷ La sentencia íntegra dictada por la Corte Europea puede consultarse en: *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Serie A: Arrêts et décisions*. Vol. 166.

Ello no obstante —y con un voto particular en contra—, la Corte Europea estimó infringido el art. 6-1 y 3 d) de la Convención, a virtud del siguiente razonamiento:

«Ni el Magistrado ni las Jurisdicciones pudieron o quisieron escuchar a Toni (agente infiltrado) y proceder a una confrontación destinada a comparar las declaraciones de éste con las alegaciones del Sr. Lüdi; además, ni éste último ni su asesor legal tuvieron en ningún momento del procedimiento la ocasión de interrogar o de abrigar alguna duda sobre su credibilidad. Hubiera sido posible, sin embargo, hacerlo teniendo en cuenta el interés legítimo de las autoridades de Policía, en un asunto de tráfico de estupefacientes, de preservar el anonimato de su agente para poder no sólo protegerle, sino también para utilizarlo de nuevo en el futuro.»⁸

Resumen

En las tres sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que se acaban de transcribir se dan una serie de factores comunes:

- a) los testigos, en todo caso, fueron absolutamente anónimos,
- b) no se permitió la presencia de dichos testigos en el acto del juicio oral y,
- c) la defensa no tuvo oportunidad de interrogarlos directamente en ninguna fase del procedimiento.

Cuál hubiera sido el criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos si los testigos, aun anónimos para las partes, hubiesen comparecido en el juicio oral, hubiesen sido interrogados en el mismo y cabiendo en consecuencia al Tribunal formarse un juicio directo acerca de su credibilidad, es algo que no ha quedado aclarado, por no debatido.

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español

Al Tribunal Constitucional Español nunca se le han presentado casos como los anteriormente señalados; ello no obstante, en su sentencia de fecha 28 febrero 1994, corrigiendo algunos excesos hipergarantistas de

⁸ El texto íntegro de la sentencia puede hallarse en: *Cour Européenne des Droits de l'Homme*: 17/1991/269/340. El voto particular disintiendo del fallo dictado por la mayoría estimaba no haberse producido violación del art. 6 de la Convención por cuanto la utilización de agentes infiltrados por parte de la Policía en su lucha contra el terrorismo y contra el narcotráfico era un procedimiento legítimo, dentro de ciertos límites.

la Sala Segunda del Tribunal Supremo⁹, sienta una doctrina de cierto interés al respecto.

Los hechos sometidos a debate en ella fueron los siguientes: el Sr. R.M. fue condenado por el Juzgado de lo Penal núm. 18 de Madrid como autor de un delito de robo con intimidación y otro de amenazas, resolución que fue confirmada, sustancialmente, en grado de apelación, por la Audiencia Provincial de Madrid, contra cuyas sentencias se alza en recurso de amparo —a los efectos que aquí interesa— alegando violación del art. 24 de la Constitución Española (derecho a un proceso con todas las garantías) por cuanto, al decir del recurrente, la única prueba practicada en el juicio —declaración de la víctima y de su madre— fue practicada en el despacho contiguo del Magistrado de lo Penal y no en la sala de vista, lo que motivó que la defensa del encausado no pudiese interrogar a los precitados testigos y que los declarantes no identificasen al acusado a presencia de todos los asistentes.

El Tribunal Constitucional deniega el amparo solicitado en base a los razonamientos que a continuación se transcriben:

Fundamentos Jurídicos:

«1) Denuncia el actor en el presente supuesto, como fundamento de su petición de amparo, la vulneración de una pluralidad de derechos fundamentales: concretamente, de los derechos a la presunción de inocencia, a un proceso con todas las garantías, a la utilización de los medios de prueba pertinentes y a no sufrir indefensión, consagrados todos ellos en el art. 24 de la Constitución Española.

Ya más concretamente, la infracción de los dos primeros derechos señalados se hace derivar por el recurrente en su argumentación de que la única prueba practicada en el acto del juicio oral —declaración testifical de la víctima del delito y de su madre— no se practicó con las debidas garantías, por lo que debe considerarse inválida o nula; y, en consecuencia, al ser ésta la única prueba que fundamenta la condena, se produce así mismo infracción del derecho de presunción de inocencia, al no quedar ya ninguna en la que fundamentar la convicción de culpabilidad del Juzgador.»

«2) Estas dos lesiones esenciales en que se fundamenta la queja del actor se reconducen a un hecho básico que constituye el núcleo de su denuncia ante esta sede: la afirmación de que la declaración de la víctima del delito y de la otra testigo, propuesta por la acusación pública (madre del perju-

⁹ Así, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha declarado nula la declaración de un testigo cuya identidad es conocida, en el acto del juicio oral, pudiendo ser interrogado por todas las partes, por el simple hecho de que dicho testimonio no se prestase a presencia del acusado, aunque sí de su Abogado defensor (sentencias de 20 febrero 1989, 17 septiembre 1990 y 8 mayo 1991).

dicado), se prestaron en el acto de la vista sin ser vistos ni oídos por la defensa, o, dicho de otro modo, fuera de la Sala de Audiencia, y, por lo tanto, sin la presencia del acusado ni de su representación y defensa procesales.

Pues bien, antes de analizar la eventual lesión de los dos derechos fundamentales inicialmente apuntados, será preciso clarificar, ante todo, si, en efecto, hubo en este supuesto alguna irregularidad procesal en la forma de practicar la prueba testifical en el acto del juicio, así como, en su caso, en qué consistió tal irregularidad; y todo ello con objeto de centrar ya inicialmente y en sus justos términos los hechos en que se basa la petición de amparo. De la lectura del acta que documenta la correspondiente vista del juicio se desprende que los testigos propuestos por la acusación (el perjudicado y su madre) fueron examinados sin ser vistos, más no sin ser oídos por la defensa. Así, puede leerse textualmente en el acta: “...los testigos solicitan ser interrogados en ausencia del acusado, el Ministerio Fiscal no se opone, oponiéndose la defensa. Su Señoría acuerda interrogar a los testigos en presencia del acusado, sin que puedan ser vistos por el mismo”. Este hecho de que el acusado no podía ver a los testigos se reconoce también en el fundamento jurídico tercero de la sentencia dictada en apelación. Pero, por el contrario, que los testigos eran escuchados por la defensa se desprende tanto de la anterior expresión del acta a que se ha hecho referencia, como también del dato —igualmente consignado en aquélla— de que la defensa interrogó a los dos en dicho acto. Por tanto, la irregularidad que se afirma por el demandante de amparo consistió en el hecho de que los testigos declararon sin ser vistos por el acusado y su defensa, más no sin ser oídos por aquél. Tampoco cabe afirmar que el acusado no conociese sus datos de identificación, esto es, no se trataba en esta ocasión de testimonios anónimos ni, en fin, de que el Juez se encontrara ausente en dicha declaración testifical. Así mismo, importa destacar que entre los hechos enjuiciados en dicho proceso penal se encontraba la denuncia de unas amenazas inferidas al perjudicado por el acusado en las horas inmediatamente posteriores a la perpetración del robo; y que fueron tanto la víctima como el otro testigo de cargo los que solicitaron, al inicio de la vista, prestar declaración “en ausencia” del acusado.

No cabe duda que tal forma de prestar declaración en el acto del juicio constituye una cierta anomalía procesal, pues, en primer término, no es ordinaria y frecuente y, además, no parece adecuarse a los términos literales del art. 229-2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece textualmente “...las declaraciones, confesiones en juicio, testimonios, careos... se llevarán a efecto ante el Juez o Tribunal con presencia o intervención, en su caso, de las partes y en audiencia pública, salvo lo dispuesto en la Ley”.

Ahora bien, este Tribunal viene señalando de manera reiterada que no es únicamente la constatación de una determinada irregularidad procesal lo que dota de relevancia constitucional a la queja de amparo, sino la inci-

dencia real que aquella tenga en el supuesto concreto sobre los derechos fundamentales cuya vulneración se invoca. Por tanto, lo que hemos de examinar a continuación, a fin de determinar si la presente petición de amparo debe o no ser estimada, no es la irregularidad en sí misma, sino su relevancia desde la perspectiva de aquellos dos derechos fundamentales que constituyen esencia de la queja anterior.»

«3) Desde la primera perspectiva apuntada, esto es, del derecho a un juicio público con todas las garantías consagrado en el art. 24-2 de la norma fundamental, la declaración testimonial controvertida ha de analizarse a su vez desde una triple vertiente de exigencias, que se resumen en las siguientes: publicidad, contradicción e igualdad de armas, con el fin de determinar si éstas se observaron en efecto o no en este supuesto concreto.

La primera exigencia, esto es, la publicidad del proceso, no puede entenderse vulnerada en este caso porque, al margen de aquella anómala forma de declaración, el juicio se celebró en la sede del Tribunal y se documentó en la correspondiente acta, sin que consten restricciones de acceso a su celebración o de obtener y difundir información acerca del mismo. Por tanto, la finalidad o razón de ser del derecho a un juicio público, que no es otra que la posibilidad de que el funcionamiento de los Tribunales sea de conocimiento público y pueda ser sometido al control de los justiciables, no se ha visto empañado en modo alguno en este caso.

Ahora bien, desde la perspectiva de las garantías que consagra el art. 24-2 de la Constitución Española, la cuestión ha de examinarse, conforme se indicó, en relación con dos exigencias básicas: posibilidad de contradicción y de igualdad de armas en el proceso, esto es, real ejercicio de la defensa.

La primera de esas exigencias, la contradicción procesal, deriva directamente del art. 6-3 d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, a la luz del cual ha de interpretarse el art. 24-2 de la Constitución Española por exigencia del art. 10-2 de la Norma fundamental. El art. 6-3 d) del Convenio exige que el acusado pueda interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo en las mismas condiciones que los de descargo. Por tanto, la cuestión que surge es si puede entenderse cumplido tal requisito en aquellos supuestos como el que nos ocupa, en el que los testigos de cargo prestan su declaración sin ser vistos por el acusado, aunque sí oídos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha examinado en diversas sentencias el problema, pero referido más bien a los testimonios anónimos, es decir, aquellos en los que la identidad de los testigos era desconocida para el Tribunal o para la defensa o para ambos. En este sentido pueden citarse la sentencias de Kostovski, de 20 de noviembre de 1989 y Windisch, de 27 de septiembre de 1990, o, finalmente, la sentencia Lüdi, de 15 de junio de 1992. En estas resoluciones ha reconocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos la importancia de proteger a los testigos susceptibles de ser objeto de represalias y de permitir el enjuiciamiento y condena de delincuentes pertenecientes a bandas organizadas o miembros de una gran criminalidad (sentencias Ciulla y Kostovski) mostrando así-

mismo comprensión hacia la necesidad de garantizar y estimular la colaboración de los ciudadanos con la Policía en la lucha contra la criminalidad (sentencia Windisch). Pero, aun así, y en dos de las precitadas sentencias (casos Kostovski Windisch) ha estimado contrario a las exigencias derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos la condena de un acusado sobre la base de testimonios anónimos, entiendo por tales las declaraciones de personas cuya identidad es desconocida por el Tribunal, por la defensa, o por ambos, pues ello conduce a una restricción de los derechos de defensa al imposibilitar la contradicción ante el órgano judicial encargado de decidir sobre la inocencia o culpabilidad. En el caso Lüdi, insistió en la importancia de posibilitar la contradicción del testimonio de cargo, aunque en esta ocasión se tratase de persona (funcionario de Policía) cuya identidad era necesario proteger.

La referencia a la anterior doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos permite, pues, concluir que es la imposibilidad de contradicción y el total anonimato de los testigos de cargo lo que el citado Tribunal considera contrario a las exigencias derivadas del art. 6 del convenio; por lo que, por el contrario, en aquellos casos, como el presente, en el que el testimonio no puede calificarse de anónimo sino, en todo caso, de «oculto» (entendiendo por tal aquel que se presta sin ser visto por el acusado), pero, en los que la posibilidad de contradicción y el conocimiento de la identidad de los testigos —tanto para la defensa como para el Juez o Tribunal llamado a decidir sobre la culpabilidad o inocencia del acusado— resulten respetados, han de entenderse cumplidas las exigencias derivadas del art. 6-3 d) del Convenio y, en consecuencia, también las garantías que consagra el art. 24-2 de nuestra Constitución.

En el caso, el examen de lo actuado, y especialmente la lectura del acta del juicio oral, permite constatar que la identidad de los declarantes (testigos de cargo) fue perfectamente conocida por el Tribunal y por la defensa, así como que esta última pudo hacer las preguntas que tuviera por convenientes a los mismos, pues así se refleja en el acta (a salvo, evidentemente, de aquellas cuya impertinencia o improcedencia fue estimada por el Juez en el ejercicio de su función). Todo ello determina que la contradicción no puede entenderse restringida en este supuesto, pese a la controvertida forma de efectuar la declaración.»

«Lo dicho hasta ahora ha de llevar a concluir que la primera queja del presente recurso de amparo —vulneración al derecho a un juicio público con todas las garantías— ha de desestimarse.»

De los razonamientos de la anterior sentencia se infiere que es «la imposibilidad de contradicción y el total anonimato» de los testigos de cargo lo que supondría violación del derecho a un proceso con todas las garantías, de tal modo que, si la defensa del acusado pudo escuchar al testigo —conocido— (aunque no lo viese) y contrainterrogarle, no hay vulneración del art. 24 de la Constitución Española. Doctrina íntegra-

mente ratificada por otra resolución posterior del Tribunal Constitucional del año 1994, examinando un supuesto de hecho similar al anterior.

Jurisprudencia menor

Para finalizar con este capítulo dedicado a precedentes jurisprudenciales, merece traerse a colación —bien que se trate de «pequeña Jurisprudencia»— el auto dictado por el Juzgado de Instrucción núm. 5 de Bilbao, de fecha 8 abril 1992, en el sumario núm. 5/91, entre otras razones porque los hechos origen de las precitadas diligencias fueron, en cierto modo, el detonante de la Proposición de Ley de Protección de Testigos presentada por el Partido Nacionalista Vasco.

