

# Estudios de Deusto

Vol. 45/1 Enero-Junio 1997

## Sumario

**Principios para un  
adecuado Estatuto  
del Consumidor.**

**La Construcción de ese  
estatuto en Europa**

R. de Angel Yágüez

**Diálogo de éticas:  
entre la ética del  
discurso (Apel) y la ética  
de la liberación (Dussel)**

C. Beorlegui

**Pensar esencial y lengua.  
Heráclito y Heidegger**

J. Iturriaga

**Careo de testigos y  
procesados:  
su valor probatorio**

M.B. San Martín Larrinoa

**Costes legales y  
honorarios de abogados  
en el proceso civil**

G. Vadillo Robredo

**Eficacia y efectividad del  
Derecho**

M.M.<sup>a</sup> Zorrilla

Universidad de  
Deusto

.....



# Estudios de Deusto



# Estudios de Deusto

Revista de la Universidad de Deusto

**Segunda época. Vol. 45/1**  
**Desde su fundación vol. 58**  
**(Fasc. 98)**  
**Enero-Junio 1997**

Bilbao  
Universidad de Deusto  
1997

**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) 413 90 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 .....	4.000 ptas
Extranjero .....	50 \$
Número suelto.....	2.200 ptas

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

Publicación impresa en papel ecológico

© Universidad de Deusto  
Apartado 1 - 48080 Bilbao

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

Impreso en España/Printed in Spain

Fotocomposición: IPAR, S. Coop. - Bilbao

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

## Sumario

---

### Estudios

R. DE ANGEL YAGÜEZ, <i>Principios para un adecuado Estatuto del Consumidor. La construcción de ese estatuto en Europa</i>	11
C. BEORLEGUI, <i>Diálogo de éticas: entre la ética del discurso (Apel) y la ética de la liberación (Dussel)</i>	67
J. ITURRIAGA, <i>Pensar esencial y lengua. Heráclito y Heidegger</i>	97
M.B. SAN MARTÍN LARRINOVA, <i>Careo de testigos y procesados: su valor probatorio</i>	115
G. VADILLO ROBREDO, <i>Costes legales y honorarios de abogados en el proceso civil. Observaciones sobre la situación en los Estados Unidos y en Europa</i>	141
M.M. ZORRILLA RUIZ, <i>Eficacia y efectividad del Derecho</i>	173

---





# ESTUDIOS



# PRINCIPIOS PARA UN ADECUADO ESTATUTO DEL CONSUMIDOR. LA CONSTRUCCION DE ESE ESTATUTO EN EUROPA<sup>1</sup>

Ricardo de Angel Yáguez

Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Deusto (Bilbao, España)

*Sumario:* I. Introducción: propósito, contenido y estructura de la presente aportación. II. La posición del consumidor y el ejercicio de sus derechos. 1. Las circunstancias que caracterizan la figura del consumidor. Su tradicional «resignación» y el fenómeno actual conocido como «la fiebre de las demandas». El difícil equilibrio entre la salvaguarda del consumidor y la racionalidad jurídica y económica. 2. El ejercicio de los derechos por parte del consumidor. Limitaciones que pesan sobre la reclamación judicial. Una experiencia norteamericana: las «class actions». III. Algunos de los principales problemas técnico-jurídicos que plantea la protección del consumidor. IV. Las formas en que se ha articulado en Europa el «sistema» jurídico de protección del consumidor. V. La Ley (española) general para la defensa de los consumidores y usuarios, de 19 de julio de 1984. 1. Campo de aplicación de la Ley. 2. Régimen de responsabilidad por productos o servicios. 3. Las vías de indemnización. 4. Responsabilidad solidaria. 5. El seguro obligatorio. VI. La Directiva europea sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y la Ley española sobre la misma materia. 1. La Directiva de las Comunidades Europeas. 2. La Ley española de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos. VII. El proyecto de Ley español sobre condiciones generales de la contratación. Régimen (añadido) de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. 1. Introducción: justificación del proyecto y aspectos de técnica legislativa. 2. Consideraciones previas sobre el contenido de la Ley proyectada. 3. Régimen de las condiciones generales de la contratación. 3.1. Rasgos generales. 3.2. Concepto de condiciones generales de la contratación. 3.3. Ambito territorial de la Ley. 3.4. Contratos excluidos. 3.5. Requisitos de incorporación y cláusulas

---

<sup>1</sup> El texto que se reproduce a continuación es la versión reducida de la ponencia preparada por el autor para su exposición en el III Encuentro Internacional de responsabilidad y seguros, a celebrar en Medellín (Colombia) los días 12 y 13 de noviembre de 1997.

no incorporadas. 3.6. Reglas de interpretación. 3.7. Nulidad de las condiciones generales. La propia de las abusivas. 4. El Registro de Condiciones Generales de la Contratación. 5. Acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa de condiciones generales. 6. La disposición adicional primera de la Ley. 6.1. La nueva redacción del artículo 10 de la LCU. 6.2. Introducción de un nuevo artículo 10 bis y de una disposición adicional primera en la LCU (régimen específico de las cláusulas abusivas).

## **I. Introducción: propósito, contenido y estructura de la presente aportación**

1. Me tomo la libertad de refundir en una única exposición los dos temas que me han sido propuestos en este Encuentro.

Lo hago así porque creo que el régimen general de protección legal del consumidor alcanzado hoy en Europa (por tanto, no me refiero sólo a productos) constituye un «sistema» (en el sentido científico de esta palabra) que podría considerarse modélico o ejemplar para cualquier ordenamiento jurídico. Me refiero, desde luego, al de un país con un nivel medio de rentas (en definitiva, un nivel medio de vida) que pueda calificarse de elevado o avanzado. Es decir, podría entenderse que ese régimen europeo contiene un conjunto de «bases» ajustadas a una «adecuada» protección del consumidor, tal y como reza la segunda ponencia que se me ha atribuido.

De este modo, como decía, no parece inoportuno que me haya inclinado a reunir en un único trabajo las dos ponencias que se me han asignado en este Encuentro, porque entiendo que existe entre ellas una evidente vinculación.

Pero debo explicar por qué me refería antes a países en que el nivel de vida puede calificarse de alto, en el sentido que convencionalmente atribuimos a este adjetivo.

Lo he puntualizado porque considero que es un error creer que los instrumentos jurídicos —en general, en cualquier materia— son «trasplantables» de un país a otro. Estimo, por el contrario, que deben tenerse siempre presentes los presupuestos económicos o de desarrollo de cada sociedad. Cuando una masa considerable de la población tiene por aspiración la de «consumir» (sean productos o servicios) de los que llamamos «de primera necesidad», puede resultar irónico o incluso hipócrita hablar de «tutela del consumidor». Habría sido, por ejemplo, el caso de la Europa de la postguerra, y en concreto el de la España de su postguerra civil. No es casualidad, ciertamente, que la inquietud doctri-

nal en materia de consumo se manifestara en los años setenta (estando ya Europa en situación de razonable bienestar medio), y en España incluso más tarde.

Considero que hay que tener presentes incluso datos de orden sociológico, como es el que en algún lugar he llamado «conciencia de consumidor»; es decir, una generalizada convicción del ciudadano de que se encuentra en situación de injusta inferioridad respecto a las grandes empresas (o cadenas de empresas) fabricantes de productos o dispensadoras de servicios de amplia utilización.

Por eso, me parece que es justificado el consejo de actuar, en esta materia, con prudencia y con una buena dosis de realismo. Por ejemplo, estimo que una brusca y radical introducción de criterios de responsabilidad objetiva (por citar uno de los instrumentos jurídicos más característicos en este terreno) podría causar efectos contraproducentes desde el punto de vista de la promoción del desarrollo técnico y económico y en el plano de lo que podríamos considerar una «razonable litigiosidad»<sup>2</sup>.

2. Debo advertir también que, en general, tomo como referencia para este trabajo el Derecho español.

Lo hago por un motivo fácil de explicar. Es porque nuestro ordenamiento jurídico ha dado (o está terminando de dar) los pasos necesarios para acomodarse al «modelo europeo». En primer lugar, porque su legislación que llamaríamos «privativa» ha sentado los principios de una protección del consumidor merecedora de la consideración de adecuada, proporcionada o, dicho de otro modo, «justa»<sup>3</sup>. En segundo término, porque la pertenencia de España, desde 1986, a la hoy denominada Unión Europea nos ha introducido de lleno en el marco del llamado «Derecho comunitario». Esto se traduce en la eficacia directa de los abundantísimos Reglamentos de la Unión en materia de consumo y en la necesidad de adaptar nuestro ordenamiento a las importantes Directivas —siempre dentro de nuestro objeto— que manan de los órganos de la Comunidad. Más adelante tendremos oportunidad de comprobarlo y documentarlo. Pero lo que quiero decir es, en suma, que hoy España representa, también en la cuestión que nos ocupa, un ejemplo de lo que cabalmente podemos considerar «el Derecho europeo». Más aún, en

---

<sup>2</sup> Uso estas últimas palabras como expresión de un grado o nivel, también aceptable o tolerable, de «conflictividad» entre empresas y ciudadanos consumidores.

<sup>3</sup> En la medida en que pueda utilizarse esta expresión («justa») en un ámbito, como es el consumo, que cada día plantea nuevos problemas y suscita nuevas demandas por parte de una sociedad abocada a ser más consumidora; y de serlo, por otro lado, de bienes y servicios cada vez más sofisticados y de alguna manera más peligrosos.

ciertos aspectos el Derecho español ha ido más lejos que las normas comunitarias: es un ejemplo el caso de nuestra Ley general para la defensa de consumidores y usuarios, de 1984, que hace llegar su protección no sólo a los daños causados por productos defectuosos, sino también a los derivados de *servicios defectuosos*.

3. Me refiero ahora al contenido del trabajo que apporto en este Encuentro.

En primer lugar, formulo unas consideraciones previas, o de análisis general, sobre el fenómeno que está en la raíz de la materia que nos ocupa. Es decir, en torno a la aparición y desarrollo entre los juristas de un clima de inquietud por dotar al consumidor de armas jurídicas bastantes para ponerle a cubierto de la situación de inferioridad en que normalmente se encuentra frente a las empresas de producción y de servicios.

A continuación, me ocupo de la descripción de los problemas fundamentales que, desde el punto de vista técnico-jurídico, ha sido necesario afrontar y resolver para la articulación de un sistema eficaz y realista de tutela del consumidor.

A renglón seguido, hago una sucinta exposición de la forma en que se ha construido un conjunto normativo apto para ser calificado como «Derecho del consumo»<sup>4</sup>.

Luego dedico cierto detalle a las leyes más significativas en nuestro ámbito, con lo que quiere ser un proporcionado comentario de su contenido respectivo.

Por fin, incluyo en este trabajo una serie de apéndices en que se reproducen algunos de esos textos legales que estimo fundamentales en la materia. En alguna ocasión apporto lo que todavía son meros proyectos, algunos en curso de materialización o próxima traducción en leyes efectivas, e incluso otros hoy «estacionados» o suspendidos porque no se han resuelto todavía los considerables problemas de orden político-económico que las correspondientes iniciativas legislativas han planteado. Ejemplo de lo primero es el Proyecto de Ley español sobre condiciones generales de la contratación, que, a pesar de su nombre, no se va a limitar a lo que esa denominación sugiere, sino que va a llevar a cabo la transposición o incorporación al Derecho español de la Directiva del

---

<sup>4</sup> «Derecho del consumo» que, a mi juicio, no es una disciplina jurídica autónoma, sino sólo un modo de hablar y de entendernos que únicamente representa una construcción útil desde el punto de vista de la política legislativa o desde una perspectiva académica. Sin perjuicio de que pueda constituir una especialización profesional, sobre todo dentro de la estructura de la Administración pública.

Consejo de la Unión Europea sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Y ejemplo de lo segundo es la propuesta de Directiva comunitaria sobre la responsabilidad del prestador de servicios: esa propuesta se halla hoy retirada, siquiera provisionalmente, por las considerables reservas que ha suscitado (se supone que no sin intervención de ciertos grupos de presión particularmente poderosos) la generalizada introducción —que la propuesta pretendía— de un principio de presunción de culpa del prestador de servicios y consecuente inversión de la carga de la prueba, carga que pasaría a este último.

## II. La posición del consumidor y el ejercicio de sus derechos

Dedico este capítulo a formular algunas consideraciones de carácter general sobre circunstancias que subyacen al fenómeno del consumo; sobre el todavía no muy lejano alumbramiento de las inquietudes de los juristas por la figura del consumidor (en definitiva, las inquietudes de este último) y en torno a lo que mi juicio constituye el problema todavía sin resolver debidamente, esto es, el del ejercicio por el consumidor de los derechos que las normas legales establecen en su favor<sup>5</sup>.

*1. Las circunstancias que caracterizan la figura del consumidor. Su tradicional «resignación» y el fenómeno actual conocido como «la fiebre de las demandas». El difícil equilibrio entre la salvaguarda del consumidor y la racionalidad jurídica y económica.*

Es frecuente hablar de los «derechos del consumidor». Sin embargo, aunque todos entendamos la expresión, creo que contemplar al consumidor desde la perspectiva de sus derechos no es del todo correcto. Se crea la impresión de que aquél ostenta unas prerrogativas especiales, como si se tratara de un titular de derechos de carácter privilegiado.

Estimo que ese punto de vista desorbita un tanto las cosas, pues bajo el prisma jurídico el consumidor no es sino una de las partes de un contrato, como cualquier otro. Lo que en cambio sí atribuye al consumidor una evidente peculiaridad es su *posición*, esto es, la situación en

---

<sup>5</sup> Reproduzco en parte, y con algunas actualizaciones, lo que sobre este punto escribí en DE ANGEL YÁGÜEZ, *La posición del consumidor y el ejercicio de sus derechos. Daños causados por productos defectuosos*, en «Estudios sobre el Derecho de consumo», 2.<sup>a</sup> edición, Bilbao, 1994, páginas 58-105.

que se encuentra en todas y cada una de las relaciones contractuales que permiten dar esa denominación (la de consumidor) a un determinado sujeto. Y esa posición, según creo, no deriva tanto de presupuestos jurídicos, sino de consideraciones de orden sociológico. Dicho de otro modo, la variada reglamentación jurídica de lo que concierne al fenómeno del consumo no es, quizá, un *prius* teórico, sino simple producto de la aplicación de las reglas de Derecho sobre unas determinadas hipótesis que la realidad económica suministra.

Vistas las cosas desde el ángulo de la contratación, lo que otorga una cierta personalidad o identidad a la figura del consumidor consiste, entre otras cosas, en lo siguiente:

En primer lugar, el consumidor merece este apelativo en cuanto es parte en numerosos contratos, que a veces celebra varias veces al día (desde luego, sin tener conciencia del significado jurídico de lo que hace), sobre todo para subvenir o atender intereses vitales que socialmente se juzgan inexcusables (o casi inexcusables) y que por ello merecen la consideración de «necesidades».

Por ello mismo, en segundo término, cuando pensamos en los contratos que concierne al consumidor se nos vienen abajo muchos de los cánones técnico-jurídicos clásicos; sobre todo, la idea de que el contrato es una expresión de la libertad humana y de que, por ello, no sólo se parte de la base de que todo el mundo es libre de contratar o no contratar, sino de la de que cuando uno contrata lo hace en términos de rigurosa igualdad respecto a la otra parte, de suerte que el acuerdo de voluntades es fruto de una negociación o discusión más o menos intensa.

Sin necesidad de acudir a formulaciones doctrinales que evidencian lo mucho que en la sociedad actual el contrato difiere de lo que filosóficamente entendemos como tal, basta reparar en la circunstancia de que hoy en día el ciudadano se ve sometido a una auténtica *obligación de contratar*.