El auto aludido es del siguiente tenor literal:

HECHOS

Primero: En este Juzgado se sigue sumario núm. 5/91 por la muerte de José María Ormazábal Ibarгүйen acaecido en el Parque de Etxebarria de esta ciudad el día 29 de agosto de 1991, sumario en el que aparecen personados en legal forma el Procurador Sr. Atela Arana, en nombre y representación del Gobierno Vasco, y la Procuradora Alday Mendizábal, en nombre y representación de los familiares de José María Ormazabal Ibarгүйen.

Segundo: La representación legal del Gobierno Vasco en sus escritos de fecha 20 de enero y 20 de febrero de 1992 y refiriéndose a la realización de la que se considera una diligencia de inminente práctica en la presente instrucción —la declaración de los agentes de la Policía Autónoma Vasca, intervinientes en el suceso referido—, solicitan la adopción de alternativas jurídicas diversas, a saber: 1) que se declaren secretas las actuaciones al amparo de lo establecido en el art. 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; 2) que se acuerde la práctica de la declaración de los funcionarios policiales «sin que el acusador privado ni el actor civil estén presentes en el interrogatorio» en base a lo dispuesto en el art. 385 del mismo texto legal y 3) que además se adopten las medidas precisas para que el acceso y la comparecencia de los citados agentes se lleve a cabo en condiciones tales de tiempo, modo y lugar que preserven su imagen y su identidad.

Para fundamentar sus súplicas dicha parte argumenta que la presente instrucción se refiere a un acontecimiento violento, producido en el curso de una actuación policial dirigida contra la delincuencia terrorista, que hace necesario en consecuencia garantizar el anonimato de los que trabajan contra ella, considerándose además tal reserva indispensable no sólo para la eficacia futura de la acción policial, sino más aún, para la protección de la propia vida y de la integridad de los agentes.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

Primero: No lejos de las reflexiones vertidas en los escritos indicados, se halla el ánimo de esta instructora que compartiendo plenamente

los planteamientos expuestos por la representación legal del Gobierno Vasco y para evitar en la medida de lo posible que los agentes puedan convertirse en objetivos de eventuales represalias, acordó en resolución devenida firme de fecha 14-10-91, que su identidad quedara resguardada conveniente en la Secretaría de este Juzgado, a salvo de cualquier curiosidad que por ella pudieran sentir todos aquellos que tienen acceso a la causa, bien por estar personados en ella o bien por cualquier otra forma de relacionarse con la misma, preservando así del ávido interés que sin duda despertaría en los medios de comunicación la divulgación del nombre, documento nacional de identidad, número profesional, domicilio... y demás datos de los funcionarios policiales.

Basta por tanto continuar con la medida ya adoptada y prolongarla en la continuación de las actuaciones para dejar a salvo la identidad de los policías, quedando en consecuencia tan sólo por decidir respecto a las diversas sugerencias formuladas por el Gobierno Vasco la referida a la reserva de la imagen de los agentes, siendo obligado en este punto poner tales pedimentos en relación con los principios básicos y con la propia legislación que rige nuestro sistema procesal penal.

Segundo: En este sentido se pide en primer lugar que se declaren secretas las actuaciones (art. 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), imaginemos que únicamente en cuanto a la diligencia de declaración de los agentes.

No puede olvidarse que en nuestra vigente Ley, la regla general establece que las actuaciones y diligencias del procedimiento en el período instructorio no tienen carácter secreto para las partes personadas, a no ser que excepcionalmente se acuerde que así sea por considerarse que la investigación de los hechos presuntamente delictivos, su esclarecimiento, la exculpación o inculpación de los imputados, y, en suma, el buen fin de importantes o decisivas actuaciones aconsejen o exigen que los interesados no tomen conocimiento de la causa. No es ésta en absoluto la circunstancia en la que nos hallamos, dado que pocas diligencias quedan por practicar en esta instrucción que interesen tanto a las partes personadas como a las declaraciones de sus protagonistas, no suponiendo además ningún riesgo para la buena marcha de la investigación el hecho de que las mencionadas manifestaciones sean presenciadas y conocidas por ambas partes.

Es mención obligada asimismo indicar cómo en nuestra vigente normativa el principio de publicidad o de secreto de las actuaciones se ve presidido por la necesaria igualdad «inter partes», es decir, el procedimiento podrá ser público o podrá ser total o parcialmente secreto, según se haya acordado, pero tal carácter lo tendrá para todas las partes, sin discriminación alguna, sean acusadores o presuntamente inculpados. Tal cosa conlleva irremediabilmente a concluir que si se declarasen secretas las diligencias a practicar, se estaría impidiendo a los agentes el ejercicio de derechos básicos y fundamentales reconocidos legal e incluso constitucionalmente (art. 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, 24 y 17 de

la Constitución y concordantes) puesto que tampoco sus Letrados podrían asistir a la práctica de sus declaraciones de accederse a tal medida, pudiéndose presumir sin riesgo a equivocarse que tal consecuencia es bastante alejada del deseo de quienes precisamente pretenden el secreto.

El obstáculo recién mencionado se solventaría, no obstante, con el acogimiento de la posibilidad establecida en el art. 385 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dado que con tal precepto tan sólo estarían ausentes de la práctica de las declaraciones el acusador privado y el actor civil. Debe precisarse, sin embargo, que a falta de un motivo apreciable como suficiente para fundamentar la adopción de tal excepcional medida, la misma no es procedente, atreviéndonos además a asegurar que el ánimo de la parte que la solicita no es tanto privar a su contraria de su derecho a asistir y participar en la práctica de la tantas veces mencionadas declaraciones de los policías, cuanto asegurar su anonimato.

Esta y no otra es la aspiración que ha de tratar de conseguir la presente resolución: la protección de la imagen de los funcionarios policiales, finalidad que habrá de lograrse no a toda costa sino dejando a salvo los principios procesales más básicos y fundamentales de nuestro ordenamiento.

En este sentido, ningún inconveniente aprecia esta instructora para permitir que los agentes acudan a llamamiento judicial y lleven a cabo su declaración —después, eso sí, de comprobarse y asegurarse su identidad en la Secretaría de este Juzgado— utilizando los disimulos que consideren oportunos para lograr entorpecer la visión que de ellos puedan obtener los interlocutores, valiéndose en su caso de los artificios que entiendan convenientes para ocultar sus características físicas o desfigurar sus rostros.

De esta forma no sólo se preserva la imagen de los agentes respecto a los presentes en la práctica de la declaración sino, lo más importante, se protege también del público en general. Y es que no duda esta instructora por las experiencias no tanto vividas como conocidas en supuestos similares al presente, que, dado cual es la naturaleza del asunto que nos ocupa, los medios de comunicación tratarán de captar sin recatos y divulgar sin pudor cuantas imágenes les sea posible obtener, y ello a pesar de hallarnos en una fase, la de instrucción del sumario, caracterizada por el secreto para todos los que no sean parte en la causa (art. 301 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) a diferencia de lo que ocurre en la celebración del acto del juicio oral.

Sería tal vez una ingenuidad y una equivocación pensar que el «instinto» de los informadores —sin duda potenciado por la notoriedad del hecho que se investiga— no vaya a «adivinar» el lugar y el día en que las declaraciones van a practicarse, y ello por muchas cautelas que se adopten y por muy insólito e inimaginable que fuera ese sitio y ese momento. Tales motivos obligan a que ninguna variación se adopte respecto al normal desenvolvimiento de espacio y tiempo con que vienen desarrollándose las múltiples y diversas declaraciones que en este Juzgado se practican.

Puede asegurarse, no obstante en esta resolución que no va a ser precisamente el Juzgado quien comunique a los informadores cuándo y dónde van a declarar los policías, que ningún integrante de los medios de comunicación estará presente ni tendrá acceso al despacho en que las declaraciones se practiquen, y que además se adoptarán las medidas de orden necesarias y precisas en la entrada y estancia del mismo.

Pero los demás prolegómenos de seguridad y vigilancia que se crean conveniente y que vayan referidos al acceso, entrada y libre circulación de la prensa y el público en general de este Palacio de Justicia en el que tiene su sede este Juzgado no es una competencia que corresponda al mismo, siendo el Excmo. Sr. Presidente de este Tribunal Superior de Justicia el único que puede disponer al respecto y a quien en su caso habrá de dirigirse la oportuna solicitud, siempre que se siga considerando oportuno hacerlo.

Vistos los artículos y demás preceptos de general y pertinente aplicación.

En atención a lo expuesto:

DISPONGO: Que no ha lugar a decretar el secreto parcial del presente sumario en lo relativo a las declaraciones que los agentes de la Policía Autónoma Vasca han de llevar a cabo. Así como tampoco procede la aplicación de lo establecido en el art. 385 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en la realización de tal diligencia.

Procedase a citar a los agentes de la Policía Autónoma Vasca en el concepto que se indicará en los despachos oportunos, y ello una vez sea firme la presente resolución, indicándoles a los mismos que podrán acudir al llamamiento judicial haciendo en su caso uso de las facultades que les han sido reconocidas en el fundamento jurídico segundo de la presente resolución.

Este auto es la mejor demostración de cómo, aplicando el puro sentido jurídico común, sin necesidad de acudir a grandes construcciones doctrinales, ni a preceptos legales y jurisprudenciales, se pueden resolver problemas razonablemente, garantizando sustancialmente los intereses en conflicto, al menos en la fase de instrucción.

La proposición de ley del Partido Nacionalista Vasco

Los antecedentes que se acaban de reseñar evidencian la existencia de un sentimiento generalizado: la necesidad de brindar medidas de protección, de uno u otro tipo, a aquellos testigos que, por cumplir con el deber cívico de colaborar con la Administración de Justicia, pueden sentirse amenazados; riesgo mayor cuando quien está implicado no es un delincuente individual sino una organización criminal, cual sucede principalmente en Europa con el terrorismo y el narcotráfico.

Si a ello se añade un fenómeno local —la campaña de acoso y derribo sistemática e indisimuladamente emprendida contra la Policía Autónoma Vasca por un sector radical de todos conocido—, se comprende que el Partido Nacionalista Vasco emprendiese una iniciativa legislativa presentando una Proposición de Ley de Protección de denunciantes, testigos y peritos en determinadas causas criminales, cuyo texto literal era el siguiente:

EXPOSICION DE MOTIVOS

La experiencia diaria enseña las reticencias de los ciudadanos a colaborar con los cuerpos policiales y con la Administración de Justicia en las causas penales incoadas con motivo u ocasión de los hechos delictivos cometidos por elementos terroristas, por personas integradas en bandas armadas o por grupos criminales organizados, ante el natural temor a sufrir sus represalias.

Ello conlleva, con frecuencia, que no se pueda contar con testimonios y pruebas valiosas para el éxito de la investigación, con la consiguiente impunidad de los culpables.

Tal situación no es exclusiva de la sociedad española como lo demuestra el hecho de que otros países, de reconocido talante democrático, hayan dictado ya, o se hallen en avanzadas vías de hacerlo, una específica legislación protectora de los testigos llamados a deponer en los procesos penales dirigidos contra miembros de la llamada delincuencia organizada.

Siguiendo el ejemplo del derecho comparado —valgan como botón de muestra Italia, Estados Unidos y Alemania— se ha considerado oportuno promulgar una serie de normas que protejan la seguridad de denunciantes, testigos y peritos, garantizando el secreto de su identidad frente a terceros en la fase policial y judicial instructora, algo que ha sido admitido ya por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus sentencias de 29 de septiembre de 1990 (caso Windisch) y 20 de noviembre de 1989 (caso Kostovski).

Disposiciones que, por razones evidentes, han de extender sus efectos protectores, igualmente, a los miembros de las fuerzas policiales involucradas en la lucha contra la delincuencia violenta organizada, tanto para salvaguardar su seguridad personal como para mantener la eficacia del servicio.

Resulta obvio —como también se desprende de las sentencias precitadas— que tales garantías para denunciantes, testigos y peritos no pueden ser ilimitadas, ni violar el derecho de defensa de los justiciables («principio de igualdad de fuerzas»), razón por la cual, una vez abierto el juicio oral, y sólo entonces, si cualquiera de las partes lo solicitara, habrá de facilitársele únicamente el nombre y apellidos de quienes vayan a prestar declaración o rendir informe en la causa. Con ello se salva el derecho a un proceso con todas las garantías, ya que tal derecho se satisface con la posibilidad de saber quién o quiénes son las personas que han de ser utilizadas para articular una prueba procesal de cargo, sin que sea necesario

facilitar otros datos sobre las mismas, tales como su domicilio, residencia o centro de trabajo, ni siquiera su imagen física, que podrá ser preservada incluso en las sesiones del debate oral.

Por otro lado, la protección a denunciantes, testigos y peritos no se satisface plenamente con la salvaguarda de su identidad, requiriéndose medidas complementarias como, por ejemplo, la protección policial de los mismos durante el proceso y aun hasta cierto tiempo después de concluido el mismo, e incluso la eventual concesión de ayudas económicas en aquellos casos excepcionales en que el testigo o perito hubieren de abandonar temporal o definitivamente su domicilio u ocupación habitual.

Finalmente, una adecuada protección de las personas comprendidas en la presente Ley exige que las mismas, o en su caso, sus más allegados parientes, sean objeto de una indemnización por parte del Estado cuando hubieren sufrido un ataque en su vida, integridad corporal o bienes como consecuencia directa del testimonio prestado o informe rendido.

La proposición de Ley que ahora se presenta trata de compaginar ese difícil pero necesario equilibrio entre las garantías procesales del justiciable y derechos tan importantes como la vida, integridad o seguridad de aquellas personas que cooperan con la Administración de Justicia.

Artículo 1:

Primero.—Las disposiciones de esta Ley son aplicables a quienes en calidad de denunciantes, testigos o peritos, intervengan de cualquier modo en los procesos penales incoados:

a) Con motivo u ocasión de actos delictivos cometidos por elementos terroristas, personas integradas en bandas armadas, o vinculadas a las mismas, así como por grupos criminales violentos organizados, o,

b) Como consecuencia de la investigación o persecución, por parte de las fuerzas de seguridad, de los hechos a que se refiere el párrafo anterior. En este caso, también serán de aplicación las disposiciones de la presente Ley a los miembros de las Fuerzas de Seguridad denunciados o querrelados, en tanto no se aprecien, por la autoridad judicial indicios racionales de criminalidad en su conducta.