Podría pensarse en teoría en la posibilidad de que una persona se resistiera a gozar de bienes de consumo: un individuo que escapa a la compra de ciertos productos alimenticios o a la asistencia sanitaria (o para no exagerar, a la adquisición de objetos de limpieza, aseo o diversión), o que se sustrae a la utilización de servicios como el agua o la luz de casa, o que se resiste con fiereza a la tentación de los electrodomésticos, los automóviles o los juguetes para sus hijos. Pero la vida se encarga de demostrar que eso es pura hipótesis. En todos estos casos podría pensarse que subsiste lo que en expresión muy afortunada llamó un autor francés «la opción fundamental de contratar o no contratar», entendiendo por tal la libertad de que en abstracto goza la persona para decidir si se somete o no a las condiciones que la otra parte (el vende-



dor de alimentos, el promotor al que se compra la vivienda, el suministrador de energía eléctrica, la empresa de transportes) le impondría si quisiera disfrutar los bienes que estos últimos están en condiciones de proporcionarle. Pero esto es también pura imaginación. Salvo que uno quiera resignarse a una vida de carencias (no pocas veces mal vista por la propia sociedad), la celebración de los contratos que nos convierten en *consumidores* ha pasado a ser un verdadero imperativo, de forma que incluso aquella «opción fundamental» ha quedado en el terreno de la especulación. Podría decirse, en una palabra, que respecto a una gran multitud de bienes o servicios ya no tiene el individuo ni siquiera libertad de contratar.

Otra circunstancia íntimamente vinculada a las que acabamos de exponer es la de que la figura del consumidor, desde el punto de vista jurídico, es la de quien por medio de un contrato accede a bienes o servicios que para él tienen un marcado carácter personal, pero que son dispensados en masa, esto es, en grandes cantidades, por empresas de cada día mayor volumen (como consecuencia del fenómeno de la concentración jurídica o de la simplemente económica); para las cuales, cada concreto consumidor no es sino un despersonalizado protagonista de operaciones económicas, no pocas veces identificado por un número clave o una simple referencia de ordenador.

Se une a todo lo anterior el hecho de que en la mayor parte de los casos los contratos *en que el comprador se ve inmerso* (bien puede utilizarse esta expresión) son de no muy grande importancia económica, o que aun teniéndola no se siente como tal (a causa de plazos, abonos, suscripciones, facturaciones muy frecuentes, etc.); lo que se traduce en una habitual displicencia del consumidor, no pocas veces desinterés, respecto de lo que la otra parte del contrato haga, no haga o disponga. Pensamos que el billete de tren, o la liquidación bancaria de intereses, o la póliza de nuestro seguro de riesgos del hogar, son cosas de arte menor, pequeñeces que no deben distraer nuestra agitada vida.

Es ya tópico aludir al escaso interés que prestamos a las llamadas *condiciones generales*, esto es, a las cláusulas que la empresa oferente de bienes o servicios suele incluir en sus contratos (a menudo ya impresos, con escasos espacios en blanco para identificar al cliente y poco más, y por si fuera poco «en letra pequeña», como también es usual poner de manifiesto), cláusulas en que casi todo se prevé *desde el punto de vista* al menos, de la propia empresa; y con frecuencia, *en su exclusivo interés*. Ni que decir tiene que me refiero a los llamados *contratos de adhesión*, así denominados porque lo que el consumidor hace es, simplemente, aceptar o someterse a las condiciones contractuales que la otra parte tiene establecidas con carácter de *estipulaciones-tipo* o

standard (de «*contratos standard*» suele hablar en estos casos, por eso, la doctrina jurídica).

De ahí que el consumidor sea un contratante de actitudes normalmente tolerantes: no es mucho lo que está en juego, incluso cuando en el proceder de la otra parte no hay un correcto modo de actuar, porque en definitiva se trata de soportar una pequeña o pasajera contrariedad (el frigorífico que se avería más de lo razonable, la conserva cuyo mal estado advertimos antes de tomarla o el juguete que a los cuatro días está destrozado).

Esto hace del consumidor un contratante no demasiado cuidadoso para con sus intereses (sus derechos). Extremo que reviste una gran importancia en lo que se refiere al control judicial de los comportamientos contractuales incorrectos de la otra parte contratante, esto es, el suministrador o vendedor o quien presta los servicios.

En efecto, una máxima del Derecho romano dijo sabiamente: *Vigilantibus, non dormientibus iura subveniunt*; expresado en términos de hoy, corresponde a cada uno de nosotros hacer valer nuestros derechos y renunciar a ellos; salvo que el interés público esté en juego, ninguna autoridad, ningún tercero puede suplir a quien por su voluntad, por ignorancia o por descuido, deja de ejercitar sus derechos.

Ante lo que nos encontramos, pues, es ante multitud de intereses individuales, no demasiado significativos para cada uno de sus titulares, de entre los cuales son unos pocos, de ordinario, los que los hacen valer hasta sus últimas consecuencias mediante denuncias, reclamaciones o pleitos. Y eso, no pocas veces, sólo se hace por motivos de «dignidad», represalia o simple notoriedad. La mayoría, como decíamos, *deja pasar*. Ni siquiera cabe decir que transige o se resigna, porque la escasa importancia económica de lo que está en juego no le anima a discutir. Y ocurre muchas veces que, aun existiendo algún móvil para hacerlo, no se discute simplemente por razones económicas (no vaya a ser más cara la salsa que la perdiz, que reza el dicho popular) o para evitarse incomodidades no justificadas.

No sólo eso, sino que la misma tradición judicial no parece estar pensada para la reclamación por pequeñas cantidades o insignificantes intereses. *De minimis non curat praetor*: los jueces no están para pequeñas cosas. Es por ello motivo de periódico (*noticia*) el que se demande por el importe de una lata de conserva, o por el cobro de gastos de correo por parte de un banco, o a causa del cálculo incorrecto de una prima de seguro, o por un recibo de la luz.

En este punto, forzoso es reconocer que las cosas están cambiando un poco, aunque creo que no por causa de un extendido entusiasmo entre los consumidores, que somos todos. En parte está siendo por inicia-

tiva de las asociaciones de consumidores y usuarios, cuya actuación ejemplar o testimonial no puede ponerse en entredicho pero quizá no siempre alentadas en su modo de proceder por grupos de población estadísticamente significativos.

Todo esto que acabo de decir ocurre y se vive en notable contraste con lo que a los intereses de empresas suministradoras se refiere. Lo que para cada consumidor o usuario es una bagatela, multiplicado por miles o cientos de miles puede constituir un capítulo decisivo de la cuenta de resultados de la empresa que vende o sirve. Y no sólo eso, sino que la circunstancia misma de que los consumidores no muestren una sensible propensión a reclamar o protestar constituye a su vez uno de los ingredientes (probablemente el más importante en la mayor parte de los casos) que explican esa falta de esmero, atención o rigor que con frecuencia se observa en el proceder de ciertas empresas con las que casi a diario contratamos.

A causa de la concurrencia de todas estas circunstancias, todavía son muy pocas entre nosotros las que podríamos denominar «reclamaciones de consumo». Sólo cuando ha ocurrido un daño considerable (una intoxicación extendida, un fraude notorio, una flagrante mala práctica empresarial) es cuando suele despertar la *conciencia dormida del consumidor*; tan dormida que no creo exagerado decir que cada uno de nosotros la ve mejor en los demás que en sí mismo; no es infrecuente que nos exaspere un agravio que a otro se le causa en materia de consumo, cuando acaso idéntico acontecimiento pueda pasarnos desapercibido siendo nosotros mismos sus víctimas.

El cuadro que estamos pintando, aunque quizá con pocas y torpes pinceladas, se complica todavía más cuando se trata de aquellos sectores del consumo en que, bien la propia naturaleza de los bienes o servicios, bien los avances tecnológicos, introducen o aumentan el riesgo de daños a los consumidores, que en ocasiones son muy grandes y alcanzan a sectores muy amplios de población. De todos son conocidos algunos trágicos episodios derivados del consumo de alimentos, de la manipulación de electrodomésticos aparentemente inofensivos, de la toma de medicamentos o de la aplicación de insecticidas o cosméticos. En presencia de casos como éstos, y contemplando la cuestión con el debido desapasionamiento, no puede ignorarse la concurrencia de intereses contrapuestos. De un lado, la necesidad de dotar de suficiente protección a los consumidores, persiguiendo la máxima pulcritud en la fabricación de los bienes y en la prestación de los servicios, pero por otra parte la necesidad también de no sofocar el progreso industrial y la implantación de nuevas tecnologías o la introducción de productos nuevos. Se trata, a mi juicio, de un ejemplo patente de obligada búsqueda

del equilibrio (nada fácil) entre los intereses de cada individuo aisladamente considerado (la potencial víctima de un daño), y los de la colectividad como conjunto. Con interferencia además, muchas veces, de factores de orden macroeconómico que los poderes públicos e incluso los jueces no pueden olvidar.

He querido poner de relieve que nos hallamos sobre un terreno movedizo y frágil. De lo que se trata es de alcanzar el difícil equilibrio entre la salvaguarda de los intereses del consumidor, de suerte que éstos queden a cubierto de todo abuso, y el objetivo de que la empresa soporte sus deslices (de mayor o menor calibre) en la fabricación del producto o prestación del servicio, pero sin caer en exageraciones que dañarían el conjunto del sistema económico, con perjuicio a su vez para los propios ciudadanos. Una expresión concreta de este posible «daño indirecto» o «por carambola» es el consistente en el encarecimiento de bienes o servicios, provocado por las altas primas que el fabricante o suministrador tiene que satisfacer si quiere ponerse a salvo (a través de un adecuado y suficiente seguro de responsabilidad civil) del riesgo de reclamaciones judiciales constitutivas de un verdadero peligro para la supervivencia de la empresa.

Precisamente porque en esta materia pueden estar en juego intereses económicos colectivos (que a veces se postergan u olvidan cuando estamos en presencia de una concreta reclamación) es por lo que en los últimos tiempos se viene prestando tanta atención al *coste de los accidentes*, con planteamientos y propuestas que acaso no sean de recibo si nos atenemos a un frío *análisis económico del Derecho* (sobre el que tanto se ha escrito, sobre todo en Estados Unidos), pero que obligan a replantear las cosas en el aspecto jurídico para no incurrir en despropósitos.

Con independencia de que la responsabilidad de las empresas respecto al consumidor deba contemplarse con una visión realista de las cosas, valorando con rigor y sin pasión las circunstancias del producto o del servicio y el grado de formación del consumidor medio (para evitar resultados tan originales como el del automóvil que alcanza gran velocidad o el del paracaídas, de algunos curiosos precedentes norteamericanos), es necesario —a mi juicio— tener presente el deber de razonable diligencia que al consumidor debe aplicarse cuando adquiere o utiliza un producto o un servicio. Quizá no deba llegarse a fórmulas como las que alguna opinión jurídica ha propuesto (por ejemplo, la de que pague o soporte el daño quien tiene *más culpa*, aunque la otra parte tenga también alguna), porque parece que la figura de la compensación de culpas tiene muy razonable aplicación en este caso a efectos de reducir la cuantía de la indemnización procedente si la culpa única hubiese sido de la empresa. No creo que sea un despropósito decir que en so-

ciedades en que el *interés del consumidor está sobre todas las cosas* se crea inevitablemente una relajación del cuidado por parte de los clientes, esto es, una actitud de escasa atención sobre las cosas que utilizan, pues en el fondo del ser humano está el descuido cuando ha de ser otro quien pague las consecuencias.

No menos digna de tenerse en cuenta es la circunstancia de que, al menos en ciertas sociedades, muchos de los riesgos que derivan del consumo se encuentran de alguna manera «pulverizados» (expresión gráfica de «socializados») a través del sistema de la seguridad social, que por vía del impuesto o figuras similares ha trasladado al conjunto de los individuos los daños derivados del uso o disfrute de bienes, los de hoy, que por experiencia sabemos que son cada vez más aptos para colocarnos en situación de peligro.

*2. El ejercicio de los derechos por parte del consumidor. Limitaciones que pesan sobre la reclamación judicial. Una experiencia norteamericana: las «class actions».*

En la actualidad, lo decíamos antes, la actitud del consumidor español es más beligerante que lo que fue en el pasado. Me estoy refiriendo al innegable fenómeno del crecimiento del número de reclamaciones judiciales en materia de consumo, que sin embargo no alcanza las cotas de algunos países extranjeros.

Pero si ahora aludo a este extremo (el ejercicio de sus derechos por parte de los consumidores) es para hacer alguna referencia a aspectos de orden práctico que es preciso atender en esta materia, y a la forma en que se han resuelto en algunos países.

El punto de partida es la observación de que el «talón de Aquiles» de los derechos del consumidor está en su ejercicio, no en su definición o determinación. He advertido antes que la circunstancia de que el interés de *cada concreto consumidor* sea normalmente de escaso significado económico es la razón por la que aquél no encuentra especial atractivo en reclamar o demandar. Como señalaba a modo de ejemplo, no es fácil imaginar a un cliente entablado una acción judicial por el mal estado de una lata de conservas o por muy pequeños defectos de construcción de la vivienda que compra. Entran en juego muy diversas razones (entre ellas la falta de tradición), pero es probable que la más importante sea lo mucho que de disuasorio tiene un pleito: gastos, recogida de datos, visitas, etc.; en definitiva, incomodidades de las que no se espera gran fruto.

Parte de esas dificultades pueden verse salvadas mediante la actuación de asociaciones de consumidores. En este sentido, el artículo 20.1

de nuestra Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios establece la legitimación de dichas asociaciones para «representar a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, de la asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios». Todavía no existe una gran experiencia en cuanto al ejercicio de acciones judiciales, pero es incuestionable el impacto que esta norma tiene o puede tener en lo que se refiere a la actuación ante otras instancias, señaladamente ante la Administración pública.

Acaso no sea tan optimista el pronóstico en lo que respecta a la vía del arbitraje, establecida con buena voluntad en el artículo 31 de la Ley (y luego recordada en la Ley de arbitraje de 5 de diciembre de 1988), fórmula apta para soslayar algunos de los inconvenientes que presenta la reclamación judicial pero sobre cuya real efectividad albergo serias dudas.

Volviendo a la actuación ante los Tribunales, el primer obstáculo ha quedado ya apuntado: la dogmática procesal tradicional requiere que para ejercitar un derecho se ostente la titularidad del mismo; lo que excluye el ejercicio *en favor de otros*, salvo en casos muy limitada y taxativamente establecidos por la ley.

Por otro lado, los sistemas jurídicos europeos excluyen —en principio— que los efectos de una sentencia («*cosa juzgada*») se extiendan a quienes no fueron parte ni oídos en el juicio correspondiente. Se trata de una regla de innegable fundamento lógico (pues de otro modo podríamos vernos afectados por lo resuelto en pleitos en que no hemos intervenido), pero que en esta materia se puede tornar contra los consumidores: quienes no hubiesen reclamado por un determinado motivo contra la empresa suministradora no gozan de la ventaja de aprovecharse de lo decretado por los jueces en pleito entablado, por la misma causa, por un aislado consumidor, más diligente, más belicoso o simplemente dotado de mejores condiciones para adoptar la iniciativa que tomó (acudir al Juzgado).

Este segundo inconveniente se ha reducido en parte en la citada Ley española, dado que su artículo 10.4 declara que «*serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan los requisitos de fondo y forma que en el propio precepto se establecen para los contratos cuyo objeto fuere «la oferta, promoción o venta de productos o servicios»*», circunstancia que desde luego constituye una facilidad para quien entabla un pleito sobre el mismo supuesto de hecho de otro anteriormente promovido por un consumidor distinto. Esta línea, aunque con mayor alcance, se había iniciado con nuestra Ley del contrato de seguro de 8 de octubre de 1980, cuyo artículo 3.º, párrafo tercero, dice: «*Declarada por el Tri-*

*bunal Supremo la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato, la Administración pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas»<sup>6</sup>.*

El problema, no obstante, sigue en pie en lo que se refiere a las evidentes dificultades con que cada concreto consumidor, aislado, se topa para hacer efectiva la defensa de sus intereses en vía judicial.

Nos encontramos aquí, aunque no se trate de supuestos idénticos, con lo que ocurre en relación con los llamados «intereses difusos» o «de masa», que —frente a los «intereses colectivos»— se consideran propios de formaciones sociales aún en fase de «toma de conciencia», cuya individualización se realiza a través de la relevancia de una lesión, de un perjuicio a una pluralidad de individuos que por eso se asocian para su defensa.

Los problemas que plantea la defensa de intereses como los que nos ocupan son, por un lado, la legitimación de agrupaciones de perjudicados; y por otro, el destino final de la indemnización por el daño sufrido.

Una primera solución —desde luego insuficiente— fue la de acumular en un solo pleito todas las demandas planteadas por un mismo motivo. Sin embargo, en el panorama del Derecho comparado la figura más significativa en este punto es la de la *class action*, procedente del mundo jurídico anglosajón, en concreto norteamericano.

Se trata de la acción ejercitada por un demandante, pero no para satisfacer su propio y exclusivo interés, sino también el de todos los que se encuentren en la misma situación. Dicho de otro modo, un único demandante reúne tras de sí cualquier reclamación similar a la suya. De alguna manera podría utilizarse la expresión de que quien demanda ante los Tribunales lo hace, *no en nombre, pero sí en interés de un conjunto*, en el sentido de que lo que el juez resuelva alcanza a dicho conjunto. Con ello se produce un curioso acceso a la justicia por parte de quien formalmente no entabla pleito alguno.

Ejemplo histórico en esta materia fue el del pleito que una persona interpuso contra la General Motors, alegando que él, como comprador de un determinado modelo de automóvil de dicha empresa, había sufrido el perjuicio derivado de la sustitución del motor de aquel modelo,

---

<sup>6</sup> Con ello, el control judicial sobre las condiciones generales del contrato se extiende (de alguna manera) más allá de quienes hubieron sido parte en un determinado pleito (asegurador y asegurado), puesto que la declaración de nulidad hecha por el Tribunal Supremo pone en marcha el control administrativo sobre cláusulas idénticas; esto constituye una fórmula eficaz, siquiera preventivamente, respecto de los demás asegurados en cuyas pólizas figurase una cláusula igual a la anulada.

sustitución que no había sido comunicada a los compradores del mismo. Decía actuar el demandante en nombre de otros 67.000 adquirentes del mismo automóvil, si bien la expresión «en nombre» ha de entenderse en sentido amplio, ya que no se le había conferido ninguna representación por parte de aquellos numerosos afectados. Por cierto, el conflicto terminó por vía de transacción, ya que la empresa fabricante ofreció 200 dólares de indemnización y una ampliación de la garantía por tres años en favor de cada uno de los poseedores del modelo de automóvil en cuestión. La colectividad de perjudicados, en esta hipótesis, no es una organización ya ordenada o en funcionamiento, sino que basta la existencia de una categoría de hecho, de una clase individualizada o individualizable, como sería, en el ejemplo que he citado, la condición de dueño de un determinado modelo de automóvil.

En la *class action* se vienen abajo postulados tradicionales en materia procesal. Cuando la demanda consiste en la petición de una indemnización, no debe tenerse en cuenta sólo el daño sufrido por quien plantea la demanda, sino el causado a la colectividad de afectados. En este tipo de acción, el demandante (*class suitor*) obtiene una sentencia cuyos efectos se extienden a los interesados ausentes. El único control es judicial y está encaminado a garantizar que el demandante es miembro de una *class* y actúa en interés de la misma. Comprobado por el juez que el *class suitor* protege convenientemente el interés del grupo, el Tribunal dirige una notificación individual a todos y cada uno de los miembros del grupo, en la medida en que con un esfuerzo razonable sea posible identificarlos. Con ello se pone en conocimiento de quienes no intervienen directamente en el pleito la existencia del mismo, a fin de que, entre otras cosas, puedan excusarse o separarse de las consecuencias del litigio, si lo hacen expresamente; su silencio se interpreta como aprobación. Cumplido este requisito, el «representante» del grupo aceptado por el juez actuará en nombre de la colectividad.

Nos estamos refiriendo a una figura de muy difícil encaje en nuestro Derecho. La legislación procesal española no contempla supuestos de «legitimación de grupo», que atribuyan a una persona «representación» para actuar en nombre de todos los demás afectados por el mismo motivo, aunque éstos no litiguen.

No parece que la alusión del artículo 9.2 de la Constitución a los «grupos en que se integra» el individuo sea bastante para dar carta de naturaleza entre nosotros a figuras como la *class action*. Está por ver qué aplicación pueden hacer los órganos jurisdiccionales del acaso más expresivo artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, que dispone que «los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos intereses —añade el precepto— se reconocerá la legiti-



mación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción».

Algún autor ha querido ver en esta expresa referencia a la legitimación de *grupos que resulten afectados* una auténtica legitimación colectiva, a modo de reconocimiento del derecho a acudir a los Tribunales por parte de dichos grupos mediante la intervención de determinados miembros, sin necesidad de representación formal especial, alegando un interés jurídico relevante; pero no veo claro que esto pueda alcanzar a la reclamación de daños sufridos a causa de una determinada práctica empresarial o de defectos de un producto, por ejemplo. Me parece que la norma citada puede servir para justificar demandas encaminadas a una simple declaración (por ejemplo, nulidad de una cláusula, ilegitimidad de una determinada modalidad comercial, etc.), pero no encuentro en ella apoyo para dar cauce a demandas de condena, como sería la de indemnización de perjuicios.

### III. Algunos de los principales problemas técnico-jurídicos que plantea la protección del consumidor

1. No me refiero aquí a fórmulas legales como pueden ser la adopción de criterios de presunción de culpa del empresario (con la consiguiente inversión de la carga de la prueba) o la introducción de principios, más o menos moderados, de responsabilidad objetiva por daños causados por productos o servicios defectuosos. Estos, más que «problemas», son alternativas u opciones de técnica legislativa. Sin perjuicio de que, desde luego, fórmulas como las citadas entrañen la dificultad de haber sabido valorar debidamente (antes) si su adopción se ajustaba a los datos de orden económico, tecnológico, social, etc., que han de tenerse presentes para no desequilibrar el sistema jurídico visto en su conjunto.

A lo que quiero aludir es a las dificultades que se han planteado para hacer posible, sin serio quebranto de los postulados doctrinales clásicos, que el consumidor pueda formular su demanda contra un fabricante o dispensador de servicios con el que aquél no ha contratado.

a) En primer lugar, no está de más advertir que la dotación de instrumentos jurídicos adecuados en favor del consumidor implicaba la necesidad de *superar las insuficiencias de las reglas tradicionales sobre responsabilidad por vicios ocultos*, en el contrato de compraventa, vigentes en los Códigos de la Europa continental y cuyo origen se encuentra en las acciones edilicias del Derecho romano.

b) En segundo término, hace tiempo que se advirtió de la necesidad de *dotar al consumidor de un régimen de acciones bien definidas y perfiladas contra el fabricante*, cuando —como ocurre habitualmente— aquél no ha mantenido una relación contractual con este último. Es digno de señalarse que precisamente en este punto fue en el que hace ya años empezaron a manifestarse las primeras inquietudes jurisprudenciales y doctrinales en los países en que la materia que nos ocupa adquirió temprana efervescencia. Basta recordar en este sentido los primeros pronunciamientos judiciales norteamericanos y británicos, entonces constitutivos de una interesante denuncia sobre la insuficiencia de los criterios jurídicos clásicos y por ello, en ocasiones, de fallos auténticamente revolucionarios.

En Estados Unidos, en efecto, una de las mayores dificultades para construir técnicamente la responsabilidad civil del fabricante fue el principio jurisprudencial anglosajón de la «privity of contract» (correlativo al principio de la «relatividad de los efectos del contrato» del Derecho continental europeo, consagrado en nuestro Código civil en el artículo 1.257), por cuya virtud los contratos sólo producen efectos entre las partes que los conciertan, sin eficacia respecto a terceros, ni en favor ni en contra.

Los tribunales norteamericanos superaron este obstáculo mediante la distinción entre cosas peligrosas en sí mismas y cosas peligrosas como consecuencia de un defecto de fabricación, a partir de la cual se dio paso a la admisión de la responsabilidad del fabricante y del vendedor cuando se prueba una falta de diligencia en el proceso de fabricación o de distribución del producto. Ese deber de diligencia —se añadió— podía ser invocado por el comprador (consumidor) que no hubiera tenido relación contractual con el fabricante.

Esta orientación arranca de un famoso caso de 1916, como consecuencia de la demanda entablada por la víctima de un daño producido por el defecto de fabricación de un automóvil. La empresa fabricante no tuvo éxito en su alegación de que sus obligaciones y garantías existían tan sólo en los límites establecidos en su relación con los revendedores o distribuidores. El juez Cardozo puso de manifiesto que el fabricante de productos sustraídos a sucesivos controles tiene un deber de diligencia frente al público, con independencia de los particulares vínculos obligatorios que le unan negocialmente con cualquier persona. Un resultado dañoso previsible e imputable a un defecto del automóvil acarrea la obligación de resarcir el daño por parte de la empresa fabricante. Este debe responder frente a terceros, con independencia de las circunstancias del producto y de la particular responsabilidad contractual frente al revendedor o distribuidor.

Del mismo modo, aunque más tarde, la jurisprudencia inglesa superó el obstáculo de la «privity of contract» mediante la ficción de un

«collateral contract» entre el fabricante y el usuario. En suma, vino a aceptarse el principio de la responsabilidad civil del fabricante frente al consumidor o usuario, sin que entre ellos existan vínculos contractuales. Por este motivo, esa responsabilidad se emplaza en Derecho inglés dentro de la extracontractual, esto es, en el llamado «law of torts» o Derecho de daños.

c) En tercer lugar, también se ha advertido desde siempre la necesidad de eliminar, o al menos de aliviar, en favor del consumidor, las reglas clásicas en materia de carga de la prueba en el proceso.

Tanto para hacer frente a esta cuestión como para resolver adecuadamente la segunda de las que hasta ahora hemos planteado, la línea doctrinal y jurisprudencial dominante ha sido la de *propugnare in primo término una responsabilidad civil única, sin calificativo de contractual o extracontractual* y derivada por tanto del hecho objetivo de la producción de un daño en el uso de un producto fabricado.

Por otro lado, en Estados Unidos y en Inglaterra se han mitigado las muchas dificultades de prueba que recaerían sobre el comprador, de acuerdo con los principios tradicionales de Derecho procesal, mediante la aplicación de un principio muy conocido en el Derecho anglosajón. Se trata de la regla «*res ipsa loquitur*», esto es, el razonamiento de que cuando las circunstancias hablan por sí solas se produce una inversión de la carga de la prueba, que hace que sea el demandado quien tenga que demostrar la falta de culpa o negligencia en su conducta.

Otro remedio ha sido el de la *tendencia hacia una denominada responsabilidad objetiva en la materia*, si bien el uso de esta expresión es sólo una forma de entenderse, ya que es frecuente matizarla diciendo que se trata de una responsabilidad objetiva «no absoluta»; como, por cierto, ocurre en nuestra Ley de 6 de julio de 1994 sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos.

El criterio de la responsabilidad objetiva fue introducido en el Derecho norteamericano por vía jurisprudencial, sobre la base de que la responsabilidad del fabricante no se funda en su «*negligence*», ni en una pretendida garantía expresa o tácita, sino en el simple hecho de haber puesto en el mercado un producto defectuoso.

La afirmación de una «*strict liability*» por parte de los tribunales norteamericanos se basa en una serie de argumentos que las sentencias suelen recoger con bastante uniformidad. El primero es el de que el interés público exige la máxima protección de la vida humana, de la salud y de la seguridad personal. La posición del consumidor es muy vulnerable, frente a la poderosa del fabricante. Este tiene la posibilidad de un control efectivo sobre la producción, desde el diseño del producto que proyecta lanzar al mercado hasta la última prueba de calidad, mientras

que el consumidor se encuentra en general imposibilitado para apreciar los peligros del producto.

En segundo término, se argumenta que el hecho de que el fabricante ponga en el comercio un bien equivale al aseguramiento de un uso del mismo conforme a su propia naturaleza.

Por fin, se argumenta también que el fabricante se encuentra mejor situado en la estructura del mercado de bienes para distribuir el riesgo entre el público, a través de los precios y del seguro. El riesgo del evento dañoso puede ser asegurado por el fabricante y distribuido entre los consumidores, como un coste más de la actividad empresarial. El fabricante es responsable aunque no haya sido negligente en el proceso productivo, es decir, aunque se trate de un efecto fortuito, porque esta hipótesis constituye un riesgo general y constante de toda actividad de producción. Frente a tales riesgos, generales y constantes, debe afirmarse paralelamente una protección del público también general y constante. Y el fabricante es el que está en mejor situación para soportarla.

A parecida solución práctica, aunque con diferente construcción técnica, se llegó hace tiempo en países europeos de tradición jurídica romana. En Francia, por ejemplo, se solventó la dificultad que entrañaba el principio de «relatividad del contrato», y sobre todo el de la prueba de la culpa del fabricante, acudiéndose a una interesante interpretación del párrafo primero del artículo 1.384 de su Código civil. En su virtud, se estableció la responsabilidad del fabricante o vendedor como «guardián de la cosa» que viene obligado a la reparación del daño incluso si demuestra que su causa es desconocida o que no ha incurrido en culpa. Para librarse de responsabilidad ha de probar el caso fortuito, la fuerza mayor o la intervención de una causa extraña que no le sea imputable.

d) En cuarto lugar, y como contrapartida de las anteriores consideraciones, no debe olvidarse que contribuye a complicar la cuestión la razonable alegación de que el designio de dotar al consumidor de una adecuada protección no puede llevar tan lejos que se sofoque la iniciativa, el progreso (en definitiva, el desarrollo), como consecuencia de un estado de permanente alarma para fabricantes y comerciantes.

No deben olvidarse a este respecto los argumentos de fabricantes y aseguradores cuando en Estados Unidos se produjeron las primeras iniciativas jurisprudenciales y legales en el conocido proceso de tutela del consumidor vivido por aquel país. No cabe ignorar, ciertamente, que fabricantes y aseguradores manejaban razones interesadas que en ocasiones eran marcadamente «de cuerpo» o «de clase», pero tampoco es posible desconocer que algunos de sus argumentos ponían el dedo en la llaga de consideraciones de orden macroeconómico (es decir, de política económica) que un legislador atento a la realidad social y a su futuro no puede desconocer sin incurrir en temeridad o frivolidad.

2. Las dificultades técnicas que acabamos de mencionar se vienen solventando en Europa con fórmulas como las siguientes:

De un lado, la de que una ley de protección del consumidor se estructure de forma que *queden debidamente diferenciadas las reglas sobre responsabilidad contractual y sobre responsabilidad extracontractual*. Es un ejemplo de esta técnica la adoptada por la Ley española de 1984, general para la defensa de consumidores y usuarios. Luego tendré oportunidad de exponer cómo se utilizó este criterio.

Una segunda posibilidad es la de que la ley protectora *se desentienda de esa clásica dicotomía (responsabilidad contractual - responsabilidad extracontractual), formulando criterios de responsabilidad que desplieguen sus efectos con independencia de si entre el empresario y el consumidor ha existido o no una relación contractual*. Es el caso de la Directiva del Consejo de la Comunidad Económica Europea, de 25 de julio de 1985, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. Por ello, es también la fórmula que adopta la Ley española de transposición de la mentada Directiva, de 6 de julio de 1994. Luego me referiré a ella, así mismo.

3. No sólo eso, sino que precisamente el ámbito de la tutela jurídica del consumidor es el que, junto a otros sectores de la «fenomenología» de los daños en general, ha servido en los últimos tiempos para poner en entredicho, si no la diferencia conceptual entre las dos clases de responsabilidad que nos ocupan, sí la ciega aceptación de algunas de las consecuencias que, como derivadas de aquella dualidad, consideramos en el pasado que eran «dogmas» insuperables.

Así lo puse de manifiesto en un trabajo anterior<sup>7</sup>. Me refería en aquel lugar a la «difuminación» de las fronteras entre responsabilidad contractual y extracontractual, advirtiendo que, en concreto en materia de consumo, el desenlace a que se ha llegado consiste 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.