Segundo.—Para que vengan en aplicación las disposiciones de la presente Ley será necesario que pueda presumirse, racionalmente, un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quienes pretendan ampararse en ella; para su cónyuge o persona a quien se hallen ligados por análoga relación de afectividad; para sus ascendientes, descendientes o hermanos, o para la eficacia o seguridad del servicio en el caso del núm. 1-b) de este artículo.

Artículo 2:

Los denunciantes, testigos o peritos a que se alude en el artículo anterior podrán exigir de los funcionarios policiales, del Ministerio Fiscal y Autoridades Judiciales intervinientes en dichos procesos:

a) Que se preserve su anonimato, salvo frente al órgano jurisdiccional competente para instruir la causa, al Ministerio Fiscal y a los funcionarios policiales intervinientes en la misma, en tanto no se decrete la apertura del juicio oral.

b) Que se les brinde protección policial durante el proceso y por el tiempo que prudencialmente se estime conveniente tras la finalización del mismo.

c) En casos excepcionales, cuya determinación se hará reglamentariamente, que se les faciliten documentos de una nueva identidad y medios económicos para cambiar su residencia o lugar de trabajo.

Artículo 3:

Para garantizar el cumplimiento de lo prevenido en el apartado a) del artículo anterior, a solicitud del interesado, las autoridades y funcionarios aludidos en el mismo:

a) Se abstendrán de hacer constar en las diligencias que practiquen el nombre, apellidos, domicilio, lugar de residencia o trabajo y profesión del denunciante, testigo o perito, así como de cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos.

En tales casos, la verdadera identidad del denunciante, testigo o perito sólo será conocida por las autoridades policiales, fiscales y judiciales intervinientes, quienes la conservarán con carácter reservado, siendo asignado al denunciante, testigos o perito un número o cualquier otra clave con la que será identificado a lo largo de todas las actuaciones.

Cada vez que el denunciante, testigo o perito preste declaración o emita informe se identificará únicamente ante las precitadas autoridades.

b) Los denunciantes, testigos o peritos podrán comparecer durante todo el proceso con el rostro cubierto o utilizando cualquier otro procedimiento que imposibilite su identificación visual u oral.

c) Igualmente podrán solicitar que, para la práctica de cualquier diligencia, se fije como domicilio, a efectos de citaciones o notificaciones, las dependencias policiales o judiciales intervinientes, quienes se encargarán de hacerlas llegar, reservadamente, a su destinatario.

d) Los miembros de la Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, el Ministerio Fiscal y la autoridad judicial, cuidarán de evitar que a tales denunciantes, testigos o peritos se les hagan fotografías o se tome su imagen por cualquier otro procedimiento, debiendo proceder a retirar el material fotográfico, cinematográfico, videográfico o de cualquier otro tipo a quien contraviere esta prohibición. Dicho material será devuelto a su titular una vez comprobado que no existan vestigios de tomas en los que aparezcan los denunciantes, testigos o peritos de forma tal que pudieran ser identificados.

e) Los denunciantes, testigos o peritos podrán solicitar ser conducidos a las dependencias judiciales, policiales, al lugar en que hubiere de practicarse la diligencia, o a su domicilio, en vehículos oficiales y durante el

tiempo que permanezcan en dichas dependencias se les facilitará un local reservado para su exclusivo uso, convenientemente custodiado.

Artículo 4:

Cuantos funcionarios intervengan en los procesos a que se hace referencia en el art. 1 de esta Ley informarán a los denunciantes, testigos o peritos de los derechos que la presente disposición les reconoce y cuidarán de evitar que los mismos hayan de participar en ruedas de reconocimiento, o de responder a preguntas que, sin ser de interés para la averiguación de los hechos o de sus responsables, tengan por finalidad descubrir la identidad del denunciante, deponente o informante.

Artículo 5:

En las causas comprendidas en el art. 1 de esta Ley los Jueces o Tribunales únicamente solicitarán de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad la identidad de sus fuentes de información cuando resulte absolutamente imprescindible para el esclarecimiento de los hechos o para la persecución de sus responsables. En tal caso, los confidentes gozarán de los mismos derechos que los otorgados a denunciantes, peritos o testigos por la presente

Artículo 6:

Primero.—Una vez abierto el juicio oral y durante las sesiones del mismo los denunciantes, testigos o peritos gozarán de todos los derechos que esta Ley otorga, sin que en ningún caso puedan ser citados al mismo ni facilitarse su identidad, sin su consentimiento.

Segundo.—Si cualquiera de las partes solicitase en su escrito de calificación provisional el conocimiento de la identidad de los denunciantes, testigo o peritos propuestos, cuya declaración o informe sea estimado pertinente, el Juez o Tribunal que haya de entender de la causa, en el mismo auto en el que declare la pertinencia de la prueba propuesta, previa constancia de su consentimiento, facilitará exclusivamente el nombre y los apellidos de los denunciantes, testigos y peritos, respetando las restantes garantías reconocidas a los mismos en esta Ley.

En tal caso, el plazo para la recusación de peritos a que se refiere el art. 662 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se computará a partir del momento en que se notifique a las partes la identidad de los mismos.

En los cinco días siguientes a la notificación a las partes de la filiación de los testigos, cualquiera de ellas podrá proponer nueva prueba tendente a acreditar alguna circunstancia que puede influir en el valor probatorio de su testimonio.

Artículo 7:

En los supuestos prevenidos en los arts. 424, 448, 449 y párrafo segundo del art. 467 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Juez Instructor, a petición de parte, hará constar en las diligencias únicamente el nombre y apellidos del denunciante, testigo o perito.

Artículo 8:

Las declaraciones o informes de denunciantes, testigos o peritos que se hayan amparado en el anonimato durante la fase de instrucción, solamente podrán tener valor de prueba, a efectos de sentencia, si son ratificadas, en el acto del juicio oral, por quien las prestó.

Artículo 9:

Los acusados por hechos comprendidos en el apartado a) del art. 1 de la presente Ley, en la medida en que presten declaración contra su co-reos, podrán acogerse a los beneficios del artículo siguiente y a los previstos en el art. 2 de esta Ley.

Artículo 10:

Si alguno de los denunciantes, testigos o peritos a que se refiere la presente Ley fuere detenido o reducido a prisión, habrá de ser custodiado en centros o establecimientos que no alberguen elementos terroristas, miembros de la banda armada, o grupos criminales organizados, sobre los cuales prestaron declaración aquellos.

Artículo 11:

El párrafo segundo del art. 367 del Código Penal quedará redactado del siguiente modo:

«Si de la revelación a que se refiere el párrafo anterior resultaren graves daños para la causa pública o para tercero, o consistiere en la divulgación de la identidad o domicilio, o de datos que pudieran facilitar su averiguación, de los denunciantes, testigos o peritos que hayan prestado declaración o informe en procesos penales incoados con motivo u ocasión de actos delictivos cometidos por elementos terroristas, personas integradas en bandas armadas o vinculadas de cualquier modo a las mismas, o por grupos criminales organizados, las penas serán las de prisión menor e inhabilitación especial.»

Artículo 12:

Las personas protegidas comprendidas dentro del ámbito de la presente Ley, así como, en su caso, su cónyuge o persona a quien se hallen ligados por análoga relación de afectividad, ascendientes, descendientes o hermanos que fuesen objeto de un ataque contra su vida, integridad, libertad o patrimonio como consecuencia directa de su denuncia, testimonio o informe, tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado en la cuantía y modo que reglamentariamente se determine.

DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera: La presente Ley tendrá el carácter de orgánica en su art. 11.

Segunda: El Gobierno, en el plazo de un año a partir de la publicación de la presente Ley, dictará las disposiciones reglamentarias que resulten necesarias para su ejecución.

DISPOSICION DEROGATORIA

Quedan derogados cuantos preceptos se opongan a lo dispuesto en la presente Ley, en la medida en que contradigan sus previsiones.

DISPOSICION FINAL

Esta Ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Las líneas básicas de esta proposición de Ley, como se desprende de su texto y tal y como las expuso el Sr. Caballero Lasquibar¹⁰, al solicitar el voto favorable en el Senado para su toma en consideración, son sustancialmente las siguientes:

1. Todo el conjunto de la proposición se circunscribe a los delitos relativos a terrorismo, o los cometidos por bandas armadas o grupos criminales violentos organizados.
2. Se protege la seguridad de los denunciantes, testigos o peritos garantizando el secreto de su identidad frente a terceros en la fase policial y en la fase judicial instructora.
3. Se regulan medidas complementarias de protección a la reserva de la identidad tales como la protección policial durante el proceso y el tiempo que se estime pertinente tras su finalización, la provisión de medios económicos suficientes para cambiar de residencia o lugar de trabajo y, si fuera preciso, de una nueva identidad.
4. Estas medidas de protección que se garantizan en la fase policial y en la judicial de instrucción tienen algún límite una vez que se abre la fase de juicio oral, en razón del derecho del acusado a un proceso con todas las garantías, que debe poder conocer la identidad de las personas que han de ser utilizadas para articular una prueba procesal de cargo. En estos casos se añade un principio de voluntariedad en la participación del testigo en la fase del juicio oral que, de no comparecer, ve garantizada su reserva de identidad y su testimonio queda en la fase instructora como un elemento más para formar la investigación de los hechos y poder contribuir a la convicción del Juez, junto a las demás pruebas que se hayan acumulado.

Si en el juicio oral decide intervenir el denunciante, testigo o perito, será conocida su identidad, pero permanecerán el resto de medidas del programa de protección: la reserva de sus otros datos

¹⁰ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Senado. Quinta Legislatura. Serie III A. Proposiciones de Ley del Senado. 6 octubre 1993, p. 139.

- personales, como la residencia, centro de trabajo, o su imagen física y las posibilidades de cambio de residencia o de identidad.
5. Se prevé la aplicación adecuada del programa a los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y para sus fuentes de información, confidentes y co-reos declarantes en una causa. Para éstos últimos se establecen mandatos a fin de garantizar su seguridad en los centros penitenciarios en que sean ingresados.
 6. Se extienden las medidas de protección, no sólo a los denunciantes, testigos y peritos, sino también a su círculo familiar.
 7. La adecuada protección de las personas referidas exige que las mismas o, en su caso, sus más allegados parientes, tengan derecho a una indemnización por parte del Estado cuando hubieren sufrido un ataque a su vida, integridad personal o bien como consecuencia directa del testimonio prestado.
 8. En consecuencia con el conjunto de medidas protectoras descrito se modifica el art. 367 del Código Penal, elevando sustancialmente la pena del delito de revelación del secreto para los funcionarios que no guarden la reserva de la identidad y datos personales garantizada en la proposición. En este punto, al tratarse de una modificación del Código Penal, la proposición ha de tener carácter de orgánica.

Con este conjunto de medidas protectoras se trata así de garantizar la participación ciudadana en el auxilio y colaboración con la Justicia, guardando los equilibrios precisos en cuanto a los intereses generales implicados y a los también garantizados derechos de los acusados a un juicio pleno de garantías.

Tramitación parlamentaria

La antedicha Proposición de Ley se publicaba en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Senado) del día 15 de septiembre de 1993, iniciándose con ello su tramitación parlamentaria.

No empezaba con buen pie la singladura por cuanto la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, en informe de fecha 5 de agosto de 1993, se había pronunciado en contra de su toma en consideración.

El 5 de octubre de 1993 se reunía el Senado para estudiar la toma en consideración de la Proposición de Ley. Tras hacer uso de la palabra en primer lugar el Senador Sr. Caballero Lasquibar (Partido Nacionalista Vasco) en defensa de la misma, se inició un turno de intervenciones de los diversos Grupos Parlamentarios. Tomaron parte en él los representan-

tes de Convergencia y Unión, Coalición Canaria, Partido Popular y Partido Socialista Obrero Español.

En síntesis, los portavoces de los partidos no proponentes se mostraban de acuerdo con la iniciativa legislativa, si bien apuntaban la necesidad de introducir enmiendas técnicas a su articulado¹¹.

Finalmente la Proposición de Ley fue tomada en consideración, remitiéndose su texto al Congreso de los Diputados para su tramitación parlamentaria.

Formularon enmiendas al articulado del texto el Partido Nacionalista Vasco y el Partido Socialista Obrero Español (conjuntamente)¹², Grupo Mixto-Unión Valenciana, Coalición Canaria, Partido Popular y Convergencia y Unión¹³.

De todas las enmiendas presentadas nos limitaremos a exponer las formuladas conjuntamente por el PNV y PSOE, por la incidencia que tendrían posteriormente en el texto definitivo de la Ley. Ambas fuerzas políticas proponían:

- A) La supresión de los arts. 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12 y disposición adicional primera.
- B) Dar una nueva redacción a los arts. 1, 2, 3 y 6, que quedarían redactados del siguiente modo:

Artículo 1:

1. Las disposiciones de esta Ley son aplicables a quienes en calidad de testigos o peritos intervengan en procesos penales.

2. Para que vengan en aplicación las disposiciones de la presente Ley será necesario que la autoridad judicial aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ella, su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos.

Artículo 2:

1. Apreciada la circunstancia prevista en el artículo anterior, el Juez Instructor acordará motivadamente, de oficio o a instancia de parte, cuando lo estime necesario en atención al grado de riesgo o peligro, las medidas necesarias para preservar la identidad de los testigos y peritos, su domicilio, pro-

¹¹ Las intervenciones concretas de cada Grupo Parlamentario pueden ser examinadas en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (Senado). 6 octubre 1993, pp. 138 y ss.

¹² *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados. Serie B. Proposiciones de Ley. 15 abril 1994, pp. 31 y ss.

¹³ Para un conocimiento completo de las enmiendas formuladas, véase: *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados. Serie B. Proposiciones de Ley. 28 marzo 1994, pp. 17 y ss.

¹⁴ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados. Serie B. Proposiciones de Ley. 11 octubre 1994, pp. 47 y ss.

fesión y lugar de trabajo, sin perjuicio de la acción de contradicción que asiste a la defensa del procesado, pudiendo adoptar las siguientes decisiones:

a) Que no consten en las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudieran servir para la identificación de los mismos, pudiéndose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave.

b) Que comparezca para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal.

c) Que para la práctica de cualquier diligencia se fije como domicilio, a efectos de citaciones, o notificaciones, la sede del órgano judicial interviniente, el cual las hará llegar reservadamente a su destinatario.

Artículo 3:

1. Los miembros y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, el Ministerio Fiscal y la Autoridad Judicial, cuidarán de evitar que a los testigos o peritos se les hagan fotografías o se tome su imagen por cualquier otro procedimiento, debiéndose proceder a retirar el material fotográfico, cinematográfico, videográfico o de cualquier otro tipo a quien contraviniere esta prohibición. Dicho material será devuelto a su titular una vez comprobado que no existen vestigios de tomas en los que aparezcan los testigos o peritos de forma tal que pudieran ser identificados.

2. A instancia del Ministerio Fiscal y para todo el proceso, se brindará a los testigos y peritos, en su caso, protección policial. En casos excepcionales podrán facilitárseles documentos de una nueva identidad y medios económicos para cambiar su residencia o lugar de trabajo. Los testigos y peritos podrán solicitar ser conducidos a las dependencias judiciales, al lugar donde hubiere de practicarse alguna diligencia o a su domicilio en vehículos oficiales y durante el tiempo que permanezcan en dichas dependencias se les facilitará un local reservado para su exclusivo uso, convenientemente custodiado.

Artículo 6:

1. En el auto en que se acuerde la apertura del juicio oral, el órgano judicial competente se pronunciará motivadamente sobre la procedencia de mantener, modular o suprimir todas o algunas de las medidas de protección de los testigos y peritos adoptadas por el Juez de Instrucción, así como si procede la adopción de otras nuevas, previa ponderación de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, de los derechos fundamentales en conflicto y de las circunstancias concurrentes en los testigos y peritos en relación con el proceso penal de que se trate.

2. Las medidas adoptadas por el Juez de Instrucción podrán ser objeto del recurso de apelación. Hasta tanto se resuelva el citado recurso no se realizará actuación alguna que pueda enervar la eficacia posterior de la aplicación de las garantías que esta Ley contempla.

3. Sin perjuicio de lo anterior, los Letrados de la defensa y acusación, en su caso, podrán, motivando las razones de hacerlo en este trámite, antes

de formular sus escritos de acusación, defensa o conclusiones provisionales, solicitar la identidad de los peritos o testigos. De igual forma, lo podrán pedir, a la vista de las pruebas solicitadas y admitidas por las otras partes.

A la vista de dichas alegaciones el Juez motivadamente resolverá si procede o no dar los datos de la identificación de aquellos.

4. Las declaraciones o informes de los testigos y peritos que hayan sido objeto de protección en aplicación de esta Ley durante la fase de instrucción sumarial, solamente podrán tener valor de prueba, a efectos de sentencia, si son ratificadas en el acto del juicio oral en la forma prescrita en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por quien la prestó. Si se consideraran de imposible reproducción a efectos del art. 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, habrán de ser ratificadas mediante lectura literal a fin de que puedan ser sometidas a contradicción por parte de la defensa.

Pasadas las enmiendas a estudio de la Comisión de Justicia e Interior, se elevó por ésta dictamen del siguiente tenor:

Primero.—Mantener los arts. 1, 2 y 3 tal y como proponían PNV y PSOE en sus enmiendas conjuntas.

Segundo.—Dar una nueva redacción al art. 4, que quedaría redactado así:

Artículo 4.

1. En el auto en que se acuerde la apertura del juicio oral, el órgano judicial competente se pronunciará motivadamente sobre la procedencia de mantener, modular o suprimir todas o algunas de las medidas de protección de los testigos o peritos adoptadas por el Juez de Instrucción, así como si procede la adopción de otras nuevas, previa ponderación de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, de los derechos fundamentales en conflicto y de las circunstancias concurrentes en los testigos y peritos en relación con el proceso penal de que se trate.

2. Las medidas adoptadas podrán ser objeto del recurso de apelación en ambos efectos.

3. Sin perjuicio de lo anterior, si cualquiera de las partes solicitase motivadamente en su escrito de calificación provisional, acusación o defensa, el conocimiento de la identidad de los testigos o peritos propuestos, cuya declaración o informe sea estimado pertinente, el Juez o Tribunal que haya de entender la causa, en el mismo auto en el que declare la pertinencia de la prueba propuesta, podrá facilitar motivadamente y a la vista de las alegaciones hechas por las partes el nombre y los apellidos de los testigos y peritos, respetando las restantes garantías reconocidas a los mismos en esta Ley.

En tal caso, el plazo para la recusación de peritos a que se refiere el art. 662 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se computará a partir del momento en que se notifique a las partes la identidad de los mismos.

En los cinco días siguientes a la notificación a las partes de la filiación de los testigos, cualquiera de ellos podrá proponer nueva prueba ten-

dente a acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de su testimonio.

4. De igual forma, las partes podrán hacer uso del derecho previsto en el apartado anterior, a la vista de las pruebas solicitadas por las otras partes y admitidas por el órgano judicial, en el plazo previsto para la interposición de recurso de reforma y apelación.

5. Las declaraciones o informes de los testigos y peritos que hayan sido objeto de protección en aplicación de esta Ley durante la fase de instrucción sumarial, solamente podrán tener valor de prueba, a efectos de sentencia, si son ratificados en el acto del juicio oral en la forma prescrita en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por quien los prestó. Si se consideraran de imposible reproducción a efectos del art. 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, habrán de ser ratificados mediante lectura literal a fin de que puedan ser sometidos a contradicción de las partes.

El Pleno del Congreso de los Diputados, reunido en Sesión de 27 de octubre de 1994 debatía el texto remitido por la Comisión de Justicia e Interior y, tras introducir una nueva enmienda al polémico art. 4, aprobaba la Ley de Protección a Testigos y Peritos, con el apoyo de todos los Grupos Parlamentarios presentes.

Remitido el Texto aprobado por el Congreso al Senado, en este último se le formularon por diversos Grupos Parlamentarios un total de 21 enmiendas. La Ponencia designada al efecto emitió su informe el 22 de noviembre de 1994, incorporando al texto, por unanimidad, 15 de ellas. Quedó formulado, para su debate, un voto particular por el Grupo Parlamentario Popular (enmiendas 4 y 5); dichas enmiendas del precitado Grupo fueron rechazadas por el Pleno del Senado en su Sesión de 30 de noviembre de 1994, votándose el Texto de la Proposición de Ley, tal y como venía informado por la ponencia, con el siguiente resultado: votos a favor 229; votos en contra 1.

En el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Senado) de fecha 7 de diciembre de 1994 se publicaba el Texto aprobado por el Senado, acordándose su remisión de nuevo al Congreso, a los efectos previstos en el art. 90-2 de la Constitución Española.

Finalmente, el día 23 de diciembre de 1994 se aprobaba definitivamente el Texto de la «Ley Orgánica de Protección a Testigos y Peritos en causas criminales», que aparecería publicada en el Boletín Oficial del Estado de fecha 24-12-1994, y cuyo contenido es del siguiente tenor:

EXPOSICION DE MOTIVOS

La experiencia diaria pone de manifiesto en algunos casos las reticencias de los ciudadanos a colaborar con la Policía Judicial y con la Administración de Justicia en determinadas causas penales ante el temor a sufrir represalias.

Ello conlleva, con frecuencia, que no se pueda contar con testimonios y pruebas muy valiosos en estos procesos.

Ante esta situación, el Legislador debe proceder a dictar normas que resulten eficaces en la salvaguarda de quienes, como testigos o peritos, deben cumplir con el deber constitucional de colaboración con la justicia.

De no hacerlo así, podrían encontrarse motivos que comportasen re-tratamientos e inhibiciones por parte de posibles testigos o peritos no deseables en un Estado de derecho, con el añadido de verse perjudicada la recta aplicación del ordenamiento jurídico-penal y facilitada, en su caso, la impunidad de los presuntos culpables.

Es obvio, sin embargo, que las garantías arbitradas en favor de los testigos y peritos no pueden gozar de un carácter absoluto e ilimitado, es decir, no pueden violar los principios del proceso penal. De ahí que la presente Ley tenga como norte hacer posible el necesario equilibrio entre el derecho a un proceso con todas las garantías y la tutela de derechos fundamentales inherentes a los testigos y peritos y a sus familiares.

El sistema implantado confiere al Juez o Tribunal la apreciación racional del grado de riesgo o peligro y la aplicación de todas o alguna de las medidas legales de protección que considere necesarias, previa ponderación, a la luz del proceso, de los distintos bienes jurídicos constitucionalmente protegidos; medidas que, en el marco del derecho de defensa, serán susceptibles de recurso en ambos efectos.

El propósito protector al que responde la Ley no es, por lo demás, exclusivo de nuestro País. De acuerdo con directrices señaladas por el derecho comparado, se ha entendido ser imperiosa e indeclinable la promulgación de las normas precisas para hacer realidad aquel propósito de protección de testigos y peritos que, además, ha sido admitido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyo principio general se hace también patente en la resolución 827/1993, de 25 de mayo, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, concerniente a la antigua Yugoslavia.

El contenido de la Ley es breve. Junto a su ámbito de aplicación, regulado en el art. 1, y las medidas protectoras y garantías del justiciable recogidos en los arts. 2 y 3, contiene el art. 4 y último una serie de medidas complementarias de protección que habrán de aplicar, cada uno en su esfera, los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, el Ministerio Fiscal y la Autoridad Judicial.

Artículo 1:

1. Las medidas de protección previstas en esta Ley son aplicables a quienes en calidad de testigos o peritos intervengan en procesos penales.

2. Para que sean de aplicación las disposiciones de la presente Ley será necesario que la autoridad judicial aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ella, su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos.

Artículo 2:

Apreciada la circunstancia prevista en el artículo anterior, el Juez Instructor acordará motivadamente, de oficio o a instancia de parte, cuando lo estime necesario en atención al grado de riesgo o peligro, las medidas necesarias para preservar la identidad de los testigos y peritos, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, sin perjuicio de la acción de contradicción que asiste a la defensa del procesado, pudiendo adoptar las siguientes decisiones:

a) Que no consten en las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, pudiéndose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave.

b) Que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal.

c) Que se fije como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede del órgano judicial interviniente, el cual las hará llegar reservadamente a su destinatario.

Artículo 3:

1. Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, el Ministerio Fiscal y la Autoridad Judicial cuidarán de evitar que a los testigos o peritos se les hagan fotografías o se tome imagen por cualquier otro procedimiento, debiéndose proceder a retirar el material fotográfico, cinematográfico, videográfico o de cualquier otro tipo a quien contraviniera esta prohibición. Dicho material será devuelto a su titular una vez comprobado que no existen vestigios de tomas en las que aparezcan los testigos o peritos de forma tal que pudieran ser identificados.

2. A instancia del Ministerio Fiscal y para todo el proceso, o si, una vez finalizado éste, se mantuviera la circunstancia de peligro grave prevista en el art. 1-2 de esta Ley, se brindará a los testigos y peritos, en su caso, protección policial. En casos excepcionales podrán facilitárseles documentos de una nueva identidad y medios económicos para cambiar su residencia o lugar de trabajo. Los testigos y peritos podrán solicitar ser conducidos a las dependencias judiciales, al lugar donde hubiere de practicarse alguna diligencia o a su domicilio en vehículos oficiales y durante el tiempo que permanezcan en dichas dependencias se les facilitará un local reservado para su uso exclusivo, convenientemente custodiado.

Artículo 4:

1. Recibidas las actuaciones, el órgano judicial competente para el enjuiciamiento de los hechos se pronunciará motivadamente sobre la procedencia de mantener, modificar o suprimir todas o algunas de las medidas de protección de los testigos y peritos adoptadas por el Juez de Instrucción, así como si procede la adopción de otras nuevas, previa ponderación de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, de los derechos fundamentales en conflicto y de las circunstancias concurrentes en los testigos y peritos en relación con el proceso penal de que se trate.

2. Las medidas adoptadas podrán ser objeto de recurso de reforma o súplica.

3. Sin perjuicio de lo anterior, si cualquiera de las partes solicitase motivadamente en su escrito de calificación provisional, acusación o defensa, el conocimiento de la identidad de los testigos o peritos propuestos, cuya declaración o informe sea estimado pertinente, el Juez o Tribunal que haya de entender la causa, en el mismo auto en el que declare la pertinencia de la prueba propuesta, deberá facilitar el nombre y los apellidos de los testigos y peritos, respetando las restantes garantías reconocidas a los mismos en esta Ley.

En tal caso, el plazo para la recusación de peritos a que se refiere el art. 662 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se computará a partir del momento en que se notifique a las partes la identidad de los mismos.

En los cinco días siguientes a la notificación a las partes de la identidad de los testigos, cualquiera de ellas podrá proponer nueva prueba tendente a acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de su testimonio.

4. De igual forma, las partes podrán hacer uso del derecho previsto en el apartado anterior, a la vista de las pruebas solicitadas por las otras partes y admitidas por el órgano judicial, en el plazo previsto para la interposición de recurso de reforma y apelación.

5. Las declaraciones o informes de los testigos y peritos que hayan sido objeto de protección en aplicación de esta Ley durante la fase de instrucción, solamente podrán tener valor de prueba, a efectos de sentencia, si son ratificados en el acto del juicio oral en la forma prescrita en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por quien los prestó. Si se consideraran de imposible reproducción, a efectos del art. 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, habrán de ser ratificados mediante lectura literal a fin de que puedan ser sometidos a contradicción por las partes.

DISPOSICION ADICIONAL PRIMERA:

El art. 3-2 de esta Ley tendrá el carácter de Ley ordinaria.

DISPOSICION ADICIONAL SEGUNDA:

El Gobierno, en el plazo de un año a partir de la publicación de la presente Ley, dictará las disposiciones reglamentarias que resulten necesarias para su ejecución.

DISPOSICION DEROGATORIA UNICA:

Quedan derogados cuantos preceptos se opongan a lo dispuesto en la presente Ley.