---

<sup>7</sup> R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Puesto que ocupa el Derecho de daños en el Derecho de obligaciones*, en «Estudios de Deusto», enero-junio 1995, página 35. Es el texto ampliado de la ponencia presentada por el autor en el Congreso Internacional sobre la reforma del Derecho contractual y la protección de los consumidores, celebrado en Zaragoza del 15 al 18 de noviembre de 1993.

Añadía entonces: «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».

#### IV. Las formas en que se ha articulado en Europa el «sistema» jurídico de protección del consumidor

1. Si he entrecomillado en el título de este apartado la palabra «sistema» es porque, en efecto, el régimen legal de protección del consumidor se ha construido y se viene construyendo en Europa no a través de leyes exclusivamente encaminadas a tal propósito, sino mediante un conjunto de disposiciones legales, del más variado rango normativo, susceptibles de ser consideradas en su conjunto, ciertamente, como un verdadero «sistema»; es decir, como una suma de reglas o principios enlazados entre sí en razón a un denominador común: el propósito de hacer que el mercado, y dentro de él el consumo, se acomode a soluciones armónicas, por las que quien adquiere bienes o utiliza servicios no sufra las consecuencias de la natural desigualdad en que se encuentra respecto al empresario que los suministra o presta.

Describiré a continuación cómo se ha articulado ese régimen tuitivo del consumidor.

2. En primer lugar, son muchas las disposiciones legales que, sin tener como objetivo *primario* el de la protección del consumidor, han introducido criterios o reglas que, a modo de *efecto secundario o indirecto*, dispensan de hecho esa tutela.

Por citar sólo unos ejemplos, menciono los siguientes en el Derecho español:

*La Ley de ventas a plazos de bienes muebles*, de 17 de julio de 1965, sentó principios (aunque no muchos) notoriamente movidos por el designio de favorecer a la «parte más débil», es decir, el comprador. Así, por ejemplo, se establecieron como derechos de este último el de desistir del contrato dentro de los tres días siguientes a la entrega de la

cosa, el de anticipar el pago del precio (para aliviar la carga financiera que entraña la compra a plazos) y el de alterar la propia cadencia de los plazos por justas causas apreciadas por los Tribunales, tales como desgracias familiares, paro, larga enfermedad y otros infortunios. Todo ello, sin perjuicio de otras medidas no menos considerables (entonces), como la aparentemente insignificante de tenerse que especificar con todo detalle en el contrato el recargo o mayor precio efectivo que el hecho de comprar a plazos entraña.

Constituyó también una novedad en el mismo sentido la *Ley de contrato de seguro*, de 8 de octubre de 1980, con normas que ponían de manifiesto un nuevo «signo de los tiempos», como las de sus artículos 2 y 3.

Innegablemente, persigue fines de protección del consumidor, siquiera de forma indirecta, también la *Ley general de publicidad*, de 11 de noviembre de 1988. En la medida en que se enumeran en su artículo 3 las modalidades de publicidad ilícita (cuyo régimen respectivo se contiene en artículos posteriores de la Ley), esta normativa está llamada no sólo a proteger a los empresarios respecto de las prácticas publicitarias ilícitas llevadas a cabo por otros, sino también, como decía, a tutelar el interés del consumidor. Este último suele ser, en definitiva, la víctima última de la publicidad engañosa, desleal, subliminal o contraria a la normativa rectora de la propia de determinados productos o servicios<sup>8</sup>.

Otro tanto cabe decir de la *Ley de 10 de enero de 1991 sobre competencia desleal*. Es patente que una disposición sobre esta materia contempla, entre otros, «el interés privado de los empresarios, el interés colectivo de los consumidores y el propio interés público del Estado al mantenimiento de un orden concurrencial debidamente saneado». Estas son palabras textuales de la Exposición de Motivos. En ella, más adelante, y con ocasión de la mención del principio constitucional de libertad de empresa, se dice que «esta exigencia ... se complementa y refuerza por la derivada del principio de protección del consumidor, en su calidad de parte débil de las relaciones típicas de mercado, acogido por el artículo 51 del texto constitucional». Y más adelante, a su vez, la propia Exposición de Motivos reitera que la Ley «se hace portadora no sólo de los intereses privados de los empresarios en conflicto, sino también de los intereses colectivos del consumo». Y cita como particular-

---

<sup>8</sup> La Exposición de Motivos de esta Ley hace explícita alusión a los «intereses implicados», advirtiendo que merece especial atención el «interés general». A todas luces, este último es el de los potenciales consumidores.

mente ilustrativo al respecto el artículo 19, que atribuye legitimación activa para el ejercicio de las acciones derivadas de la competencia desleal a los consumidores, individual y colectivamente considerados. En su último pasaje, la misma Exposición de Motivos declara que el legislador es consciente de que la materia de la «competencia desleal» se halla muy próxima a las materias de «comercio interior» y de «tutela del consumidor», invocando de nuevo la «necesidad de reforzar la posición del consumidor como parte débil de las relaciones típicas del mercado».

3. En segundo término, se halla el que podríamos denominar «bloque normativo básico» en materia de defensa del consumidor. Es lo que, aludiendo al título de mi intervención, podría considerarse el genino «estatuto del consumidor» en Europa.

A este respecto, y sin perjuicio de las particulares alusiones que luego haré a algunos de los cuerpos normativos que ahora cito, procede reseñar las disposiciones legales fundamentales en la materia. Adopto para ello un orden preferentemente cronológico, sin distinguir, como corresponde, entre leyes españolas en sentido estricto (las que antes he denominado «privativas») y cuerpos legales emanados de los órganos de la hoy Unión Europea.

Abrió el camino en nuestro país la *Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, de 19 de julio de 1984*<sup>9</sup>. En esta Ley se establecieron las líneas generales de un sistema arbitral de consumo, que luego fue regulado en detalle por el Real Decreto de 3 de mayo de 1993.

Constituyó un hito particularmente significativo en toda esta materia la *Directiva del Consejo CEE 85/374, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos*. Es la que comúnmente conocemos como «Directiva sobre productos defectuosos».

Como transposición (por cierto muy tardía) de la Directiva que acabo de mencionar al Derecho español, se promulgó en nuestro país la *Ley de 6 de julio de 1994, sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*.

La *Directiva del Consejo CEE 85/577, de 20 de diciembre de 1985, versó sobre la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos mercantiles*.

---

<sup>9</sup> En desarrollo parcial de esta Ley, se dictó el Real Decreto de 8 de marzo de 1991, por el que se aprueba el catálogo de productos, bienes y servicios a determinados efectos de dicha Ley.



Su transposición al Derecho español se llevó a cabo mediante *Ley de 21 de noviembre de 1991, del mismo nombre*. La Exposición de Motivos de esta Ley española revela a las claras la finalidad específicamente tuitiva del consumidor que perseguía la Directiva y, en consecuencia, nuestra propia Ley. Dice al respecto: «*La Directiva establece un conjunto de medidas de protección al consumidor por entender que, en los contratos que se celebren fuera del establecimiento del comerciante, concurren circunstancias de iniciativa de éste y de imposibilidad de comparación de la calidad y el precio de la oferta que pueden determinar la existencia de prácticas comerciales abusivas*»<sup>10</sup>.

El 22 de diciembre de 1986 se promulgó la *Directiva del Consejo de la CEE 87/102, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo*, modificada por la Directiva del Consejo de la CEE 90/88, de 22 de febrero de 1990.

Esta última Directiva fue objeto de transposición al Derecho español mediante nuestra *Ley de 23 de marzo de 1995, sobre crédito al consumo*.

La *Directiva del Consejo de la CEE 93/13, de 5 de abril de 1993*, tuvo por objeto *las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores*.

Esta Directiva está en curso de transposición al Derecho español, a cuyo fin el Gobierno ha remitido hace muy poco a las Cortes un Proyecto de Ley cuyo nombre hasta ahora es *de Condiciones generales de la contratación*. No obstante, a pesar de esta denominación, el Proyecto (por medio de una disposición adicional) introduce en la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios —la antes citada de 1984— las modificaciones oportunas para dar cabida en ella al régimen aplicable a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. Tendremos oportunidad de desarrollar este extremo más adelante, con el detalle que justifica un texto legal de tanta importancia.

La *Directiva 94/47/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994*, regula la protección de los adquirentes en lo re-

---

<sup>10</sup> La propia Exposición de Motivos sintetiza los instrumentos que al efecto adoptan tanto la Directiva como la Ley española. Se manifiesta en ese lugar: «*La Ley, de acuerdo con el contenido de la Directiva, define los supuestos contractuales en los que concurren las circunstancias que justifican la protección que el texto legal establece. Dicha protección se articula, por un lado, mediante la exigencia formal de la documentación del contrato o de la oferta contractual con la consecuencia obligada de reconocer al consumidor acción para anular los contratos que se celebren obviando dicho requisito y por otro, mediante el reconocimiento del derecho del consumidor a revocar el consentimiento prestado*».

lativo a determinados aspectos de *los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido* (el conocido en el mundo anglosajón como «*time sharing*»).

La transposición al Derecho español de esta Directiva parece que va a llevarse a cabo muy pronto, puesto que recientemente se ha publicado el correspondiente *Proyecto de Ley sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles*<sup>11</sup>.

*La Directiva 97/7/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, versa sobre la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.*

Por fin, aunque las menciones que hago no tienen propósitos de exhaustividad, no puede dejar de mencionarse la *Directiva 92/59 del Consejo, de 29 de junio de 1992, relativa a la seguridad general de los productos.*

También procede señalar que alguna Directiva en materia de protección del consumidor no ha alcanzado éxito todavía. Es el caso, a que antes me refería, de la *propuesta de Directiva sobre la responsabilidad por servicios defectuosos.*

Tomo de Gómez Calero<sup>12</sup> la síntesis que este autor hace del régimen de responsabilidad que preveía la propuesta:

«Los artículos dedicados a la “responsabilidad” son los que contienen las normas más significativas; a saber: *a*) Se declara como “principio” que el prestador de servicios será responsable del daño causado por su culpa a la salud y a la integridad física de las personas o la integridad física de los bienes; la carga de la prueba de la ausencia de culpa incumbe al prestador de servicios; la mera existencia o posibilidad de un servicio más perfeccionado no constituirá de por sí culpa (artículo 1); *b*) La víctima deberá demostrar la existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y la prestación del servicio (artículo 5); *c*) La responsabilidad no disminuye por la participación de un tercero en el acto lesivo; pero puede reducirse e incluso anularse si concurre culpa de la víctima (artículo 6); *d*) No se admiten cláusulas de limitación o exclusión de la responsabilidad (artículo 7); *e*) La obligación de indemnizar tiene carácter solidario cuando varias personas son responsables del mismo daño o en caso de “acuerdos de franquicia” (artículo 8); y *f*) Se prevé un plazo de cinco años para la extinción de los derechos del perjudicado; y un plazo de tres años para la prescripción de la acción de resarcimiento; ambos son ampliables si se trata de proyecto o construcción de edificios (artículos 9 y 10).»

---

<sup>11</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales de 16 de setiembre de 1997.

<sup>12</sup> GÓMEZ CALERO: *Responsabilidad civil por productos defectuosos*, Madrid, 1996, páginas 32-33.

El mismo autor resume de la siguiente forma las notas que caracterizaron la propuesta de Directiva. Dice: «Dos notas relevantes caracterizan a esta propuesta ...; que son: *a*) La responsabilidad del empresario de servicios no es objetiva, sino que se trata de una responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba; y *b*) este principio viene condicionado por la exigencia de una extremada diligencia al prestador de servicios, que está obligado a garantizar, en condiciones normales y razonablemente previsible, la seguridad que cabe esperar legítimamente del servicio».

Ahora bien, lo cierto es que el 15 de enero de 1991 el Consejo de las Comunidades Europeas decidió consultar al Comité Económico y Social sobre la propuesta que nos ocupa. Este Comité rechazó el texto de la propuesta de Directiva, aduciendo entre otras cosas que su texto no responde a los deseos de los consumidores, que la propuesta no va encaminada a mejorar la relación entre clientes y profesionales prestadores de servicios y que perjudica las legítimas aspiraciones de los consumidores en materia de investigación, experiencias y riesgos en los ámbitos del Derecho, la construcción y la salud.

Por todo ello, la propuesta de Directiva en cuestión se halla hoy «en suspenso», en espera de una eventual reconsideración de sus líneas maestras.

4. Por fin, una tercera «técnica» de protección del consumidor en Europa es la constituida por lo que podríamos llamar genéricamente la «acción administrativa de control».

Me refiero, claro está, a la actividad de la Administración pública reglamentando determinados sectores de actividad empresarial, para asegurarse de la rectitud de su desempeño y de sus resultados.

Estamos en presencia de una legislación abundantísima, en la que cualquier intento de enumeración exhaustiva es casi inútil.

Tanto normas comunitarias como disposiciones legales de cada Estado (en concreto del español) llegan a regular hasta los más insignificantes detalles de la actividad empresarial en determinados sectores, para procurar —como decía— un desarrollo de la misma ajustado a la tutela del consumidor y a evitar a éste muchos de los problemas que sin esa intervención administrativa se han venido dando en el pasado, a veces con casos constitutivos de auténticos «escándalos».

Desde la actividad de las empresas de banca y crédito, hasta las de transportes, pasando por los seguros y otras muchas más, son objeto de esta acción reglamentadora de la Administración. En materia de productos, las reglas más minuciosas que uno puede suponer se hallan en la legislación europea. La fabricación de alimentos, de bebidas, de juguetes, de conservas, de electrodomésticos, de ascensores, de productos farma-

céuticos, de insecticidas, de vehículos, de productos químicos, de productos pirotécnicos, de tabaco, etc., por citar sólo algunos ejemplos, se halla sometida a una férrea normativa administrativa, de ordinario seguida de un sistema de control por parte de las autoridades y de un régimen de sanciones. Todo ello, como decía, con el propósito de garantizar la bondad de los servicios y de los productos, evidentemente en protección del «interés general»; que, en definitiva, es el del consumidor.

Como señalaba antes, no es posible, ni ahora sería adecuada, la enumeración exhaustiva de las normas legales (casi siempre reglamentarias) que constituyen esta tercera manifestación del «sistema» de protección del consumidor.

Pero, aunque sólo sea a modo de ejemplos, cabe citar algunas de ellas.

La *Ley de 29 de julio de 1988 sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito* establece, como indica su nombre, un control—desde luego severo— de las actividades bancarias en sentido amplio.

La *Ley de 30 de julio de 1987, de ordenación de los transportes terrestres*, constituye la base de una profusa normativa reglamentaria para gobernar este sector.

En materia de seguros, procede la cita de la *Ley de 8 de noviembre de 1995, de ordenación y supervisión de seguros privados*, llamada a sentar los principios en el «control» de la actividad de las empresas de este sector, actividad tan particularmente apta para poner en peligro los intereses del «contratante débil» que es el consumidor (asegurado).

He citado sectores de «servicios» de particular importancia. Pero hay otros muchos más sometidos a la «disciplina administrativa». Por ejemplo, servicios de hostelería en sentido amplio, servicios de agencias de viajes, los de educación, los sanitarios, los de construcción y venta de inmuebles, los de reparación de vehículos, los de tarjetas de pago o tarjetas de crédito, etc., son también casos significativos de presencia de la Administración pública en lo que nos viene ocupando.

Desde luego, hablo de Administración en el sentido más amplio posible, que va desde la propia de la Unión Europea hasta la municipal, pasando, en España, por la Administración Central del Estado y por la de las Comunidades Autónomas, esto último en virtud del peculiar régimen de autonomías establecido en nuestra Constitución de 1978.

## **V. La Ley (española) general para la defensa de los consumidores y usuarios, de 19 de julio de 1984**

Me ocupo ahora brevemente de la Ley precursora en esta materia en Derecho español.

1. La Ley a que me refiero fue producto, desde luego, de una inquietud doctrinal en materia de protección del consumidor, compartida por los poderes públicos. Pero parece claro que el detonante de su promulgación fue un conocido caso (en verdad, un escándalo) que conmocionó a la opinión pública española. Fue el llamado «*caso del aceite de colza*», consistente en pocas palabras en que muchísimas personas sufrieron intoxicaciones (con no pocos fallecimientos) como consecuencia de haber ingerido aceite desnaturalizado, parece que destinado a usos industriales.