DISPOSICION FINAL UNICA:

Esta Ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Análisis del texto legal

Diferencias fundamentales entre la proposición de Ley y el texto en vigor

En una primera aproximación al tema, lo primero que se advierte es la existencia de algunas diferencias importantes entre la proposición de Ley y el texto aprobado. Este último amplía el ámbito de la proposición al no establecer restricciones en orden a los procesos en que puede venir en aplicación. Por contra, la proposición de ley contemplaba dos aspectos que no han sido incorporados al texto legal:

1. La cobertura de la protección, que se extendía, en cierta medida, a los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y a los co-reos «arrepentidos», bajo determinadas circunstancias.
2. El establecimiento de un régimen indemnizatorio en favor de los sujetos protegidos y sus más próximos allegados, cuando sufrieren un daño con motivo u ocasión de su cooperación con la Administración de Justicia. Cuesta trabajo entender esta renuencia estatal a indemnizar a quien sufre un perjuicio por contribuir a una causa pública.

Ambito procesal

Se desprende del art. 1-1 de la Ley que sus disposiciones serán aplicables en cualquier tipo de proceso penal, siempre y cuando se cumplan las condiciones exigidas en el párrafo segundo de dicho precepto. No existe, pues, limitación «ratione materiae». Ello implica que se hallan comprendidos tanto los procesos por delito o falta, corresponda su enjuiciamiento a la Jurisdicción Criminal ordinaria, a la Militar o a los Jueces de menores.

Personas protegidas

El art. 1-1 de la Ley circunscribe su radio de acción protector exclusivamente a quienes intervinieren en una causa penal en calidad de testigos o peritos; ello implica que no podrá acogerse a las medidas protectoras —siquiera estrictamente policiales y preventivas— el inculcado «arrepentido» .

Cuando en una ocasión tan reciente como la popularmente conocida como «Operación Nécora» se ha hecho patente la necesidad de brindar protección policial a dos arrepentidos, no se comprende que la Ley se haya «olvidado» de ellos.

Ciertamente que el «arrepentido» no podría beneficiarse del testimonio anónimo, pero ninguna dificultad hubiera existido en permitirles aco-

gerse a las medidas protectoras establecidas en el apartado a) del art. 2 y en el párrafo segundo del art. 3.

La ausencia de toda referencia a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad como titulares de un derecho de protección no plantea problemas cuando los mismos actúen en calidad de testigos o peritos, ya que en tal caso podrán ampararse en las disposiciones protectoras previstas en la Ley.

Sin embargo el problema se agudiza cuando los agentes de la autoridad intervengan en el proceso en calidad de querellados; en tal caso quedan excluidos de la protección específica prevista en el texto legal, cosa no del todo lógica, al menos mientras no se aprecie en su conducta un indicio racional de criminalidad.

El Legislador no ha sido sensible a un problema vivido con particular agudeza en el País Vasco: la utilización de la denuncia o de la querrela sistemática por sectores radicales contra los miembros de las Fuerzas de Seguridad, entre otras cosas para «identificarlos» como posibles blancos o, cuando menos, para atemorizarlos¹⁵.

No contiene referencia alguna la Ley a los «confidentes», quizás por entender que éstos gozan de una particular y suficiente protección a través de lo dispuesto en el art. 5-5 de la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Obvio es decir, sin embargo, que, en aquellos supuestos excepcionales en que la autoridad judicial considere necesaria la comparecencia del confidente para declarar como testigo, aquél podría gozar de los beneficios que la Ley otorga a estos últimos.

Requisitos para otorgar la protección

Previene el art. 1-2 que:

«Para que sean de aplicación las disposiciones de la presente Ley será necesario que la autoridad judicial aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ella, su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos.»

Partiendo de la base de que esta Ley establece un régimen procesal excepcional, que en alguna medida puede incidir en las garantías procesales del justiciable, es de todo punto razonable la doble exigencia de que:

¹⁵ Esta fue, sin duda, la razón de ser del art. 1-B de la Proposición de Ley del Partido Nacionalista Vasco.

- a) Exista un peligro grave, y
- b) Que como tal sea apreciado por la autoridad judicial, ponderando en cada caso los bienes en conflicto.

En consecuencia, la procedencia o no de otorgar las medidas protectoras queda garantizada por la intervención del Poder Judicial, para evitar abusos y corruptelas. Bien entendido que contra tal decisión judicial, concediendo o denegando la protección solicitada, cabrán los recursos pertinentes.

Cuestión distinta es si la adopción de todas las medidas de protección requieren un previo pronunciamiento judicial.

Para dar contestación a esta pregunta es preciso reparar en un detalle: aunque no lo diga expresamente, la Ley prevé dos grupos de medidas protectoras sustancialmente distintas: las que podrían denominarse procesales o judiciales, contempladas en los apartados a), b) y c). del art. 2 y las que cabría calificar de extraprocesales o gubernativas, que vendrían recogidas en el art. 3.

Tratándose de medidas de protección procesales (art. 2) la Ley no deja lugar a dudas: es a la autoridad judicial a quien corresponde acordarlas.

Por el contrario, las medidas de protección extraprocesales contempladas en el art. 3 no precisan de un acuerdo expreso de la autoridad judicial. Obsérvese a este respecto que la medida cautelar descrita en el art. 3-1 (interdicción de toma de imágenes) puede ser adoptada o exigida por el Ministerio Fiscal, e incluso por las propias Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Por lo que respecta al elenco de medidas cautelares tipificadas en el art. 3-2, la Ley admite que se apliquen «a instancia del Ministerio Fiscal», y por su propia naturaleza más parece materia gubernativa que judicial.

Nuevo problema a resolver es quiénes se encuentran legitimados para solicitar la adopción de las medidas de protección enumeradas en el art. 2. El precepto en cuestión señala que tales medidas podrán acordarse «de oficio o a instancia de parte».

La cuestión a dilucidar es si cuando la Ley habla de «parte» lo hace en sentido formal (acusación-defensa) o ha de darse a este término un sentido más amplio. Dicho más claramente, ¿goza de legitimación para solicitar la adopción de las medidas protectoras el testigo o perito que ha de prestar declaración o rendir informe? La respuesta es afirmativa. Téngase en cuenta a este respecto que, a tenor de lo dispuesto en el art. 270 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, las resoluciones judiciales habrán de notificarse «a quienes se refieran o puedan causar perjuicio», tesis

avalada por la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 15 de noviembre de 1990 (fundamento jurídico octavo).

No podía ser de otro modo por cuanto el mayor interesado en impedir la protección judicial lo es precisamente el perito o testigo llamado a declarar en la causa.

El modo en que se acuerden esas medidas protectoras de carácter judicial lo será a medio de auto (art. 141 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), en el cual el Juzgador habrá de pronunciarse motivadamente sobre los siguientes extremos:

1. La existencia o no de un peligro grave, en los términos contemplados en el art. 1 de la Ley, ponderando las circunstancias concurrentes y los derechos en conflicto.
2. Las medidas concretas de protección que hayan de adoptarse, o, en su caso, la improcedencia de las mismas y,
3. La persona o personas que pueden ampararse en ellas, designadas por un número o clave cuando se acuerde preservar su identidad.

El auto habrá de ser notificado a las partes en sentido formal y a los testigos o peritos afectados por el mismo, y contra dicha resolución podrán todos los anteriores entablar los recursos pertinentes.

Queda, sin embargo, por resolver un problema importante: del tenor literal de los arts. 1 y 2 cabría deducir que sólo la autoridad judicial está capacitada para otorgar o denegar las medidas protectoras señaladas en el art. 2. ¿Qué hacer entonces con los testigos y peritos que declaren antes de que se abra el proceso judicial propiamente dicho? (atestado policial; diligencias informativas incoadas a instancia del Ministerio Fiscal).

Como sería un contrasentido e iría contra la «voluntas legis» que esos testigos o peritos en sede policial previa hubieran de identificarse para a continuación deducir en el proceso judicial una solicitud de anonimato ya imposible, no caben más que dos soluciones:

1. Entender que, con carácter cautelar y en tanto no se aperturen diligencias judiciales, la policía o el Ministerio Fiscal están facultados para otorgar al testigo o perito las medidas de protección contempladas en la Ley, a los testigos y peritos que declaren en el atestado policial inicial o en las diligencias informativas abiertas por el Ministerio Fiscal.
2. Alternativamente: que en tales casos se solicitase del Juzgado de Instrucción de guardia la adopción de las medidas cautelares.

Razones de agilidad y rapidez aconsejan adoptar la primera solución, sin que ello suponga perjuicio para el justiciable toda vez que, remitido

el atestado al Juez competente, éste decidirá si procede o no ratificar las medidas cautelares previamente acordadas.

Y para finalizar con este apartado es preciso incidir en una cuestión de primera magnitud: ¿vulneran el art. 24 de la Constitución Española (derecho a un proceso con todas las garantías) las previsiones contenidas en los apartados a) y b) del art. 2? Dicho precepto permite, durante la fase de instrucción de la causa, la figura del testigo anónimo y además oculto.

Para dar respuesta a esta pregunta es preciso poner de relieve:

1. Que para acordar ese régimen excepcional es precisa una resolución judicial motivada.
2. Que el anonimato del testigo o perito lo es frente al acusado, pero no para el Juez Instructor, que habrá de conocer su verdadera identidad.
3. Que el testigo o perito anónimo deberán declarar ante el Juez Instructor, con lo que éste podrá tener una impresión personal y directa acerca de su credibilidad, y
4. Que el hecho que durante la instrucción de la causa el testigo o perito sea anónimo y no pueda ser reconocido visualmente, no impide que la defensa pueda interrogarlo (art. 1: «sin perjuicio del derecho de contradicción que asiste a la defensa»).

Si a ello se añade que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado en reiteradas sentencias (casos Kostovski, Windisch y Lüdi) que el testimonio anónimo en la fase de instrucción no vulnera el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, se llega a la conclusión de que el art. 2 de la Ley se ajusta a los dictados del art. 24 de la Constitución Española; porque, si bien el Tribunal Constitucional Español ha establecido ya en dos ocasiones que «la imposibilidad de contradicción y el total anonimato» de los testigos de cargo supondría violación de precepto constitucional, ello lo ha sido en relación con la declaración de dichos testigos en el acto del juicio oral.

Medidas protectoras

Como ya quedó apuntado en el epígrafe precedente, aun sin denominarlas de este modo la Ley prevé dos clases distintas de medidas protectoras: las judiciales o procesales (art. 2) y las extraprocesales, policiales o gubernativas (art. 3).

El testigo o perito protegido por las medidas judiciales gozará de los siguientes beneficios procesales:

- a) Que no consten en las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, domicilio, y lugar de trabajo o profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, pudiéndose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave.
- b) Que comparezca para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal.
- c) Que para la práctica de cualquier diligencia se fije como domicilio a efectos de citaciones y notificaciones, la sede del órgano judicial interviniente, el cual las hará llegar reservadamente a su destinatario.

Las medidas protectoras extrajudiciales, policiales o gubernativas se recogen en el art. 3, a cuyo tenor:

1. Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, el Ministerio Fiscal y la autoridad judicial, cuidarán de evitar que a los testigos o peritos se les hagan fotografías o se tome su imagen por cualquier otro procedimiento, debiéndose proceder a retirar el material fotográfico, cinematográfico, videográfico o de cualquier otro tipo a quien contraviniera esta prohibición. Dicho material será devuelto a su titular una vez comprobado que no existen vestigios de tomas en las que aparezcan los testigos o peritos de forma tal que pudieran ser identificados.
2. A instancia del Ministerio Fiscal y para todo el proceso, o si, una vez finalizado éste, se mantuviera la circunstancia de peligro grave prevista en el art. 1-2 de esta Ley se brindará a los testigos y peritos, en su caso, protección policial. En casos excepcionales podrán facilitárseles documentos de una nueva identidad y medios económicos para cambiar su residencia o lugar de trabajo. Los testigos y peritos podrán solicitar ser conducidos a las dependencias judiciales, al lugar donde hubiere de practicarse alguna diligencia o a su domicilio en vehículos oficiales y durante el tiempo que permanezcan en dichas dependencias se les facilitará un local reservado para su uso exclusivo, convenientemente custodiado.

Lo primero que es preciso advertir es que el otorgamiento de las medidas protectoras señaladas en el art. 2 no conlleva necesariamente que a la persona protegida haya de facilitársele también todas las medidas gubernativas señaladas en el art. 3. Así, puede concederse a un testigo sumarial el privilegio del anonimato pero estimarse que no precisa de protección policial o de un cambio de identidad, o de una asignación económica para mudar de residencia.

En sentido opuesto cabe también la posibilidad de que no se acuerde el anonimato sumarial pero, como contrapartida, se brinde protección policial al testigo o perito, o se le otorgue otro tipo de protección prevista en el art. 3.

También parece obvio que las medidas protectoras podrán modificarse a lo largo del proceso, en consonancia con lo que las circunstancias demanden.

Por lo que respecta a la «protección policial» contemplada en el art. 3-2, tras una enmienda introducida por el Senado al texto aprobado por el Congreso, ésta podrá extenderse no solamente al proceso sino incluso una vez finalizado éste, si perdurase un peligro grave para la persona protegida.

Aunque la Ley sólo hace referencia a la posibilidad de facilitar «medios económicos» para un eventual cambio de residencia, no existe dificultad alguna en que sea la propia Administración quien ponga a disposición del testigo o perito amenazado una nueva residencia.

Más sencillo resultará el cambio de lugar de trabajo, cuando quien lo solicite sea un funcionario público que puede ejercer indistintamente las actividades propias de su cargo en una u otra población (piénsese, por ejemplo, en policías).

Especial mención merece el «cambio de identidad» autorizado, aunque con carácter excepcional, por el art. 3-2. Esta cautela extrema habrá de regularse con particular cuidado para evitar que el favorecido por tal medida pueda utilizarla como medio para eludir el cumplimiento de obligaciones legales de cualquier tipo (civiles, penales, etc.) contraídas con anterioridad. Las disposiciones reglamentarias que, al amparo de la disposición adicional segunda se dicten en el futuro, deberán regular expresamente esta cuestión exigiendo, por ejemplo, que antes de proceder a un cambio de identidad la persona haga una declaración de obligaciones precedentemente adquiridas y previniendo que la omisión maliciosa cometida en tal declaración o el uso de la nueva identidad con el propósito de perjudicar a terceros, dará lugar a la revocación de la medida.

Finalmente es preciso hacer referencia al caso de que el testigo o perito protegido por el anonimato utilizase éste para cometer un delito de acusación y denuncia falsa, o de falso testimonio. En tal caso la autoridad judicial debería necesariamente alzar el anonimato:

1. Porque la ley se ha dictado para proteger a ciudadanos decentes, no para favorecer las falsas delaciones, y
2. Porque el perjudicado por tales delitos tendría derecho a ejercer las acciones penales que tuviese por conveniente contra el autor de los mismos.

Las medidas de protección en el juicio oral

Es obvio que el régimen de las medidas protectoras no puede ser igual en la fase de sumario que en el juicio oral; en la primera de ellas, siguiendo el criterio marcado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cabe un reforzamiento de las medidas de protección que no es posible mantener en todos sus términos en la fase de plenario, por ser la instrucción preliminar una mera preparación de las pruebas a utilizar en el juicio oral, momento solemne en el que habrán de reproducirse ante el Tribunal de la causa para que puedan cobrar valor como instrumento de convicción.

Ello conlleva que cualquier sistema que supusiese una grave limitación al derecho de la defensa del acusado correría el riesgo de ser reputado contrario al principio de igualdad de armas y al de prohibición de indefensión.

De ahí que la Ley regule de distinta forma las medidas protectoras en ambas fases del proceso penal, sin por ello perder de vista la ponderación de los bienes en conflicto como elemento que ha de presidir la actuación de los Tribunales en unas causas en que, junto al legítimo ejercicio del derecho de defensa, es también necesario tutelar el no menos legítimo derecho del ciudadano a que no se le exija correr riesgos graves por cumplir con un deber de testificar.

Siguiendo estas premisas la Ley regula las medidas de protección durante el juicio oral en su art. 4, sin duda alguna el más debatido durante la tramitación parlamentaria, hasta el punto de haber sufrido cuatro modificaciones desde la inicial proposición de ley hasta el texto vigente.

Tal «ajetreo» legislativo ha dado lugar, entre otras cosas, a que el precepto en cuestión adolezca de ciertas imperfecciones técnicas que habrán de ser salvadas por el intérprete acudiendo a las disposiciones generales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Así, el párrafo primero del art. 4 establece que:

«Recibidas las actuaciones, el órgano judicial competente para el enjuiciamiento de los hechos se pronunciará motivadamente sobre la procedencia de mantener, modificar o suprimir todas o algunas de las medidas de protección de los testigos y peritos adoptadas por el Juez de Instrucción, así como si procede la adopción de otras nuevas, previa ponderación de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, de los derechos fundamentales en conflicto y de las circunstancias concurrentes en los testigos y peritos en relación con el proceso penal de que se trate.»

Añade a continuación el núm. 2 de este precepto que:

«Las medidas adoptadas podrán ser objeto de recurso de reforma o súplica», en función de que sea el Juez de lo Penal o la Audiencia Provincial quien adopte dichas medidas que, por supuesto, habrán de serlo mediante auto motivado.

Una vez más, en esta ocasión, hubo de ser el Senado quien se encargase, por vía de enmiendas, de subsanar algunos defectos de técnica legislativa que se advertían en el texto aprobado por el Congreso.

Es de resaltar únicamente que, mientras contra el auto adoptando o denegando la adopción de medidas protectoras dictado por el Juez de Instrucción caben los recursos de reforma y queja, contra el mismo auto dictado por el Juez de lo Penal sólo cabe el de reforma.

En cuanto a las medidas de protección susceptibles de ser adoptadas durante el juicio oral cabe señalar que el órgano encargado del enjuiciamiento puede otorgar todas las previstas en la Ley, con una excepción contemplada en el párrafo tercero del art. 4, a saber:

«Sin perjuicio de lo anterior, si cualquiera de las partes solicitase motivadamente en su escrito de calificación provisional, acusación o defensa, el conocimiento de la identidad de los testigos o peritos propuestos, cuya declaración o informe sea estimado pertinente, el Juez o Tribunal que haya de entender la causa, en el mismo auto en el que declare la pertinencia de la prueba propuesta, deberá facilitar el nombre y los apellidos de los testigos y peritos, respetando las restantes garantías reconocidas a los mismos en esta Ley.»

En suma, lo único que no cabe mantener durante las sesiones del juicio oral es el anonimato del testigo o perito, siempre que cualquiera de las partes solicitase motivadamente en su escrito de calificación provisional que se desvele la identidad de los mismos; en tal caso, será preceptivo facilitar solamente el nombre y apellidos de los mismos, pero ningún dato más (profesión, domicilio, edad, etc.). Por supuesto que el testigo o perito protegido podrá comparecer utilizando cualquier artificio que impida su identificación visual.

Para reforzar las garantías procesales previene el párrafo siguiente del art. 4 que, en el caso de que las partes hayan solicitado conocer la identidad de los testigos y peritos que hayan de comparecer en el acto del juicio oral «el plazo para la recusación de peritos a que se refiere el art. 662 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se computará a partir del momento en que se notifique a las partes la identidad de los mismos», añadiendo a continuación que «en los cinco días siguientes a la notificación a las partes de la identidad de los testigos, cualquiera de ellas podrá proponer nueva prueba tendente a acreditar alguna circunstancia que pueda influir

en el valor probatorio de su testimonio»; y continúa el precepto señalado que «de igual forma las partes podrán hacer uso del derecho previsto en el apartado anterior, a la vista de las pruebas solicitadas por las otras partes y admitidas por el órgano judicial, en el plazo previsto para la interposición del recurso de reforma y apelación».

En suma, lo que la Ley pretende es que las partes puedan recusar a los peritos o suscitar cuestión sobre la credibilidad de los testigos que permanecieron anteriormente en el anonimato.

Permítasenos ahora una observación: la Ley está dando por supuesto que las partes habrán de proponer los testigos y peritos de que intenten valerse precisamente en su escrito de calificación provisional. Esto es válido en el procedimiento ordinario (art. 728 L. Crim.), pero no en el procedimiento abreviado, en el cual cabe la proposición de nueva prueba hasta el momento del inicio de las sesiones del juicio oral (art. 793-2 L. Crim.). Si sucediese esto último habría que aplicar por analogía las disposiciones contenidas en los párrafos tercero y cuarto del art. 4 para evitar indefensión, lo cual, obviamente puede conducir a un aplazamiento de las sesiones del juicio oral.

Finalmente dispone el párrafo quinto del art. 4 que:

«Las declaraciones o informes de los testigos y peritos que hayan sido objeto de protección en aplicación de esta ley durante la fase de instrucción, solamente podrán tener valor de prueba, a efectos de sentencia, si son ratificados en el acto del juicio oral en la forma prescrita en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por quien los prestó. Si se consideraran de imposible reproducción a efectos del art. 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, habrán de ser ratificados mediante lectura literal a fin de que puedan ser sometidos a contradicción por las partes.»

Nos encontramos, sin género alguno de duda, ante el precepto que puede resultar más polémico de la Ley.

La primera cuestión que se suscita es si se ajusta al art. 24 de la Constitución Española (prohibición de indefensión; derecho a un juicio con todas las garantías) la posibilidad —admitida por la Ley— de que un testigo o perito declare en el juicio oral conociéndose exclusivamente su identidad y haciéndolo de tal modo que resulte impedida su identificación visual por las partes.

A nuestro juicio esta situación es perfectamente compatible con el régimen de garantías previsto por el texto constitucional. En efecto, tégase en cuenta que:

1. La filiación completa y las circunstancias personales del testigo o perito habrán de ser conocidas por el Juez o Tribunal sentenciador, ante el cual el testigo o perito deberán identificarse, con las

- prevenciones necesarias para que las partes sólo conozcan sus nombres y apellidos.
2. Cualquiera de las partes, acusación y defensa, pueden solicitar y es preceptivo facilitar el nombre y apellidos del testigo o perito compareciente.
 3. El testigo o perito debe comparecer ante el Tribunal y declarar ante éste y las partes.
 4. Las partes pueden interrogar o contrainterrogar.
 5. Las partes pueden proponer prueba acerca de la credibilidad que merezca el testigo.
 6. Las partes están facultadas también para intentar la tacha del perito.

Se trata, en definitiva, de un testigo o perito oculto pero no anónimo, que es oído por el Tribunal y sometido a interrogatorio contradictorio.

Recuérdese que, con arreglo a la doctrina del Tribunal Constitucional citada anteriormente, sólo el total anonimato y la imposibilidad de contradicción viciarían de anticonstitucionalidad la prueba así obtenida.

La Ley es, pues, respetuosa con los principios de oralidad, publicidad, intermediación y contradicción que rigen el juicio oral. La única limitación de facilitar sólo el nombre y apellidos del testigo o perito y permitir a éste que no se identifique visualmente, son restricciones razonables, amparadas por el principio de ponderación de bienes en conflicto, en unas causas en que el testigo o perito puede correr un grave riesgo.

Por similares razones, tampoco sería anticonstitucional que el Juez o Tribunal no facilitase la identidad de los testigos y peritos propuestos y admitidos cuando ello fuese debido a no haber mediado solicitud en tal sentido de las partes en sus escritos de calificación provisional. Lo que la Ley debe ofrecer —y ofrece— a las partes es la posibilidad de conocer la identidad de los comparecientes; si aquellas, por las razones que fuesen, no hacen uso de tal derecho, no podrán invocar luego indefensión, ya que ésta traería causa en su propia incuria.

Mucho más problemático es el párrafo último del apartado 5 del art. 4 de la Ley, en cuanto permite utilizar como prueba valorable por el Tribunal el testimonio o el informe rendido por testigo o perito anónimo en la fase de sumario que, por imposibilidad, no puede ser ratificado por su autor en el juicio oral, bastando a tal efecto su lectura literal en las sesiones del juicio.

La posibilidad de que se proceda a la lectura, a instancia de cualquiera de las partes, de las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral, está expresamente admitida en el art. 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Obsérvese, sin embargo, que los términos del art. 4-5 de la nueva Ley son mucho más estrictos que los del art. 730. Mientras este último se contenta con que las pruebas sumariales «no sean reproducibles por causas independientes de la voluntad de las partes», en el art. 4-5 se exige para admitir este modo excepcional de prueba que las declaraciones de los testigos o peritos sumarialmente anónimos sean de «imposible reproducción» en el juicio oral.

Por lo tanto, la primera y fundamental premisa de la que hay que partir para que pueda entrar en juego el párrafo último del art. 4 es que se trata de una imposibilidad absoluta (muerte, ignorado paradero, etc.); de tal modo que si la imposibilidad fuese relativa (inconveniente no insuperable), no será válida la reproducción por lectura. Y, aún así, habría que distinguir dos supuestos de hecho diferentes:

1. *Testigo o perito anónimo en fase sumarial que no comparece en el juicio oral por imposibilidad absoluta, pero del cual las partes conocen (o pueden conocer) su identidad por haberlo solicitado, y pudo ser interrogado en el sumario por la parte a quien perjudique.*

En tal caso cabe sostener, por ciertas reservas, la validez de la prueba (lectura en el juicio oral) por las siguientes razones:

- a) No existiría ya en el juicio oral un testigo o perito anónimo, sino incompareciente.
- b) La parte a quien perjudique tiene la posibilidad de tachar al perito, tan pronto le sea facilitada su identidad, y la de proponer prueba tendente a someter a contención la credibilidad del testigo.
- c) Se respeta mínimamente el contradictorio, al haber podido interrogar al testigo o al perito durante la instrucción preliminar.

Con todo, no puede pasarse por alto el hecho de que el anonimato del testigo o perito en la fase sumarial pudo suponer una limitación al derecho de la defensa, al privar a ésta de la posibilidad de formular preguntas solamente imaginables una vez desvelada su identidad.

Por ello la prueba en estas circunstancias debe ser valorada con harta cautela por el Tribunal sentenciador; así, dicha prueba nunca debiera determinar una condena por sí sola y solamente sería admisible su toma en consideración dentro de un conjunto de pruebas o indicios que apuntasen en la misma dirección.

2. *Mismo caso que el anterior, con la diferencia de que el perito o testigo anónimo no pudo ser interrogado en la fase sumarial por la parte a quien perjudique.*

En este supuesto somos de la opinión de que no cabría la lectura literal del testimonio o peritaje para otorgar el valor de prueba, ya que faltaría el mínimo de contradictorio y se colocaría a la defensa en clara desventaja, violando el derecho a un proceso con todas las garantías.

Téngase en cuenta que si ya la Ley establece un régimen excepcional, tal excepcionalidad dentro de lo excepcional debe ser interpretada con carácter restrictivo.

Recapitulación final

La promulgación de una Ley de Protección de Testigos y Peritos en causas criminales era necesaria por tres razones:

- 1.º Porque no cabe exigir comportamientos heroicos a los ciudadanos.
- 2.º Porque la sociedad no puede quedar indefensa frente a las manifestaciones más graves de la delincuencia, y
- 3.º Porque era preciso fijar nítidamente la frontera entre lo permitido y lo prohibido en materia de garantías cívicas y del justiciable.

La nueva Ley carece de precedentes en el Ordenamiento Jurídico de nuestro país. Se trata, por lo tanto, de un punto de partida, no de una meta definitiva. La experiencia y la praxis diaria aconsejarán retoques para ajustar el mecanismo jurídico a la realidad de la vida y a los dictados tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La Ley objeto de comentario pretende armonizar los derechos en conflicto, pero en todo caso es preciso tener bien presente que se trata de una normativa excepcional, que sólo debe entrar en juego tras una seria ponderación de los bienes jurídicos enfrentados. Una vez más cobra vida la frase de Carnelutti: «Conciliar lo inconciliable; esa es la gran tragedia del Derecho.»

La Ley recién nacida evidentemente no es una panacea, pero sí un paso hacia delante. No es el bálsamo de Fierabrás para los testigos y peritos inquietados por la sencilla razón de que la máxima protección que cabría brindarles, el anonimato, habrá de romperse en el juicio oral si cualquiera de las partes lo solicita; lo cual suscitará justificadas reticencias en aquellos que potencialmente estarían dispuestos a brindar su colaboración a la Administración de Justicia. Pero justo es reconocer que supone un progreso, en la medida en que, si bien la protección que se acaba de señalar no puede ser garantizada al testigo o perito renuente, no lo es me-

nos que, con el nuevo instrumento legal, podrá gozar de una serie de medidas protectoras hasta ahora desconocidas.

Quedan extramuros de la Ley materias tan importantes como son el Estatuto Jurídico del «agente infiltrado», del «arrepentido» y de la protección y asistencia a la víctima del delito, temas necesitados de una pronta regulación¹⁶.