*Sin perjuicio de lo que en seguida diré sobre los rasgos generales de esta Ley, procede destacar desde ahora que se encuentra derogada en lo que se refiere a la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, en virtud de la muy posterior promulgación de la Ley de este último nombre, de 6 de julio de 1994, que luego mencionaré también.*

Aunque la Ley española de 1984 alcanzaba a la tutela del consumidor en cuanto a productos y servicios, la Ley de 1994, como consecuencia de ser adaptación o transposición al Derecho español de la Directiva comunitaria sobre productos de 25 de julio de 1985, declaró en su disposición adicional primera que los artículos 25 a 28 de la Ley de 1984 no serían aplicables ya a la responsabilidad civil por daños causados por los productos defectuosos definidos en el artículo 2 de la propia Ley de 1994.

Dicho de otro modo, la *Ley a que ahora aludo (la de 1984) sólo es aplicable, en esos artículos 25 a 28 (los que tratan sobre responsabilidad), al caso de los servicios defectuosos y a los productos no incluidos en la Ley de 1994*<sup>13</sup>.

Quiere decir que la Ley tiene todavía un amplio ámbito, dándose la particularidad de que los daños derivados de servicios sí han sido objeto de regulación genérica en Derecho español (precisamente en esta Ley), aunque no en el régimen comunitario. Me remito a la ya descrita frustración de la propuesta de Directiva sobre esta última materia.

En esta Ley, nutrida de disposiciones que podríamos denominar «de carácter administrativo» (en la medida en que afectan a la acción de la Administración pública en materia de consumo), conviene distinguir, desde un punto de vista de Derecho privado estricto, entre la regulación calificable como «contractual» y la relativa a la «responsabilidad» por servicios o productos defectuosos.

---

<sup>13</sup> Me remito a lo que luego se dirá sobre el concepto de «producto» en el artículo 2 de la Ley de 1994 en cuestión.

La primera de esas dos materias se halla en el Capítulo III, bajo la equívoca rúbrica de «protección de los intereses económicos y sociales». En realidad, se trata de normas sobre relaciones contractuales entre empresario y consumidor, con mención preferente de las cláusulas, condiciones o estipulaciones que, con carácter general, se apliquen a la oferta, promoción o venta de productos o servicios (me refiero sobre todo al artículo 10).

Por lo que respecta a la «responsabilidad» en sentido amplio, es materia regulada en el Capítulo VIII, bajo la rúbrica de «Garantías y responsabilidades» (artículos 25 a 31).

A continuación expongo los rasgos principales de la disposición legal en que nos encontramos.

### 1. *Campo de aplicación de la Ley*

La Ley española tiene como objeto la protección del consumidor en todos sus aspectos. De forma que la introducción de un nuevo régimen de responsabilidad civil por daños del producto es sólo uno de los instrumentos que la Ley establece dentro de aquel objetivo más amplio.

El concepto de consumidor o usuario se formula con gran amplitud, al decirse que lo son «*las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden*» (artículo 1.º.2).

La expresión «destinatarios finales» pone de relieve que la protección legal se endereza a favor del consumidor o usuario en última instancia, no de quienes profesionalmente adquieran o utilicen bienes o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros. Por ejemplo, podrá ampararse en sus preceptos quien adquiere en una tienda una caja de galletas en mal estado, pero no el comerciante que ha comprado al fabricante o mayorista una partida de cajas para la venta en su establecimiento.

### 2. *Régimen de responsabilidad por productos o servicios*

La Ley establece en su artículo 25 un principio que, a primera vista, parece consagrar la responsabilidad objetiva plena por la que la doctrina llama «puesta en el mercado de un producto defectuoso», pues dice que «*el consumidor y el usuario tienen derecho a ser indemniza-*

*dos por daños y perjuicios demostrados que el consumo de bienes o la utilización de productos o servicios les irroguen, salvo que aquellos daños y perjuicios estén causados por su culpa exclusiva o por la de las personas de las que deban responder civilmente».*

Pero esta norma exige los matices que derivan de los artículos 26 y 28.

2.1. El artículo 26 se acoge al sistema tradicional de responsabilidad, en el sentido de que se responde *cuando hay alguna culpa* del daño producido.

Dice el precepto que las acciones u omisiones de quienes producen, importan, suministran o facilitan productos o servicios determinantes de daños o perjuicios a consumidores o usuarios darán lugar a la responsabilidad de aquéllos, *a menos que conste o se acredite que se han cumplido debidamente las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto, servicio o actividad.*

2.2. Es el artículo 28 el que establece la verdadera novedad en esta materia al introducir lo *que para unos es una responsabilidad objetiva plena y otros llaman responsabilidad por riesgo creado*, es decir, la que se asume por el solo hecho de poner en el mercado bienes o servicios susceptibles por su naturaleza de ser causa de peligro.

En efecto, su apartado 1 dispone que se responderá de los daños y perjuicios originados en el correcto uso y consumo de bienes y servicios cuando *por su propia naturaleza o estar así reglamentariamente establecido*, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario. Añadiendo el apartado 2 que en todo caso están sometidos a esta forma de responsabilidad los productos alimenticios, los de higiene y limpieza, cosméticos, especialidades y productos farmacéuticos, servicios sanitarios, de gas y electricidad, electrodomésticos y ascensores, medios de transporte, vehículos a motor y juguetes y productos dirigidos a los niños.

Es claro que el criterio de imputación de responsabilidad es el mero hecho de que el consumidor sufra el daño, sin que juegue para nada el que haya mediado negligencia o no del fabricante o comerciante. En una palabra, el consumidor sólo debe probar el daño y que éste es consecuencia del bien o servicio de que se trate en cada hipótesis.

2.3. La Ley española no prevé el caso de concurrencia de culpa con la víctima, como sería la hipótesis de un producto defectuoso y que además se utiliza indebidamente por el consumidor.

*Los daños indemnizables, a la luz de la generalidad del artículo 25, serán los de todo orden*, es decir, tanto materiales como personales, y dentro de éstos los de carácter moral.

2.4. Es importante señalar que el artículo 2.º3 de la Ley declara nula la renuncia de los derechos que ella establece en favor de los consumidores y usuarios en la adquisición y utilización de bienes o servicios.

Además, el artículo 10, en su apartado 1, excluye los siguientes posibles elementos de defensa previa del empresario:

a) *Las limitaciones absolutas de responsabilidad* y las relativas a utilidad o finalidad esencial del producto o servicio.

Este texto, interpretado literalmente, parece dar cabida a la cláusula de limitación parcial o disminución de responsabilidad.

b) *La inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario.*

c) *La imposición de renunciaciones a los derechos del consumidor y usuario* reconocidos en la Ley. Lo que es una reiteración de la norma antes citada del artículo 2.º3.

2.5. Por otro lado, en ningún caso responde el fabricante o comerciante *cuando el daño sea culpa exclusiva de la víctima* (artículo 25) o cuando suceda *fuera de las normas del «correcto uso y consumo»* de los bienes o servicios (artículo 28).

### 3. *Las vías de indemnización*

El instrumento fundamental de resarcimiento del consumidor o usuario dañado por un producto defectuoso es, naturalmente, la acción judicial de que aquél se halla dotado frente a quien o quienes están sujetos al deber de indemnizar, que luego identificaremos.

La regla general, por tanto, y salvadas las particularidades en cuanto a la extensión del concepto de sujeto responsable y régimen de responsabilidad agravada o «por riesgo creado» a que me he referido, es la genérica que obliga a responder por daño contractual o extracontractual según el Código civil. *Daño contractual* es el que puede invocar quien está vinculado por un contrato con el causante directo del daño. El *daño extracontractual* existe cuando entre el sujeto responsable y el consumidor perjudicado no ha mediado contrato alguno.

Una particularidad de la Ley en cuanto a la legitimación para demandar judicialmente es la de que ostentan acción las asociaciones de consumidores y usuarios, que podrán «representar a sus asociados y



ejerger las correspondientes acciones en defensa de los mismos, de la asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios» (artículo 20.1).

Por otro lado, el artículo 29 establece un instrumento de reparación por la duración del eventual pleito derivado de esta responsabilidad de productos, al decir que el consumidor o usuario tiene derecho a una compensación, sobre la cuantía de la indemnización, *por los daños contractuales o extracontractuales durante el tiempo que transcurra desde la declaración final de responsabilidad hasta su pago efectivo*. Pero según el apartado 2 de dicho artículo, parece que esa reparación es la general de pago de intereses a cargo del condenado a indemnizar, desde que recayó la primera sentencia que estableció su condena.

Dentro de este capítulo, merece señalarse que el artículo 31 prevé un sistema de resolución de conflictos que evite la necesidad de acudir a los Tribunales. En efecto, se dispone que el Gobierno establecerá un sistema arbitral que, sin formalidades especiales, atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios, siempre que no concurra intoxicación, lesión o muerte, ni existan indicios racionales de delito, sin perjuicio de la protección administrativa y judicial, de acuerdo con el artículo 24 de la Constitución. Los órganos de arbitraje estarán integrados por representantes de los sectores interesados, de las organizaciones de consumidores y usuarios y de las Administraciones públicas dentro del ámbito de sus competencias. Como es obvio, el sometimiento a este arbitraje será voluntario, exigiendo la Ley el requisito de que dicho sometimiento conste por escrito (apartado 2).

#### 4. Responsabilidad solidaria

El artículo 27.2 de la Ley dispone que *«si a la producción de daños concurren varias personas, responderán solidariamente ante los perjudicados»*.

El mismo precepto de la Ley añade, por otra parte, que en estos casos de responsabilidad solidaria *«el que pague al perjudicado» tendrá derecho a repetir de los otros responsables, según su participación en la causación de los daños*.

#### 5. El seguro obligatorio

Como es sabido, cuando una ley establece la fórmula de la responsabilidad objetiva, es habitual que sea la propia ley la que disponga el

adecuado instrumento de atenuación de las consecuencias de dicha fórmula. *Y este instrumento es de ordinario el seguro obligatorio*, por cuya virtud el eventual responsable traslada a la aseguradora las en buena medida extraordinarias consecuencias de su actuación.

Pues bien, siguiendo la línea de lo que ha ocurrido en otros sectores de actividad en que se ha establecido esta fórmula de responsabilidad (automóvil, navegación aérea, caza, etc.), el artículo 30 de ley que nos ocupa dice que el Gobierno adoptará las medidas o iniciativas necesarias para establecer un sistema obligatorio de seguro y fondo de garantía que cubran, para sectores determinados, los riesgos de intoxicación, lesión o muerte derivados del mal estado de los productos, servicios o actividades a que se refiere el artículo 28.

## **VI. La Directiva europea sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y la Ley española sobre la misma materia**

### *1. La Directiva de las Comunidades Europeas*

El 25 de julio de 1985, el Consejo de las Comunidades Europeas promulgó una «directiva» sobre «aproximación de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por hecho de los productos defectuosos».

Responde esta disposición a la necesidad de acomodar las legislaciones internas de cada Estado miembro a unos principios —los contenidos en la propia Directiva— uniformes u homogéneos, a cuyo fin (como corresponde a una norma de esta naturaleza) se establece en su artículo 19 que los Estados promulgarán en el plazo de 3 años a partir del 30 de julio de 1985 las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas necesarias para llevar a cabo dicha acomodación.

De la Directiva conviene destacar los siguientes extremos:

El artículo 1.º formula la regla básica de que *«el productor es responsable del daño causado por un defecto de su producto»*.

Por «producto» se entiende todo bien mueble, con excepción de las materias primas agrícolas y los productos de la caza, aunque se haya incorporado a otro bien mueble o a un inmueble. Se incluye la electricidad (artículo 2.º).

El artículo 14 precisa que la Directiva no se aplica a los daños resultantes de accidentes nucleares y que estén cubiertos por convenciones internacionales ratificadas por los Estados miembros.

Siempre a los efectos de la Directiva, por «productor» se entiende el fabricante de un producto terminado, el productor de una materia prima o el fabricante de un elemento componente, así como todo aquel que se presente como productor, poniendo sobre el producto su nombre, su marca u otro signo distintivo (artículo 3.º).

El mismo artículo 3.º dispone que, sin perjuicio de la responsabilidad del productor, toda persona que importe un producto en la Comunidad, sea por compraventa, arrendamiento, leasing u otra forma de distribución en el marco de una actividad comercial, se considera productor y responde por el mismo título que éste. Se trata de una norma muy digna de tenerse en cuenta, por su extraordinario alcance. Y añade el mismo artículo que, si el productor no puede ser identificado, el suministrador será considerado como tal, a menos que indique a la víctima, en un plazo razonable, la identidad del productor o de quien le ha suministrado a él mismo el producto. Esta regla se aplica al producto importado, si no se indica la identidad del importador, aunque se señale la identidad del productor.

Está claro que las anteriores normas tienen la finalidad de proteger al consumidor, permitiéndole saber contra quién, al menos, puede reclamar y haciéndole posible demandar judicialmente dentro de la Comunidad.

La víctima del daño debe probarlo, así como el defecto del producto y la relación de causalidad entre uno y otro (artículo 4.º).

En el caso de que varias personas sean responsables del mismo daño, su responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las disposiciones del Derecho nacional relativas al reembolso (artículo 5.º).

El apartado 1 del artículo 6.º determina que un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad que de él se puede legítimamente esperar teniendo en cuenta las circunstancias y sobre todo la presentación de producto, el uso que del producto puede esperarse razonablemente y el momento de puesta en circulación del mismo.

Y el apartado 2 puntualiza que un producto no puede ser considerado como defectuoso por el solo hecho de que otro más perfeccionado haya sido puesto en circulación con posterioridad.

De acuerdo con el artículo 7.º, el productor no responde si prueba: *a)* que él no puso en circulación el producto; *b)* que, teniendo en cuenta las circunstancias, debe estimarse que el defecto que causó el daño no existía en el momento en que se puso el producto en circulación por su parte o que se originó con posterioridad; *c)* que el producto no ha sido fabricado para la venta o cualquier otra forma de distribución con fines económicos, y que no lo fabricó ni distribuyó en el marco de su actividad profesional; *d)* que el defecto se ha debido a la conformidad del

producto con reglas imperativas dictadas por los poderes públicos; *e*) que el estado de los conocimientos científicos y técnicos en el momento de la puesta en circulación del producto por él —el productor— no le permitía descubrir la existencia del defecto; *f*) si se trata del fabricante de un elemento componente de un producto, que el defecto es imputable a la concepción del producto del que ese elemento forma parte, o a las instrucciones dadas por el fabricante del producto (terminado).

El artículo 8.º advierte que, sin perjuicio de las disposiciones de las leyes de cada Estado sobre el derecho a resarcirse o ser reembolsado, la responsabilidad del productor no se reduce cuando el daño es causado conjuntamente por defecto del producto y por la intervención de un tercero, añadiéndose, sin embargo, en el apartado 2 del mismo artículo, que la responsabilidad del productor puede ser reducida o suprimida, en atención a las circunstancias, cuando el daño es causado conjuntamente por un defecto del producto y por culpa de la víctima o de persona de la que la víctima debe responder.

La Directiva entiende por «daño» la muerte o lesiones corporales, así como el causado a una cosa o su destrucción —distinta de la del producto defectuoso mismo— con una deducción por franquicia de 500 *ecus* (unidad de cuenta de la Comunidad), siempre que la cosa en cuestión sea de un tipo normalmente destinado al uso o al consumo privados y haya sido utilizada por la víctima principalmente en esas funciones de uso o consumo.

Se deja a salvo el Derecho de cada Estado en punto a daños inmateriales, esto es, daños morales (todo ello, en el artículo 9.º).

Se establece como plazo de prescripción el de 3 años a contar del momento en que el demandante (el perjudicado) tuvo o debió tener conocimiento del daño, del defecto del producto y de la identidad del productor. Y se deja al Derecho de cada Estado lo correspondiente a la suspensión e interrupción de la prescripción (artículo 10).