Y para concluir, formulemos un deseo: que la nueva Ley, el buen criterio de los Jueces y la valentía cívica se aúnen para hacer frente a las formas más graves de aparición de la delincuencia.

¹⁶ PALACIO SÁNCHEZ-IZQUIERDO, JOSÉ RICARDO. «La asistencia a las víctimas del delito en Vizcaya». *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. n.º 6, 1992, pp. 153 y ss.

RESPUESTAS DEL SISTEMA FINANCIERO CONTRA EL BLANQUEO DE CAPITALES¹

Begoña San Martín Larrinoa

Introducción

El narcotráfico, actividad delictiva sustentada, junto con otras no menos graves como el tráfico de armas o el terrorismo, en el fenómeno de la delincuencia organizada, ha venido siendo objeto de muy diversas iniciativas que pretenden luchar contra sus devastadores efectos: la degradación y muerte de jóvenes, la corrupción de estamentos públicos y privados e incluso la puesta en peligro de gobiernos y sistemas económicos.

Pues bien, tales actividades delictivas y, en particular, el narcotráfico, se apoyan en una tupida y complicada red económica que tejen a su entorno y cuya desarticulación ha de constituir el objetivo prioritario si se quiere luchar de una manera eficaz contra tales organizaciones hasta lograr su destrucción. La red económica de la que hablamos se construye a partir del fenómeno que se ha venido en denominar blanqueo o lavado de dinero. Por tal podemos entender, de una manera sintética, cualquier procedimiento que permita la introducción de fondos de procedencia ilegal en el circuito monetario oficial, permaneciendo oculto el origen ilícito de éstos.

Como cabe deducir de lo escuetamente afirmado sobre el blanqueo de dinero, las actividades que dan lugar al mismo pueden adoptar formas múltiples y cambiantes, en una metamorfosis que varía en función de las épocas, de las normativas que atacan su constitución y de la política de las autoridades que lo persiguen, ya que, obviamente, el objetivo de los delincuentes es evadirse de tal persecución, continuando e incrementando sus actividades ilegales y los pingües rendimientos de las mismas.

¹ Comunicación presentada a las Jornadas «Drogas, Desarrollo y Estado de Derecho», Bilbao, octubre 1994.

En razón a la vertiginosa variabilidad del fenómeno del blanqueo de dinero, resulta difícil para los redactores de las normas que luchan contra el mismo adoptar definiciones que sean, por una parte, lo bastante precisas como para responder a las exigencias del Derecho Penal y, por otro lado, lo suficientemente generales como para adaptarse a la cambiante realidad que constituye su esencia. Sin embargo, siendo conscientes de tales dificultades, nos parece fundamental describir de forma breve algunos de los eslabones de esa cadena fraudulenta que da lugar al blanqueo de dinero, esto es, a la entrada en el flujo económico legal de fondos procedentes de actividades delictivas, en este caso del narcotráfico, con ocultamiento de su origen.

Así, en primer lugar, hemos de hablar de la remesa de fondos ilegales al circuito monetario financiero, con el lógico fraccionamiento de las sumas depositadas, que generalmente lo son en efectivo: ésta es su característica principal. Es el dinero de la calle, grandes y voluminosas sumas creadas por billetes pequeños, que se desean convertir en instrumentos monetarios más negociables o bien en haberes que disimulen el origen ilícito. Tal fraccionamiento en la introducción del efectivo tiene como objetivo prioritario evitar los trámites de identificación bancaria que se llevan a cabo en operaciones de cierta importancia.

Una vez introducidos los fondos en el sistema financiero, se produce lo que se ha venido en denominar transformación, que consiste en separar los rendimientos económicos ilícitos de su raíz, mediante la creación de un complejo mecanismo de transacciones financieras que garanticen la desaparición de cualquier vestigio que relacione el dinero con su origen y, en consecuencia, asegure el anonimato de sus verdaderos propietarios.

Dentro de esta descripción sintética del procedimiento de blanqueo, diremos que, finalmente, se lleva a cabo la etapa de integración, esto es, de reintroducción en el circuito legal y bajo una apariencia legítima de los fondos de origen ilícito.

Como es obvio, las técnicas de blanqueo de dinero afectan, de una manera fundamental, a las entidades de crédito y demás instituciones financieras, que son utilizadas por los delincuentes para tal fin, comprometiendo así, de una manera grave, la solidez y estabilidad de la institución o establecimiento afectado y la fiabilidad del sistema financiero en general que pierde, de este modo, la confianza del público, una confianza que, de todos es conocido, resulta esencial para el desarrollo de sus actividades.

Sin embargo, los sujetos que hemos mencionado: entidades de crédito y demás instituciones financieras, no son los únicos que pueden verse afectados por tales actividades fraudulentas que dan lugar al blanqueo de

dinero, sino que hay otros ámbitos y profesiones que también pueden estarlo. Así podemos mencionar: los casinos y casas de juego, los notarios, abogados, agentes inmobiliarios, tasadores de subastas, comerciantes que operan en el comercio de obras de arte, metales preciosos, etc.

Presentado ya el fenómeno criminal más preocupante de nuestros días: la delincuencia organizada y, en especial, la que se dirige al narcotráfico, sus tupidas redes económicas que la alimentan y sostienen y la actividad del blanqueo de dinero fundamental para las mismas, en la cual pueden verse implicados diversos agentes económicos, dirigimos nuestro estudio hacia el examen de los instrumentos normativos de diversa índole que han surgido a partir de los años ochenta para evitar el lavado de dinero y, en especial, para prevenir la utilización del sistema financiero para tal actividad. Una regulación primordial para entender cómo los intermediarios financieros están modificando sus más esenciales principios de secreto bancario a ultranza y de no ingerencia en las actividades de sus clientes, para pasar a una inevitable actitud colaboradora con las autoridades, si no se quiere caer en el favorecimiento de la delincuencia organizada y más precisamente del narcotráfico, poner en peligro la confianza del público en sus instituciones y entidades y la estabilidad del sistema financiero en su totalidad.

Instrumentos normativos en presencia

Los instrumentos normativos que serán objeto de nuestro estudio tienen muy variados orígenes y tratan el fenómeno del blanqueo con métodos de diversa índole.

Así, el origen de aquéllos puede estar en un ámbito internacional, nacional o profesional, mientras que sus métodos pueden ser de naturaleza penal, administrativa o incluso de autorregulación ético-profesional.

El ámbito internacional es el que más ha destacado por su producción normativa en contra del blanqueo de dinero y a favor de la prevención de la utilización del sistema financiero para tal fin, pues no debemos olvidar que esta actividad de blanqueo de capitales se efectúa, sobre todo, en un contexto internacional que por su extensión y variabilidad permite encubrir más fácilmente el origen delictivo de los fondos.

En un orden cronológico, podemos mencionar los siguientes textos normativos con origen internacional:

- La Recomendación R (80) 10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa del 27 de junio de 1980, relativa a las medidas a adoptar contra la transferencia y ocultación de capitales de origen criminal.

- La Convención de Naciones Unidas, más conocida como Convención de Viena de 19 de diciembre de 1988, concerniente al tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.
- La Declaración de Principios sobre la prevención de la utilización del sistema bancario para el blanqueo de fondos de origen criminal, dictada en Basilea en diciembre de 1988 por el Comité de Reglas y Prácticas de Control de las operaciones bancarias, formado por los representantes de los bancos centrales y de las autoridades supervisoras de los países miembros del Grupo de los 10 y de Luxemburgo.
- El informe y las 40 recomendaciones hechas en París en febrero de 1990 por el denominado Grupo de Acción Financiera (GAFI), creado en 1989 por decisión de los jefes de Estado y de Gobierno de los 7 países más industrializados, junto con el presidente de la Comisión de las Comunidades Europeas. En tal Grupo participan no sólo tales sujetos originarios sino 8 Estados más entre los que se encuentra España.
- La Convención del Consejo de Europa relativa al blanqueo, al descubrimiento, al embargo y a la confiscación de los productos del delito, adoptada en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990.
- La Directiva 91/308 del 10 de junio, dictada por el Consejo de las Comunidades Europeas y que concierne a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales.

Este cuerpo normativo emanado de organismos internacionales y supranacionales, y su generación en tan corto período de tiempo (años 1988 a 1991 principalmente), evidencian, de una manera definitiva, la preocupación existente en tales ámbitos por el fenómeno del blanqueo o lavado de dinero.

Sin embargo, de la enumeración de textos normativos que hemos efectuado se desprende que, por una parte, éstos no afectan a todos los Estados del mundo y, por otro lado, que su fuerza jurídica es enormemente desigual. De entre ellos y por la trascendencia que respecto a nuestro país tiene, es de destacar la Directiva 91/308 de la Comunidad Económica Europea que ha sido transpuesta al ámbito normativo español a través de la Ley 19/1993 de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales. Igualmente destacan, en parecida labor de unificación internacional en la lucha contra el blanqueo, las Recomendaciones del GAFI que han sido dictadas con vocación de ser integradas en las leyes nacionales, no sólo de los países participantes, sino de otros terceros que se acojan a ellas espontáneamente.

De una manera sistemática, en cuanto a las características que presentan los textos normativos anteriormente citados, diremos, en primer lugar, que la Recomendación del Consejo de Europa de 1980, precursora de los demás textos internacionales en la materia de que tratamos, debe su existencia a la preocupación que se generó en muchos países por la creciente ola terrorista que producía importantes sumas de dinero en metálico, cuyo blanqueo resultaba imprescindible para los delincuentes.

A esta Recomendación le seguirían los demás instrumentos jurídicos que a finales de los años ochenta y principios de los noventa se promulgarían como armas para luchar contra el flujo económico procedente del tráfico ilícito de drogas. Así, la Convención de Viena contempla de una manera global el fenómeno, no limitándose a la lucha contra el blanqueo de dinero y a la privación, en definitiva, del producto económico del narcotráfico, sino dirigiéndose también a lograr de los Estados la represión penal del tráfico de drogas o de los actos de favorecimiento de éste.

Algo distinta fue la motivación de la Declaración de Principios del Comité de Basilea de 1988, afirmándose en el mismo que las autoridades de control bancario «no pueden permanecer indiferentes ante la utilización de los bancos por parte de los delincuentes», sino que han de fomentar el respeto de las reglas de deontología por las entidades bancarias y otras instituciones financieras. Para tal fin, llegan a la consecución de este acuerdo internacional donde se proclaman unos principios deontológicos que exhortan «a la dirección de los bancos a establecer procedimientos eficaces para asegurarse de conocer la identidad de toda persona que trate con su institución, para desanimar la realización de operaciones de apariencia ilegal y para conseguir la cooperación con las autoridades encargadas del cumplimiento de la ley».

Las Recomendaciones del GAFI o Grupo de Acción Financiera, de 1990, resultan de una combinación de la motivación represiva que anima la Convención de Viena y de la preventiva que está en el origen de la Declaración de Basilea. Así, tales Recomendaciones se dirigen a mejorar, fundamentalmente, los sistemas jurídicos nacionales de lucha contra el blanqueo de capitales, a reforzar el papel del sistema financiero en tal lucha y a impulsar la cooperación internacional en la misma.

Por su parte, la Convención del Consejo de Europa de 1990 se presenta con unas armas de índole represiva frente al lavado de dinero, combatiendo el blanqueo a través del imprescindible descubrimiento, embargo y confiscación de los productos delictivos. Se inserta, por tanto, en la búsqueda de una política penal común, para lo cual considera que un método moderno y eficaz de lucha contra la criminalidad grave es, precisamente, privar al delincuente de los rendimientos provenientes de tales delitos.

Por su parte, la Directiva comunitaria de 10 de junio de 1991 hunde sus raíces en las anteriores normativas y muy especialmente en algunas Recomendaciones del GAFI y considera que «el blanqueo de capitales tiene una influencia evidente sobre el desarrollo del crimen organizado en general y del tráfico de estupefacientes en particular», por lo que la creciente toma de conciencia de la necesidad de luchar contra el mismo, «constituye (según afirma) uno de los medios más eficaces de combatir este tipo de actividad delictiva, que representa una amenaza especial para las sociedades de los Estados miembros».

Además de propugnar de una manera prioritaria las medidas penales dentro de los Estados y la cooperación internacional, dedica su articulado a la fundamental prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales.

Como hemos visto, todos los textos internacionales señalados coinciden en expresar, de una manera o de otra, que la lucha contra el blanqueo ayuda a combatir la criminalidad organizada subyacente, que necesita de él para ser rentable.

Por otro lado, es afirmación generalizada en tales normativas y recomendaciones que el blanqueo se debe combatir porque el mismo despliega sus negativos efectos, tanto sobre el sistema financiero como sobre la economía, la sociedad y el Estado. Además, en razón a su naturaleza esencialmente internacional, la lucha contra el blanqueo precisa de una estrecha colaboración de esta índole, para cuya consecución es necesaria, de una manera ineludible, la armonización de las normas nacionales. Un objetivo que subyace en todos los textos internacionales de una u otra procedencia hasta aquí relacionados.

Sin embargo, no podemos dejar el examen de tales textos sin detenernos en algo fundamental y que constituye el objeto de nuestro trabajo: las medidas que se propugnan desde los mismos para evitar el lavado de dinero. Unas medidas a adoptar tanto por los Estados en sus normas internas como por parte de los operadores financieros y demás profesionales susceptibles de ser utilizados para el referido blanqueo de fondos. La adopción de las medidas a que nos vamos a referir por parte de tales operadores económicos no debe estar motivada tan sólo por el cumplimiento de normas imperativas emanadas de instrumentos jurídicos, sino que ha de ser fruto de unos principios de comportamiento basados en la ética y en la dignidad de la respectiva profesión o actividad financiera. Así, respecto a las medidas a adoptar, se propugnan las siguientes:

—La reducción y el control de las operaciones económicas llevadas a cabo en metálico.

Como destacábamos al principio de nuestra exposición, en el blanqueo de capitales existe una primera etapa de introducción en las arterias financieras legales de enormes cantidades de dinero en efectivo.

El grupo GAFI, a este respecto, destaca la importancia de poner trabas al blanqueo en su raíz, por medio de limitar el uso del dinero en metálico a través de técnicas modernas y seguras de gestión de fondos. Sin embargo, como tal uso no puede ser eliminado en su totalidad, se propugna el control que del mismo se haga. De este modo, se aboga por el establecimiento de un sistema por medio del cual los bancos y otras instituciones financieras de depósito declaren todas las transacciones nacionales e internacionales en efectivo, por encima de un cierto importe, a una agencia central, siendo accesible tal información para las autoridades competentes en la lucha contra el blanqueo de dinero y en el ámbito estricto de tal objetivo.

—Obligación de conocer bien a los clientes.

Se trata de una regla elemental para cualquier profesión expuesta al riesgo de ser utilizada para el blanqueo de dinero. Esta recomendación estuvo prevista desde los primeros instrumentos jurídicos internacionales que hemos examinado. Así, el Consejo de Europa en 1980 ya hablaba de comprobar la identidad de los que realizan operaciones bancarias, sobre todo, aperturas de cuentas, transacciones en metálico de cierta envergadura y alquiler de cajas de seguridad.

El GAFI, por su parte, extiende la obligación de verificar la identidad a los poseedores de derechos económicos por cuenta de los cuales pueden actuar los clientes de las entidades financieras.

—Examen detenido de cualquier operación que se salga de lo común y que no tenga una causa económica lícita aparente, en especial las transacciones con países que no apliquen debidamente las recomendaciones del GAFI.

—Cooperación con las autoridades.

Esta es otra obligación esencial impuesta por los textos normativos internacionales hasta aquí examinados. La asunción de esta obligación por parte de las entidades financieras tiene un efecto preventivo en la medida en la que muchos delincuentes pueden verse disuadidos de acudir a las mismas para intentar el blanqueo, debido al riesgo de denuncia y sirve, por otro lado, para la detección y represión de tales actividades. Esta doble utilidad ya se desprendía de la Recomendación del Consejo de Europa de 1980.

La cooperación mencionada conlleva en sí un estrechamiento del ámbito del secreto bancario que, lógicamente, ha de levantarse para impedir que, tras el mismo, se oculten los rendimientos de los delitos.

Por otro lado, se establece que las instituciones financieras declaren rápidamente sus sospechas a las autoridades competentes sin alertar a sus clientes si piensan que los fondos que les entregan provienen de actividades delictivas. En contrapartida a esta colaboración, se exime a tales en-

tidades, a sus directivos y empleados de responsabilidad alguna resultante de una información efectuada de buena fe.

Para la consecución de tal colaboración, se insta a dichas instituciones a potenciar su auditoría interna, a asegurar la información y formación del personal en las normas y principios que luchan contra el blanqueo y a poner en marcha procedimientos específicos de archivo y conservación de documentos identificativos y de aquellos relacionados con las operaciones que efectúen.

Por otra parte, en las normas internacionales contempladas, se menciona como principio fundamental para evitar la utilización del sistema financiero para el blanqueo, la instauración de «una cultura de empresa» que haga fracasar cualquier tentación en pos de dicho blanqueo. Esta «cultura» es el resultado indudable de una formación apropiada y de una actitud de respeto a las leyes, a las reglas de deontología y a la ética profesional.

Sin embargo, las normativas hasta aquí descritas que obligan, sobre todo, a las instituciones financieras, tienen que completarse con la actuación de las autoridades que ejercen funciones supervisoras sobre las profesiones amenazadas por el blanqueo. A ellas incumbe velar para que dichos operadores respeten las reglas, tanto de índole normativa como deontológica, asegurar que disponen de medidas internas para evitar el blanqueo de capitales y ayudar a tales entidades y profesionales a detectar los comportamientos sospechosos y a formar a su personal.

Otra labor preventiva de particular importancia que concierne a las autoridades y organismos de vigilancia de las instituciones financieras consiste en evitar que los delincuentes o sus cómplices puedan tomar el control o una participación significativa en una institución de la citada índole.

Normativa española relacionada con la represión del blanqueo de dinero o prevención de la utilización del sistema financiero para dicho fin

Examinado el abanico normativo internacional que se ha dictado contra el blanqueo o lavado de dinero, dirigimos ahora nuestra atención hacia las regulaciones que en un plano interno se han puesto en vigor para reprimir, unas veces penalmente y otras desde el ámbito administrativo, tal blanqueo de fondos. En este contexto, es de destacar, igualmente, la adopción de una autorregulación, a modo de código de conducta, que inspirada en los textos internacionales han dictado en nuestro país la Asociación de Banca Española y la de Cajas de Ahorro.

En la lucha contra el blanqueo de dinero y en cuanto al ámbito penal, la adaptación a las obligaciones asumidas internacionalmente por España comenzó con la Ley Orgánica 1/88 de 24 de marzo que dio lugar al artículo 546 bis f) del Código Penal, donde se contempla una modalidad específica de receptación en relación con los artículos 344 a 344 bis b) referidos a los delitos contra la salud pública.

Por su parte, la Ley Orgánica 8/92 de 23 de diciembre asumió, casi literalmente, los tipos delictivos insertos en la Convención de Viena de 1988, con lo que completó la descripción que en nuestro derecho punitivo se hacía del blanqueo de dinero, introduciendo los artículos 344 bis h) y 344 bis i) extendiéndose el primero a formas de comisión del blanqueo tanto dolorosas como culposas por negligencia o ignorancia inexcusables, figura ésta que podría ser aplicable a aquellos intermediarios económicos que, bajo tales premisas, realizasen actos de participación en actividades de conversión o transferencia de bienes que tuvieran por objeto ocultar o encubrir el origen ilícito de éstos.

Finalmente, la Ley 19/93 de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, ha transpuesto la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas de 10 de junio de 1991 y, de acuerdo con lo previsto en su artículo 1, extiende el ámbito de aplicación no sólo al blanqueo relacionado con el tráfico de estupefacientes, drogas tóxicas o sustancias sicotrópicas, sino también al relativo a las actividades terroristas y a la delincuencia organizada. Esta ampliación del ámbito objetivo conlleva la necesidad de armonizar, coherentemente, nuestro Código Penal, tipificando la actividad del blanqueo de bienes que tengan un origen delictivo más general que el propio tráfico de estupefacientes.

En cuanto a las obligaciones administrativas contenidas dentro de la Ley 19/93 de 28 de diciembre sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, diremos que las mismas están dirigidas, primordialmente, a las personas y entidades que integran el sistema financiero, aunque en la citada Ley se prevea un ámbito subjetivo aún más amplio. Las principales obligaciones que se imponen a sus destinatarios son las de información y colaboración con las autoridades, concretadas en:

- La identificación de la clientela y de las personas por cuya cuenta actúa ésta.
- El examen, con particular atención y con independencia de su cuantía, de toda operación que pueda estar particularmente vinculada con el blanqueo de capitales.
- La conservación, durante un período mínimo de cinco años, de los documentos acreditativos de la identidad de los sujetos y de la realización de las operaciones.

- La colaboración con el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias. Dicha colaboración abarca los siguientes aspectos: la comunicación por iniciativa propia de cualquier hecho u operación respecto al que exista indicio o certeza de que está relacionado con el blanqueo de dinero y la entrega de aquella información que el Servicio Ejecutivo requiera. Estas comunicaciones efectuadas de buena fe no constituirán, según indica la Ley, violación de las restricciones que sobre revelación de información pudieran haberse impuesto por vía contractual o por cualquier disposición legal o reglamentaria y no implicarán para los sujetos obligados a facilitar tal información, sus directivos o empleados, ningún tipo de responsabilidad.
- Abstenerse de ejecutar cualquier operación sospechosa sin haber efectuado, previamente, la comunicación a dicho Servicio Ejecutivo.
- No revelar al cliente ni a terceros que se han transmitido las referidas informaciones o que se está examinando, a estos efectos, alguna operación.
- Establecer procedimientos y órganos adecuados de control interno y de comunicación, a fin de prevenir la realización de operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales.
- Adoptar las medidas oportunas para que los empleados de las entidades conozcan las exigencias de la Ley de que tratamos y establecer planes de formación y cursos dirigidos a capacitarles para detectar las operaciones conectadas con el blanqueo de dinero y los procedimientos a seguir en tales casos.

El incumplimiento de estas obligaciones de ámbito administrativo puede conllevar la correspondiente sanción de tal índole, unas sanciones que, por otro lado y según la directiva 91/308, se dejan a la concreción de cada Estado miembro. En nuestra Ley oscilan entre la amonestación privada o pública y multas para las entidades implicadas de importes que pueden alcanzar, entre un millón de pesetas, porcentajes del 5% de los recursos propios de la entidad, del duplo del contenido económico de la operación, o bien de una cuantía de 250 millones de pesetas. Estas sanciones, sin perjuicio de las también previstas en la Ley respecto a quienes ejerzan cargos de administración o dirección en la entidad y sean responsables de las actuaciones infractoras a título de dolo o culpa.

Por otro lado, resulta fundamental destacar de esta normativa su Disposición Adicional Primera, que señala que «aun cuando no lo exijan las correspondientes leyes o reglamentos locales, las entidades españolas sujetas a la presente Ley velarán para que sus sucursales y filiales en el ex-

tranjero tengan establecidos procedimientos internos para prevenir e impedir la realización de operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales», afirmando que cuando las leyes o reglamentos locales impidan o hagan ineficaces tales procedimientos, las entidades financieras lo comunicarán al Servicio Ejecutivo quien, a su vez, lo transmitirá a la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales para que adopte lo que considere conveniente a estos efectos.

Por último y dentro de la normativa establecida en nuestro país, esta vez con carácter de código de actuación y de ética profesional, hemos de mencionar las normas adoptadas en julio de 1990 para la prevención del blanqueo de dinero de origen criminal, por la propia banca privada, integrada por la Asociación Española de tal Banca Privada AEB y por las cajas de ahorro insertas en la Confederación Española de las mismas. Estas organizaciones, junto con el Banco de España, establecieron la forma de desarrollar la Declaración de Basilea mediante unas normas de actuación y de ética profesional de obligada observancia para las entidades de crédito y que son adicionales e independientes de cualquier otra obligación legal que exista. Tales normas contemplan la pormenorización de las clásicas obligaciones de identificación de clientes y cooperación con las autoridades encargadas del cumplimiento de las leyes, así como las derivadas de la observancia estricta de éstas, de los reglamentos que las desarrollen y de rigurosas reglas deontológicas que afecten a las transacciones financieras.

Finalmente, se reiteran las obligaciones de informar y formar a los empleados de las entidades de crédito y potenciar la auditoría interna de las instituciones, una auditoría que controle eficazmente el cumplimiento de las normas cuyo respeto se propugna.

Conclusiones

Como hemos podido apreciar, la lucha contra el blanqueo de dinero procedente de actividades delictivas como el narcotráfico ha iniciado su andadura por medio de instrumentos normativos internacionales que han tenido siempre, como objetivo prioritario, la unificación y coherencia de las legislaciones internas de los diferentes países. Una unificación que aún estamos lejos de conseguir y cuya carencia constituye el más firme apoyo para los que tratan de lavar los capitales de origen ilegal.

Pero la unificación de legislaciones es sólo una parte de ese cerco a construir en torno al fenómeno del lavado de dinero de origen criminal, el otro lo constituye la consecución de una estrecha cooperación internacional entre las autoridades judiciales y administrativas de los diferentes

países, ya que los delincuentes en su actividad de blanqueo precisan de tal escenario internacional.

Por último y en cuanto al papel preventivo de las instituciones financieras en este ámbito, hemos de hacer hincapié en que las mismas han de ser conscientes de la importancia de su labor, tanto en lo que corresponde a su colaboración en la lucha contra el blanqueo de dinero y en definitiva contra el crimen organizado, como en lo que se refiere a la tarea de preservar la solidez, estabilidad y buen nombre del sistema financiero en su totalidad y la confianza del público en el mismo, que puede tambalearse si tal actitud colaboradora no se lleva a cabo.

Ejercer adecuadamente esta tarea preventiva por parte de las instituciones financieras confiere un carácter éticamente justificable a su razón de ser y se muestra como una verdadera cuestión de identidad profesional.

Bibliografía

- ABA (1991): «Spotting and handling suspicious transactions», *ABA Journal*, January 1991, 26-28.
- BERNARD, F. (1990): «Les banques contre le blanchiment d'argent». *Eurepargne*, 49, 17-20.
- CABRILLAC, M. y BERNARD, T. (1990): «Banques et opérations de banque: Législation et réglementation», *Revue trimestrielle de Droit Comparé*, 43, 615-616.
- ESCRIBANO, M. (1987): «Análisis económico de la drogadicción» en el *Libro Blanco de las Drogodependencias en Euskadi: II Congreso Mundial Vasco*, Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 91-110.
- ESPÍN, C. (1991): «Desarrollo comunitario de normas tendentes a impedir la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 41, 203-206.
- ESPÍN, C. (1991): «Guía contra el blanqueo de dinero de la Federación de Banca de la Comunidad Europea», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 44, 1.174-1.176.
- GUILL, J. (1994): «Législation internationale et Luxembourgeoise sur le blanchiment d'argent» en *Droit bancaire et financier au Grand-Duché de Luxembourg*, Larcier, S.A., Bruxelles, 551-558.
- SÁNCHEZ, M.C. (1992): «Procedimiento urgente para limitar el uso de dinero y de títulos al portador en las transacciones con el fin de prevenir la utilización del sistema financiero para el blanqueo de fondos en Italia», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 45, 300-301.
- SÁNCHEZ-CALERO, J. (1990): «Diversas iniciativas en contra del "blanqueo de dinero" a través del sistema financiero», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 37, 201-203.
- SÁNCHEZ-CALERO, J. (1990): «Nuevas medidas en contra del blanqueo de dinero», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 39, 714-716.

SÁNCHEZ-CALERO, J. (1991): «Aprobada la propuesta de Directiva sobre el blanqueo de capitales», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 42, 500-503.

SÁNCHEZ-CALERO, J. (1991): «Francia: Nueva Ley en materia de blanqueo de capitales», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 43, 886-888.

SÁNCHEZ-CALERO, J. (1992): «Nuevas iniciativas para la prevención del “blanqueo” de dinero a través del sistema financiero», 45, 294-295.

Estudios de Deusto



Universidad de
Deusto