El artículo 11 establece que los Estados miembros dispondrán en su legislación que los derechos otorgados a la víctima duran hasta la expiración del plazo de 10 años a contar de la fecha en que se puso en circulación el producto, salvo que en ese plazo se haya entablado reclamación judicial por la víctima.

Para evitar abusos por parte de los productores, se dispone que la responsabilidad de éstos no puede ser limitada o excluida por cláusulas limitativas o de exención de tal responsabilidad (artículo 12).

Por fin, el artículo 13 advierte que la Directiva no afecta a los derechos de que la víctima pueda hacer uso por vía de responsabilidad contractual o extracontractual o a causa de un régimen especial de respon-

sabilidad que exista en el momento en que la Directiva misma se notifique a cada Estado. Piénsese, por ejemplo, en que hay países en que existen reglas especiales sobre daños por productos farmacéuticos, sobre los derivados de la construcción, etc.

## 2. *La Ley española de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*

El 6 de julio de 1994 se promulgó en España la *Ley de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*.

Esta Ley tuvo por objeto llevar a cabo la adaptación del Derecho español a la Directiva sobre la materia de la entonces Comunidad Económica Europea, de 25 de julio de 1985. Se promulgó con un considerable retraso respecto al plazo de tres años que al efecto había establecido la norma comunitaria y su redacción fue objeto de un largo y complejo proceso de elaboración, debido en buena parte a las discrepancias doctrinales planteadas al respecto.

La Ley, como corresponde a su naturaleza, recoge los principios y criterios de la Directiva comunitaria.

Considero oportuno resumir los principales rasgos de la Ley en cuestión. Pueden formularse así:

1. Se instaura un régimen de *responsabilidad objetiva, aunque no absoluta*, como puntualiza la exposición de motivos de la Ley.

Es responsabilidad objetiva, porque el fabricante responde —como establece el artículo 1— de los daños causados por los defectos de los productos que fabrique. No hay ninguna alusión a la *culpa*, lo que significa que el criterio de imputación no es ella, sino la efectiva producción del daño.

No obstante, la responsabilidad objetiva *no es absoluta*, porque el fabricante se ve exonerado de responsabilidad si prueba cualquiera de las circunstancias del artículo 6, esto es:

a) Que no había puesto en circulación el producto.

b) Que, dadas las circunstancias del caso, es posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto.

c) Que el producto no había sido fabricado para la venta o cualquier otra forma de distribución con finalidad económica, ni fabricado, importado, suministrado o distribuido en el marco de una actividad profesional o empresarial.

d) Que el defecto se debió a que el producto fue elaborado conforme a normas imperativas existentes.

Y por fin, e), que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitiría apreciar la existencia del defecto. Esta última causa de exoneración de responsabilidad, sin embargo, no es aplicable en el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano.

He de señalar que hasta ahora, para simplificar, me he referido exclusivamente al fabricante (como lo haré de ahora en adelante), pero no sin dejar de advertir que el «principio general» del artículo 1 de la Ley *incluye a los fabricantes y a los importadores*.

El apartado 2 del mismo artículo 4 dice que se entiende por importador quien, en el ejercicio de su actividad empresarial, introduce un producto en la Unión Europea para su venta, arrendamiento, arrendamiento financiero o cualquier otra forma de distribución.

Pero, como decía antes, en mi exposición utilizaré normalmente la sola expresión de «el fabricante».

2. Otra particularidad de la Ley consiste en la delimitación de su «ámbito de protección», puesto que el régimen de responsabilidad previsto en la misma comprende *los supuestos de muerte y las lesiones corporales, así como los daños causados en cosas distintas del propio producto defectuoso*, siempre que la cosa dañada se halle objetivamente destinada al uso o consumo privados y en tal concepto haya sido utilizada principalmente por el perjudicado.

3. Las personas responsables del mismo daño por aplicación de la Ley lo *serán solidariamente* (artículo 7).

4. Según el artículo 8, *la responsabilidad del fabricante o importador no se reducirá cuando el daño sea causado conjuntamente por un defecto del producto y por la intervención de un tercero*.

5. Sin embargo, *la culpa del perjudicado (o de una persona de la que éste deba responder civilmente) puede ser causa de exención o reducción de la responsabilidad del fabricante*, si el daño causado fuera debido conjuntamente a un defecto del producto y a aquella culpa (artículo 9).

6. Otra regla digna de mención es la del artículo 15, por cuya virtud *las acciones reconocidas en la Ley no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener como consecuencia de la responsabilidad contractual o extracontractual del fabricante*.

7. Se establece, para la prescripción de la acción de reparación de los daños y perjuicios previstos en la Ley, un plazo hasta ahora desco-

nocido en el Derecho español, es decir, *el de tres años*, inferior al común de la responsabilidad contractual (quince años) y superior al de la responsabilidad extracontractual (un año).

**8.** Conforme al artículo 14, *son ineficaces frente al perjudicado las cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad civil prevista en la Ley.*

**9.** Todo ello, por otra parte, sobre la base del ámbito objetivo de tutela que viene dado por el artículo 2, al definir el «concepto legal de producto». Se dice en ese lugar que, a los efectos de esta Ley, *se entiende por producto todo bien mueble, aun cuando se encuentre unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble, excepto las materias primas agrarias y ganaderas y los productos de la caza y de la pesca que no hayan sufrido transformación inicial.* El apartado 2 del mismo artículo dispone que se consideran productos el gas y la electricidad.

**10.** La responsabilidad deriva de haber puesto en circulación el producto defectuoso que causó el daño, motivo por el que la Ley (artículo 3) se cuida de definir qué se entiende por tal. Dice ese precepto:

«1. *Se entenderá por producto defectuoso aquel que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación.*

2. *En todo caso, un producto es defectuoso si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie.*

3. *Un producto no podrá ser considerado defectuoso por el solo hecho de que tal producto se ponga posteriormente en circulación en forma más perfeccionada.»*

**11.** El artículo 5 establece el régimen de la prueba, diciendo: «*El perjudicado que pretenda obtener la reparación de los daños causados tendrá que probar el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos*»<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Sobre este último extremo traté con algún detalle en DE ANGEL YÁGÜEZ, *Responsabilidad por productos defectuosos. Reflexiones en torno a la carga de la prueba*, «Estudios de Deusto», enero-junio 1996, páginas 9 a 53. Es desarrollo de la ponencia expuesta por el autor en el II Congreso Internacional de Derecho de daños, celebrado en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima durante los días 16 a 19 de setiembre de 1996.

## VII. El proyecto de Ley español sobre Condiciones Generales de la Contratación. Régimen (añadido) de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores

### 1. Introducción: justificación del Proyecto y aspectos de técnica legislativa

El Boletín Oficial de las Cortes Generales de 5 de setiembre de 1997<sup>15</sup> publicaba el acuerdo de la Mesa de la Cámara de encomendar a la Comisión de Justicia e Interior, por el procedimiento de urgencia y con competencia legislativa plena, la aprobación del Proyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, en ocasiones, LCGC) que al efecto se reproducía.

La Exposición de Motivos comienza diciendo que la Ley proyectada *tiene por objeto la transposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre condiciones abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, así como la regulación de las condiciones generales de la contratación.* Añade el preámbulo que se ha optado por llevar a cabo la incorporación de la Directiva citada mediante una Ley de Condiciones Generales de la Contratación que, al mismo tiempo, a través de una disposición adicional, modifique el marco jurídico preexistente de protección al consumidor, constituido por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en lo sucesivo, a veces, LCU).

Como cuestión previa al análisis de la Ley proyectada, merece alguna atención, a mi juicio, la contemplación de la fórmula de técnica legislativa que el Proyecto adopta.

A este respecto, hay que tener presente que, como advierte la Memoria del propio Proyecto, la idea inicial del Gobierno fue la de llevar a cabo la transposición de la citada Directiva mediante el sistema de reformar en lo oportuno (se supone que más que modificarla era ampliarla) la LCU. A tal fin, la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia había elaborado un Anteproyecto.

Pero en definitiva se ha optado por cambiar de orientación. En efecto, el Proyecto sigue la fórmula justamente contraria a la prevista, es decir, la de promover una Ley de Condiciones Generales de la Contratación que, *además de regular la materia que el propio nombre revela, modifique la referida LCU en lo relativo a las cláusulas contractuales abusivas.*

---

<sup>15</sup> Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, número 78-1.



Conviene hacer memoria de que el propósito de introducir en nuestro ordenamiento una Ley sobre condiciones generales de la contratación data de hace bastantes años. Recuérdese que ya en 1988 se publicó<sup>16</sup> un borrador de Anteproyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, realizado por la Comisión General de Codificación<sup>17</sup>.

*Por otro lado, era necesario llevar a cabo la transposición de la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, puesto que su artículo 10 dispuso que los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea «adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva, a más tardar, el 31 de diciembre de 1994». Es decir, ha vencido ampliamente el plazo conferido para la transposición.

De ahí, como decía, que se haya optado por la fórmula legislativa de una Ley única, con los dos contenidos a que vengo refiriéndome; y siguiendo, como dice la Memoria del Proyecto, el dictamen del Consejo de Estado.

## 2. Consideraciones previas sobre el contenido de la Ley proyectada

Hechas estas consideraciones previas, procede entrar en un análisis general (en lo que respecta a su contenido) de la Ley proyectada.

Con independencia de su estructura formal, cumple advertir que ese contenido se cifra en tres grandes bloques:

En primer lugar, *la reglamentación propiamente dicha de las condiciones generales de la contratación*, materia a la que, como antes señalaba, se dedica el texto «en artículos», que son veintitrés, sistematizados u organizados en siete capítulos.

En segundo término, la disposición adicional primera *introduce ciertas modificaciones en la LCU, de las cuales las más significativas son: la nueva redacción del artículo 10, la adición de un nuevo artículo 10 bis y la incorporación de una disposición adicional primera que, a su vez, es desarrollo del citado nuevo artículo 10 bis.*

---

<sup>16</sup> En el suplemento del Boletín de Información del Ministerio de Justicia de 15 de enero de aquel año.

<sup>17</sup> Con posterioridad se elaboró otro Anteproyecto de Ley. Lo tomo de LASARTE ALVAREZ, *Principios de Derecho civil*, tomo tercero, Madrid, 1994, páginas 85 y siguientes. Este Anteproyecto fue «revisión» del que se acaba de mencionar y lo citaré en lo sucesivo como «segundo Anteproyecto», aunque el ordinal pueda no ser del todo riguroso, pues ignoro si hubo otros anteriores o posteriores. Este «segundo Anteproyecto» fue de 1992, por lo que parece.

En tercer lugar, merece una mención específica (por la importancia que, incluso desde el punto de vista «cuantitativo», le atribuye el Proyecto) *la modificación de la Ley Hipotecaria, cuyos artículos 222, 233, 253 y 258 reciben una nueva redacción*. Es obvio que el Proyecto «aprovecha la ocasión» para reforzar las garantías del que podríamos llamar «consumidor de servicios registrales». El apartado IX de la Exposición de Motivos de la Ley así lo dice.

### 3. Régimen de las condiciones generales de la contratación

Paso ahora al desarrollo de la reglamentación de las condiciones generales de la contratación en el Proyecto.

#### 3.1. Rasgos generales

Al margen también de la estructura formal del articulado, pongo de relieve los siguientes extremos:

a) La Ley, en primer término, define las condiciones generales de la contratación, en la línea de lo que habían venido haciendo los borradores de Anteproyecto antes mencionados.

b) Se determina el ámbito territorial de la Ley.

c) Se establece qué contratos quedan excluidos de la aplicación de la Ley.

d) Se adopta la fórmula de disponer, en sendos preceptos, cuándo unas cláusulas deben considerarse «incorporadas» al contrato y cuándo no.

e) Se introducen reglas de interpretación específicas para las condiciones generales.

f) La «ineficacia» de ciertas condiciones generales se articula, en favor del contratante adherente, mediante dos formas de sanción. Una de ellas es la nulidad de pleno derecho y otra la llamada «no incorporación al contrato». Disponiéndose, al efecto, las consecuencias jurídicas que derivan de ambos tipos de sanción.

g) Se crea un Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

h) Se instauran tres acciones nuevas, que se denominan «colectivas» y que son la de cesación, la de retractación y la declarativa.

Respecto al ejercicio de estas acciones, la Ley dispone reglas sobre competencia material y tramitación del proceso; en punto a competencia territorial; sobre legitimación activa y pasiva; acerca de la prescripción; y, por fin, en torno a los efectos de la sentencia dictada en cada uno de esos tres tipos de acciones.

i) Se introducen reglas especiales de publicidad de las sentencias dictadas, tanto en los procedimientos «individuales» como en los «colectivos».

j) Se adoptan nuevas reglas de información sobre las condiciones generales, a cargo de Notarios, Registradores de la Propiedad y Mercantiles y Corredores de Comercio.

k) Por fin, se dispone un régimen sancionador también especial.

### 3.2. *Concepto de condiciones generales de la contratación*

Como parecía obligado, el Proyecto suministra un concepto o definición de condiciones generales de la contratación. Lo hace en su artículo 1, que dice:

*«Artículo 1. Ambito objetivo*

*1. Son condiciones generales de la contratación las cláusulas pre-dispuestas cuya incorporación al contrato sea exclusivamente imputable a una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos o declaraciones jurídicamente relevantes.*

*2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato.*

*3. El profesional que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.»*

Me parece oportuno acudir a la Memoria del Proyecto para contemplar de qué forma se ha razonado para definir qué se entiende por condiciones generales de la contratación. En ese lugar se dice:

«Las condiciones generales son, ante todo, cláusulas que van a formar parte del contenido de un contrato.

Ahora bien, son cláusulas que se caracterizan por la concurrencia de las siguientes circunstancias:

a) Predisposición por una de las partes contratantes.

b) Ausencia de negociación individual. Toda cláusula no negociada individualmente no siempre es condición general, ya que puede tratarse de un contrato de adhesión particular. Sin embargo, la afirmación inversa siempre se cumple: toda condición general implica predisposición, y en consecuencia, no negociación individual de la cláusula.

c) Que esté destinada a una pluralidad de contratos.

Estos requisitos (carácter contractual, predisposición que excluye la negociación individual y finalidad de incorporarse a una pluralidad de contratos) se recogen en el artículo 1.º del Proyecto».

Hasta aquí, el texto de la Memoria.

En relación con el extremo que ahora nos ocupa, es decir, el del ámbito subjetivo de las condiciones generales de la contratación, la Memoria del Proyecto se refiere a la discusión doctrinal al respecto, mencionando la opinión de DÍEZ-PICAZO como representativa de la idea de que el adherente en las condiciones generales puede ser también un empresario o profesional.

Por ello, la propia Memoria señala que el Proyecto distingue dos ámbitos distintos, según se trate de condiciones generales o de cláusulas abusivas:

*a) tratándose de condiciones generales, el Proyecto de Ley no hace salvedad alguna, por lo que son aplicables también a las relaciones contractuales entre empresarios y profesionales, y no sólo a las relaciones entre éstos y los consumidores;*

*b) tratándose de cláusulas abusivas, la regulación se mantiene en sede de la legislación sobre protección al consumidor, porque se entiende que sólo cabe regular específicamente el desequilibrio contractual cuando existe un consumidor.*

### 3.3. *Ámbito territorial de la Ley*

El Proyecto también se ocupa de determinar el ámbito territorial de la Ley.

Así, el artículo 2 dispone:

*«Artículo 2. Ámbito territorial. Disposiciones imperativas.*

*La presente Ley se aplicará a las cláusulas de condiciones generales que formen parte de contratos sujetos a la legislación española.*

*También se aplicará a los contratos sometidos a la legislación extranjera cuando el adherente haya emitido su declaración negocial en el territorio español y tenga en éste su domicilio o residencia habitual, sin perjuicio de lo establecido en Tratados o Convenios internacionales».*

### 3.4. *Contratos excluidos*

El artículo 3 del Proyecto se refiere a los «contratos excluidos», respecto de los cuales dice la Exposición de Motivos:

«Desde el punto de vista objetivo se excluyen ciertos contratos que por sus características específicas, por la materia que tratan y por la alienidad de la idea de predisposición contractual, no deben estar comprendidos en la Ley, como son los administrativos, los de trabajo, los societarios, los que regulen relaciones familiares y los sucesorios.»

Así, ese artículo 3 dice:

*«Artículo 3. Contratos excluidos*

*La presente Ley no se aplicará a los contratos administrativos, a los contratos de trabajo, a los de sociedad, a los que regulan relaciones familiares y a los contratos sucesorios.*

*Tampoco será de aplicación esta Ley a las condiciones generales que reflejen las disposiciones o los principios de los Convenios internacionales en que el Reino de España sea parte, ni las que vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes.»*

En lo que respecta a la exclusión de todos los supuestos de condiciones generales regulados específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y de aplicación obligatoria, la Memoria señala que el sentido fundamental de esta exclusión es respetar la legislación en la materia de sectores específicos, como el asegurador, que dispone ya de órganos propios de control. No obstante, téngase presente que la disposición adicional primera del proyecto introduce a su vez una disposición adicional segunda en la LCU, con el siguiente texto: *«Disposición adicional segunda. Ambito de aplicación. Lo dispuesto en la presente Ley será de aplicación a todo tipo de contratos en los que intervengan consumidores, con las condiciones y requisitos en ella establecidos, a falta de normativa sectorial específica, que en cualquier caso respetará el nivel de protección del consumidor previsto en aquélla.»*

### 3.5. *Requisitos de incorporación y cláusulas no incorporadas*

Los artículos 4 y 5 del Proyecto, siguiendo una terminología muy arraigada en esta materia, aunque a mi juicio no demasiado afortunada, determinan respectivamente los «requisitos de incorporación» y las «cláusulas no incorporadas».

El primero de esos preceptos trata, en definitiva, de determinar cuándo unas condiciones generales forman parte del contrato. Circunstancia que no pasaría de ser una mera curiosidad académica si no fuera porque son precisamente las condiciones generales «incorporadas» las

que pueden ser objeto de sanción de nulidad; no sólo porque así se desprende del Capítulo II de la Ley, sino por obvia coherencia técnica.

1. Ese artículo 4 contempla los «requisitos de incorporación» a la luz de elementales principios científicos y con una razonable contemplación de algunas formas de contratación que el tráfico económico impone.

Reza así el precepto:

*«Artículo 4. Requisitos de incorporación*

*1. Las condiciones generales pasan a formar parte del contrato cuando su incorporación al mismo haya sido aceptada por el adherente y hayan sido firmadas por los contratantes.*

*No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia, y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas.*

*2. Cuando el contrato no deba formalizarse por escrito y el predisponente entregue un resguardo justificativo de la contraprestación recibida, bastará con que el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio, que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración; o que, de cualquier otra forma, garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración.*

*3. La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.*

*4. En los casos de contratación telefónica o electrónica, será necesario que conste la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional.»*

Quedan razonablemente descritos los requisitos para que unas condiciones generales se consideren efectivamente «incorporadas» al contrato, con atención, también justificada, a determinadas modalidades de contratación que era necesario contemplar.

Me produce perplejidad, no obstante, el apartado 3 del artículo, puesto que en rigor no se trata de «requisitos de incorporación», sino de requisitos de eficacia de las condiciones generales (en el sentido de que deben ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez); esto a tenor del apartado 1 del artículo 7, al que luego me referiré, que formula una regla general descriptiva de la nulidad de pleno derecho de que pueden adolecer las condiciones generales. A no ser que se ponga el énfasis en las palabras «en perjuicio del adherente»

que utiliza esta última norma, puesto que no cabe excluir que las cláusulas generales no se ajusten a los criterios antes mentados (los del apartado 3 del artículo que nos ocupa), y en cambio ese perjuicio a que se refiere el artículo 7 no se produzca.

En cualquier caso, parece que este apartado 3 es un «cuerpo extraño» en la lógica del artículo 4. Me parecería más adecuado que el contenido de ese apartado, expresado *a sensu contrario*, se hubiese incluido en el artículo 5, dentro de la no muy satisfactoria fórmula de la llamada «no incorporación».

Interesa señalar la justificación que la Memoria del Proyecto da a los «casos excepcionales» del apartado 2. Se dice al respecto:

«Sólo en los supuestos en los que por razón de las especiales circunstancias del contrato la obligación de informar y facilitar las condiciones generales sea desproporcionada (como es el caso de los contratos en los que no sea obligatorio formalizar el contrato por escrito), se considera suficiente para su eficacia que el adherente haya tenido la posibilidad real de conocerlas, sin necesidad de un conocimiento efectivo ni de firma. Es el caso de sectores como el transporte u otros dirigidos a una contratación masiva, en los que sería desorbitado exigir una información efectiva de las condiciones generales y su entrega al usuario.»

2. De conformidad con el criterio que rige el Proyecto en este punto, esto es, el de hablar de «cláusulas incorporadas» (aunque con otras palabras) y de «cláusulas no incorporadas», el artículo 5 de la Ley sería del siguiente tenor:

*«Artículo 5. Cláusulas no incorporadas*

*No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:*

*a) aquellas que no haya tenido oportunidad el adherente de tomar conocimiento real al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo anterior;*

*b) las que sean ilegibles, ambiguas, incomprensibles u oscuras, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato;*

*c) las que de acuerdo con las circunstancias y, en especial, con la naturaleza del contrato, resulten tan insólitas que el adherente no hubiera podido contar razonablemente con su existencia.»*

Como decía antes, la propia terminología de «no incorporación» me parece poco adecuada.

En concreto, creo razonable que se consideren como tales las del apartado a) del precepto, porque, verdaderamente, las condiciones generales a que se refiere *no han sido objeto de una declaración de voluntad por parte del adherente que merezca esa calificación*. Diríase que lo que constituye el referido apartado es, en rigor, una tautología o redundancia, puesto que en estrictos términos técnicos —a la luz del texto legal que nos ocupa— no existe siquiera «cláusula».

Pero, por lo que respecta a los casos de los apartados b) y c), hablar de «no incorporación» es una auténtica ficción. Las cláusulas o condiciones generales a que dichos apartados se refieren *sí están incorporadas al contrato, diga lo que diga el precepto*. Cosa distinta es que no sean eficaces, en términos amplios, o que —acudiendo a los conceptos del propio Proyecto— sean nulas de acuerdo con su artículo 7.

### 3.6. Reglas de interpretación

El artículo 6 del Proyecto formula dos reglas hermenéuticas de inquestionable lógica y, en el fondo, no del todo nuevas en nuestro sistema jurídico, salvo en su formulación con el carácter general con que lo hace el texto que analizamos.

Dice esa norma:

#### «Artículo 6. Reglas de interpretación

1. *Cuando exista contradicción entre las condiciones generales y las específicamente previstas para el contrato concreto, prevalecerán éstas sobre aquéllas, salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas para el adherente que las condiciones particulares.*

2. *Las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente.»*

En el apartado 1 se hace prevalecer el beneficio del adherente contra lo que sería una solución técnica fundada si no se hablase de condiciones generales; me refiero a la prevalencia o primacía de lo particular o especial sobre lo general.

En cuanto al apartado 2, es claro que la norma va más lejos de lo que exige el tradicional criterio hermenéutico que damos en llamar «*interpretatio contra proferentem*», con asiento en el artículo 1.288 del Código civil, puesto que el precepto no se limita a decir que las oscuridades no deben favorecer a la parte que las hubiere ocasionado, sino que, yendo también más allá, *establece que se resolverán a favor del adherente*.



### 3.7. *Nulidad de las condiciones generales. La propia de las abusivas*

1. El Capítulo II de la Ley proyectada comprende tres artículos, el 7, 8 y 9, bajo la rúbrica general de «nulidad y no incorporación de determinadas condiciones generales».

El primero de esos artículos dice:

*«Artículo 7. Norma general. Nulidad de las condiciones generales*

*1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.*

*2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.»*

El apartado 1 adopta el criterio de sanción general de nulidad del artículo 6.3 del Código civil, que sin embargo debe ser matizado con la fórmula de nulidad parcial o conservación del negocio jurídico que se establece en el artículo 9, como en seguida veremos.

No podía ser de otro modo, si tenemos en cuenta que esa nulidad se predica respecto de las condiciones generales en tanto en cuanto contradigan lo dispuesto en normas imperativas o prohibitivas; pero siendo «en perjuicio del adherente», como puntualiza el precepto.

El apartado 2 enlaza con la doctrina de las cláusulas abusivas (que —no se olvide— es el objeto de la Directiva cuya transposición al Derecho español constituye uno de los propósitos del Proyecto), al declarar nulas las condiciones generales que sean abusivas (si bien cuando el contrato sea celebrado con un consumidor). Lo que implica la toma en consideración del concepto de cláusula abusiva establecido en el nuevo artículo 10 bis que el Proyecto introduce en la LCU, así como el elenco o lista de cláusulas abusivas que el propio Proyecto incluye así mismo en la LCU, como disposición adicional primera.

El artículo 8, bajo la equívoca rúbrica de «régimen de la nulidad», lo que hace en rigor es formular ciertas reglas procesales sobre la declaración de nulidad, pero también sobre la denominada «declaración de no incorporación».

Es claro que la primera de esas declaraciones tiene su asiento sustantivo en el artículo 7 que acabamos de examinar, mientras que la segunda lo encuentra en el artículo 5 antes analizado.

2. Ese artículo 8 dispone:

*«Artículo 8. Régimen de la nulidad*

*1. La declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales, podrá ser instada por el adherente de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual y tendrá los efectos previstos en el artículo siguiente.*

*2. La sentencia estimatoria obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas.»*

3. Sin perjuicio de lo anterior, el mayor interés radica en el contenido del artículo 9, que dice:

*«Artículo 9. Efectos de la no incorporación y de la nulidad*

*1. La no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas, no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas.*

*2. La parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código civil.»*

Como decía antes, se observará que este último precepto se ajusta al principio de «conservación del negocio jurídico» o, dicho de otro modo, a la «nulidad parcial», si, declarada la nulidad o la no incorporación al contrato de algunas cláusulas de las condiciones generales, el contrato puede —no obstante— subsistir sin ellas. Parece claro que esto último ocurrirá cuando las cláusulas en cuestión no afecten a los llamados «elementos esenciales» del contrato o a los «naturales» de la figura contractual de que en cada caso se trate.

Por otro lado, merece particular mención el apartado 2, por cuanto es realmente original (aunque no incorrecto) que una Ley especial aluda a la facultad de «integración del contrato» que con carácter general formula el artículo 1.258 del Código civil. Quizá esté la novedad en el hecho de que en esta norma no se reconoce esa simple *facultad*, sino que «se impone» al juez la operación integradora de que hablamos.

Hay que hacer notar que esta fórmula de integración del contrato por parte del juez se establece también (por natural coherencia) en el nuevo artículo 10 bis que el Proyecto pretende introducir en la LCU. Lo veremos más adelante al examinar el contenido de la disposición adicional primera de este Proyecto que nos ocupa.

#### 4. El Registro de Condiciones Generales de la Contratación

El Capítulo III del Proyecto (artículo 10) reglamenta un nuevo Registro de Condiciones Generales de la Contratación. El precepto dice:

*«Artículo 10. Registro de Condiciones Generales*

*1. Se crea el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, que estará a cargo de un Registrador de la Propiedad y Mercantil, conforme a las normas de provisión previstas en la Ley Hipotecaria.*

*La organización del citado Registro se ajustará a las normas que dicte el Ministerio de Justicia.*

*2. En dicho Registro podrán inscribirse las cláusulas contractuales que tengan el carácter de condiciones generales de la contratación con arreglo a lo dispuesto en la presente Ley, a cuyo efecto se presentarán para su depósito, por duplicado, los ejemplares, tipo o modelos en que se contengan, a instancia de cualquier interesado. No obstante, el Gobierno, a propuesta conjunta del Ministerio de Justicia y del departamento ministerial correspondiente, podrá imponer la inscripción obligatoria en el Registro de las Condiciones Generales en determinados sectores específicos de la contratación.*

*3. Serán objeto de anotación preventiva la interposición de las demandas ordinarias de nulidad o de declaración de no incorporación de cláusulas generales, así como las acciones colectivas de cesación, de retractación y declarativa previstas en el capítulo IV.*

*Dichas anotaciones preventivas tendrán una vigencia de cuatro años a contar desde su fecha, siendo prorrogables hasta la terminación del procedimiento en virtud de mandamiento judicial de prórroga.*

*4. Serán objeto de inscripción las ejecutorias en que se recojan sentencias firmes estimatorias de cualquiera de las acciones a que se refiere el apartado anterior. También podrá ser objeto de inscripción, cuando se acredite suficientemente al Registrador, la persistencia en la utilización de cláusulas declaradas judicialmente nulas.*

*5. El Registro de Condiciones Generales de la Contratación será público.*

*6. El Registrador calificará el interés del solicitante de información relativa a los asientos registrales, presumiendo tal interés en las Entidades a que se refiere el artículo 12.*

*7. La publicidad de los asientos registrales se realizará bajo la responsabilidad y control profesional del Registrador.*

*8. La inscripción de las condiciones generales podrá solicitarse por los contratantes, los legitimados para ejercitar la acción colectiva*

*y, en caso de anotación de demanda o sentencia judicial, en virtud del mismo mandamiento, que las incorporará.*

*9. Contra la calificación por el Registrador del interés del solicitante de la inscripción de las condiciones generales o de información relativa a los asientos registrales, podrá recurrirse ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia correspondiente, si residiese en el mismo lugar que aquél o, en otro caso, al Juez de Primera Instancia, quienes decidirán oyendo al Registrador. Contra la decisión de los mismos podrá recurrirse ante la Dirección General de los Registros y del Notariado.»*

Son muchos los interrogantes que plantea este Registro que el Proyecto prevé. El primero y principal, a mi juicio, radica en si está o no justificado que se constituya todo un «aparato registral» para la modalidad de los objetivos que con ese Registro se persiguen.

## **5. Acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa de condiciones generales**

El Capítulo IV del Proyecto dedica nueve artículos (11 a 19) a las acciones denominadas en la forma que se dice en el epígrafe, rúbrica a su vez de dicho capítulo.

Interesan sobre todo los artículos 11 y 19, que revelan suficientemente el carácter y los objetivos de esas acciones de nuevo cuño.

El artículo 11 reza:

*«Artículo 11. Acciones de cesación, retractación y declarativa*

*1. Contra la utilización o la recomendación de utilización de condiciones generales que resulten contrarias a lo dispuesto en esta Ley, o en otras leyes imperativas o prohibitivas, podrán interponerse, respectivamente, acciones de cesación y retractación.*

*2. La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia por medio de la cual se condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo.*

*3. Por medio de la acción de retractación se insta la imposición al demandado, sea o no el predisponente, de la obligación de retractarse de la recomendación que haya efectuado de utilizar las cláusulas de condiciones generales que se consideren nulas y de abstenerse de seguir recomendándolas en el futuro, siempre que hayan sido efectivamente utilizadas por el predisponente en alguna ocasión.*

*4. La acción declarativa tendrá por objeto el reconocimiento de una cláusula como condición general de contratación, e instar su ins-*

*cripción únicamente cuando ésta sea obligatoria conforme al artículo 10.2 inciso final de la presente Ley.»*

Y, en coherencia con ese artículo 11 (no exenta de alguna redundancia), el artículo 19 dispone:

*«Artículo 19. Efectos de la sentencia*

*1. La sentencia estimatoria obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción de cesación, impondrá al demandado la obligación de eliminar de sus condiciones generales las cláusulas que declare contrarias a lo prevenido en esta Ley o en otras leyes imperativas y la de abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo.*

*2. Si la acción ejercitada fuera la de retractación, la sentencia impondrá al demandado la obligación de retractarse de la recomendación efectuada, y de abstenerse de su recomendación futura, de aquellas cláusulas de condiciones generales que hayan sido consideradas contrarias a Derecho.*

*3. Si la acción ejercitada fuera la declarativa, la sentencia declarará el carácter de condición general de la cláusula o cláusulas afectadas y dispondrá su inscripción en el Registro de Condiciones Generales.*

*4. La sentencia que estime la acción de cesación, una vez adquiera firmeza, vinculará a todos los jueces en los eventuales ulteriores procesos en que se inste la nulidad de cláusulas idénticas a las que hubieran sido objeto de la referida sentencia, siempre que se trate del mismo predisponente.»*

Los artículos 12 a 18 disponen reglas de carácter procesal para el ejercicio de estas acciones.

El artículo 15 establece la legitimación activa para el ejercicio de estas acciones colectivas.

Dice al respecto:

*«Artículo 15. Legitimación activa*

*Las acciones previstas en el artículo anterior podrán ser ejercitadas por las siguientes entidades:*

*1. Las Asociaciones o Corporaciones de empresarios, profesionales y agricultores que estatutariamente tengan encomendada la defensa de los intereses de sus miembros.*

*2. Las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación.*

*3. Las Asociaciones de Consumidores y Usuarios legalmente constituidas.*

*4. El Instituto Nacional de Consumo y los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales competentes en materia de defensa de los consumidores.»*

El artículo 18 se refiere a la prescripción de las acciones colectivas que nos vienen ocupando. Dice el precepto:

*«Artículo 18. Prescripción*

*Las acciones colectivas de cesación y retractación prescriben por el transcurso de dos años desde el momento en que se practicó la inscripción de las condiciones generales cuya utilización o recomendación pretenden hacer cesar.*

*Tales acciones, no obstante, podrán ser ejercitadas en todo caso durante el año siguiente a la declaración judicial firme de nulidad o no incorporación que pueda dictarse con posterioridad como consecuencia de una acción individual.*

*La acción declarativa es imprescriptible.»*

## **6. La disposición adicional primera de la Ley**

Con esta disposición adicional se introducen notables modificaciones de la LCU. Voy a ocuparme de las más significativas.

### *6.1. La nueva redacción del artículo 10 de la LCU*

Según el número dos de esta disposición adicional primera, el artículo 10 de la LCU adquiere una nueva redacción, ajustada al nuevo régimen de las condiciones generales contenido en el articulado (en sentido estricto) de la Ley proyectada.

Así, el precepto mentado queda redactado de la siguiente forma:

*«Artículo 10.1. Las cláusulas, condiciones o estipulaciones que se apliquen a la oferta o promoción de productos o servicios, y las cláusulas no negociadas individualmente relativas a tales productos o servicios, incluidos los que faciliten las Administraciones Públicas y las Entidades y Empresas de ellas dependientes, deberán cumplir los siguientes requisitos:*

*a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.*

*b) Entrega, salvo renuncia expresa del interesado, de recibo justificante, copia o documento acreditativo de la operación, o en su caso, de presupuesto debidamente explicado.*

c) *Justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas en los términos y con el alcance que prescribe el siguiente artículo 10 bis.*

2. *En el caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor.*

3. *Si las cláusulas tienen el carácter de condiciones generales, conforme a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, quedarán también sometidas a las prescripciones de ésta, en aquello que no esté regulado en la presente Ley.*

4. *Los convenios arbitrales establecidos en la contratación a que se refiere este artículo serán eficaces si, además de reunir los requisitos que para su validez exigen las leyes, resultan claros y explícitos. La negativa del consumidor o usuario a someterse a un sistema arbitral distinto del previsto en el artículo 31 de esta Ley no podrá impedir por sí misma la celebración del contrato principal.*

5. *Las cláusulas, condiciones o estipulaciones que utilicen las empresas públicas o concesionarias de servicios públicos estarán sometidas a la aprobación y control de las Administraciones Públicas competentes, cuando así se disponga como requisito de validez y con independencia de la consulta prevista en el artículo 22 de esta Ley. Todo ello sin perjuicio de su sometimiento a las disposiciones generales de esta Ley.*

6. *Los Notarios advertirán a los consumidores del posible carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos o negocios jurídicos que autoricen, así como de su posible ineficacia o nulidad, sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa notarial.*

*Los Registradores de la Propiedad y Mercantiles calificarán, bajo su responsabilidad, el carácter abusivo de las cláusulas que afecten a la eficacia real de los derechos inscribibles, denegando su inscripción sin perjuicio de los recursos judicial o gubernativo, regulados por la legislación hipotecaria, que pudieran interponerse.*

*Los Notarios, los Corredores de Comercio y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, informarán a los consumidores en los asuntos propios de su especialidad y competencia.»*

## 6.2. *Introducción de un nuevo artículo 10 bis y de una disposición adicional primera en la LCU (régimen específico de las cláusulas abusivas)*

1. El número tres de la disposición adicional en que nos encontramos añade o introduce un nuevo artículo 10 bis en la LCU, con la fina-

lidad fundamental de establecer en él el concepto y las consecuencias de las «cláusulas abusivas».

Ese artículo 10 bis es del siguiente tenor:

*«Artículo 10 bis. 1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. En todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente Ley.*

*El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de este artículo al resto del contrato.*

*El profesional que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.*

*El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.*

*Tal apreciación no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a su adecuación con el precio pactado, siempre que las cláusulas que lo definan se redacten de manera clara y comprensible.*

*2. Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código civil. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato.*

*3. Cualquiera que sea la Ley que las partes hayan elegido para regir el contrato, las normas de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas serán aplicables siempre que el contrato mantenga estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea.»*

Lo más importante es la definición de cláusula abusiva, que se contiene en el apartado 1 de este artículo de nueva planta. Son dos los ele-



mentos que en suma determinan esa noción: de un lado, la actuación en contra de las exigencias de la buena fe (requisito subjetivo), y de otro la circunstancia objetiva de que las cláusulas causen un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que derivan del contrato.

Pero, con independencia de esa descripción general, interesa advertir que el último inciso del párrafo primero de ese apartado 1 dispone que «en todo caso» son abusivas las cláusulas que se relacionan en la disposición adicional de la LCU (otra novedad que en cuanto a esta última Ley introduce el Proyecto que nos ocupa). En seguida volvemos sobre esto.

Por lo que se refiere a la noción de cláusula abusiva, creo que interesa reproducir lo que al respecto dice la Memoria del Proyecto:

«Son requisitos para que concorra la cualidad de cláusula abusiva:

a) Que se trate de un contrato celebrado con un consumidor.

b) Que se trate de estipulaciones no negociadas individualmente.

c) Que sean contrarias a la buena fe<sup>18</sup>. A pesar de lo que ha entendido algún sector de la doctrina, no son las condiciones generales de los contratos las que deben vincularse a la buena fe, como tales, sino las cláusulas contractuales en general, en particular dentro de los contratos de adhesión, sean particulares o condiciones dirigidas a una pluralidad de contratos.

d) Que produzcan un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones derivados del contrato.

e) Es un concepto no estático. El carácter abusivo de una cláusula se aprecia teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.

f) Nunca el carácter abusivo puede derivar de la materia objeto del contrato ni de su adecuación con el precio pactado, siempre que las cláusulas que lo definan se redacten de manera clara y comprensible».

2. Según hemos venido diciendo, y como por otra parte anuncia el último inciso del párrafo primero del apartado 1 del nuevo artículo 10 bis de la LCU, el Proyecto introduce en esta última una nueva disposi-

---

<sup>18</sup> La propia Memoria advierte en nota de la página 23 que se ha modificado la expresión «pese a las exigencias de la buena fe» por el de «contrarias a la buena fe», ya que aunque la primera expresión es más ajustada a la Directiva, la segunda expresa más correctamente la necesidad de que para que exista abuso contractual debe existir mala fe, entendida en su aspecto subjetivo; el aspecto objetivo de desequilibrio contractual también es exigido, pero separadamente de la mala fe.

ción adicional (que queda como primera). Es fruto del número seis de, a su vez, la disposición adicional primera de la Ley proyectada.

*El Proyecto, por tanto, adopta al respecto la fórmula de la propia Directiva, en el sentido de establecer un elenco o lista de cláusulas abusivas.* La Exposición de motivos del Proyecto dice que es una «enumeración enunciativa» de cláusulas abusivas, extraídas en sus líneas generales de la Directiva pero añadiendo también aquellas otras que, aun sin estar previstas en ella, se estima necesario que estén incluidas en el Derecho español por su carácter claramente abusivo. *En otro lugar de la Exposición de Motivos se manifiesta que, de esta forma, se ejercita la facultad del Estado obligado a transponer la Directiva de poder incrementar el nivel de protección más allá de las obligaciones mínimas que aquélla impone.*

No es el caso de transcribir esa larga lista de cláusulas que se consideran abusivas, por lo que me remito al texto del Proyecto para su detalle. Son 29 casos, divididos en cinco grupos: I. Las que suponen una vinculación del contrato a la voluntad del profesional (1.<sup>a</sup> a 8.<sup>a</sup>); II. Las que suponen la privación de derechos básicos del consumidor (9.<sup>a</sup> a 14.<sup>a</sup>); III. Las que son abusivas por falta de reciprocidad (15.<sup>a</sup> a 17.<sup>a</sup>); IV. Sobregarantías (18.<sup>a</sup> y 19.<sup>a</sup>); V. Otras cláusulas abusivas (20.<sup>a</sup> a 29.<sup>a</sup>).

**3.** Procede señalar que, según el último párrafo de la nueva disposición adicional primera de la LCU que se proyecta, *«se entenderá por profesional, a los efectos de esta disposición adicional, la persona física o jurídica que actúa dentro de su actividad profesional, ya sea pública o privada».*

# DIALOGO DE ETICAS: ENTRE LA ETICA DEL DISCURSO (APEL) Y LA ETICA DE LA LIBERACION (DUSSEL)

Carlos Beorlegui

## 1. La pluralidad de morales/éticas

El empeño por fundamentar la ética es una de las tareas filosóficas de más palpitante actualidad y del más vivo interés. Tras el afianzamiento de la sociedad secular, las morales confesionales han perdido fuerza en su pretensión de constituir un fundamento universalizador, reduciendo su validez a los individuos pertenecientes al correspondiente ámbito religioso<sup>1</sup>. De ahí que resulte necesario e imprescindible una reflexión filosófica que recoja lo más valioso del anhelo ético de las diferentes moralidades para poder configurar una «ética mínima»<sup>2</sup>, consensuada desde la razón filosófica.

El problema está en mostrar cómo podemos ponernos de acuerdo en las reglas de juego con las que quede configurada esa razón filosófica, puesto que partimos de una tan amplia gama de aprioris y de suelos filosóficos, cuyos presupuestos no siempre permiten una adecuada clarificación y el logro de un consenso suficiente<sup>3</sup>.

Si nos remitimos a la historia de la ética<sup>4</sup>, no sólo en el ámbito occidental, el ser humano ha comenzado legitimando y fundamentando

---

<sup>1</sup> Cfr. Adela CORTINA, *Ética sin moral*, Madrid, Tecnos, 1990.

<sup>2</sup> Cfr. A. CORTINA, *Ética mínima*, Madrid, Tecnos, 1989.

<sup>3</sup> No es nada fácil ponerse de acuerdo en la distinción y demarcación entre «moral» y «ética». Me resulta más convincente y adecuada la que presenta A. CORTINA en su *Ética mínima, o.c.*, reservando el apelativo de «moral» al conjunto de normas positivas que configuran las orientaciones de vida propias de una cosmovisión, sea religiosa o no; mientras que «ética» sería el meta-lenguaje filosófico encaminado a justificar, esclarecer y fundamentar racionalmente el ámbito de las moralidades.

<sup>4</sup> Victoria CAMPS CERVERA (Ed. lit.), *Historia de la ética*, 3 vols., Barcelona, Crítica, 1987-1992; Alasdair C. MacIntyre, *Historia de la ética*, Barcelona, Paidós, 1982.

los principios morales desde motivaciones religiosas. Sólo posteriormente, en la Ilustración, y en concreto a partir de Kant, se pasará a fundamentar la moral desde la autonomía del sujeto racional<sup>5</sup>. Esta fundamentación, que en su momento suponía un claro avance respecto a la etapa anterior, en la medida en que aportaba una superación de la moral heterónoma, poseía a su vez una serie de rémoras y de elementos limitadores: el rechazo de toda referencia a lo religioso desde la sospecha de constituir una dependencia indebida de lo humano, y sobre todo el apoyo en una antropología egocéntrica, solipsista, cuya primera referencia se halla en la filosofía de Descartes<sup>6</sup>, y posteriormente en la concepción de «autonomía» de Kant<sup>7</sup>.

Como señala Marciano Vidal, este modo de fundamentar la moral, en la medida en que se apoyaba en la categoría de *autonomía*, privilegiaba una «estimativa moral» caracterizada por los siguientes rasgos antropológicos: «1) su sujeto es el individuo; 2) su cauce es el optimismo, la autosuficiencia y la arrogancia de la razón prometeica; 3) su objetivo es el progreso conseguido mediante la competitividad insensible a la situación de los débiles y sin ponderar los costos humanos en el camino hacia el desarrollo. La ética de la autonomía corre el peligro de convertirse en la *razón insolidaria*; la hipertrofia del sujeto autónomo conduce a la *razón cerrada*, con serias dificultades para abrirse a la trascendencia de la solidaridad interhumana y, consiguientemente, a la trascendencia de la gratuidad religiosa»<sup>8</sup>.

Es evidente que toda ética necesita de la apoyatura teórica de una antropología. En ese sentido, las éticas de la «autonomía» son deudoras de una antropología individualista e insolidaria que nos resultan en la actualidad incorrectas e insuficientes. De ahí que los esfuerzos actuales más convincentes por fundamentar la moral, se orienten en una línea

---

<sup>5</sup> Cfr. I. KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Madrid, Real Sociedad Económica Matritense de Amigos del País (Cátedra «García Morente»), 1992. Cfr. PH. ROSSI, «El concepto kantiano de autonomía y sus consecuencias históricas», *Concilium*, 1984, n.º 192, pp. 169-178. Resulta valioso para este tema todo este número de *Concilium*, dedicado, bajo el título «La ética ante el desafío de la liberación», a la confrontación de una ética de la autonomía de tipo kantiano con la ética de la liberación latinoamericana.

<sup>6</sup> Cfr. R. DESCARTES, *Tratado del hombre*, Madrid, Ed. Nacional, 1980, edic. y trad. de Guillermo Quintás.

<sup>7</sup> Cfr. PH. ROSSI, «El concepto kantiano de autonomía y sus consecuencias históricas», *Concilium*, 1984, n.º 192, pp. 169-178.

<sup>8</sup> M. VIDAL, «La autonomía como fundamento de la moral y la ética de la liberación. El necesario diálogo entre autonomía y liberación», *Concilium*, 1984, n.º 192, pp. 285-295; pp. 287-288.

antropológica que prima la condición interpersonal y solidaria del ser humano. En este talante coinciden las tres líneas éticas sobre las que vamos a reflexionar: la ética de la alteridad de Lévinas, la ética de la liberación de E. Dussel, y la ética del discurso de K.O. Apel<sup>9</sup>. En este sentido, las tres propuestas por estas tres líneas de reflexión ética reúnen suficientes argumentos como para esperar que un diálogo crítico y profundo entre ellas pueda configurar una estructura fundamentadora de enorme atractivo y convicción.

Las tres propuestas tienen en común el intento de sacar de su aislamiento egocéntrico al sujeto ético de la racionalidad y de la moral autónoma ilustrada. Para los tres autores, está claro que el principio ético vertebral y básico no está constituido por el imperativo de la propia realización personal, sino por la acogida del otro y responsabilidad hacia él, aunque en cada una de las tres propuestas esta salida hacia el otro y la responsabilidad consecuente sean entendidas de modo diferente. A pesar de ello, el modelo de ser humano que postulan no es egocéntrico y autosuficiente sino ex-céntrico, nacido en el diálogo y el encuentro con el otro, aunque se trata en cada una de las tres propuestas de modelos antropológicos un tanto dispares. En los tres se ha pasado de considerar el centro de la moral en la autoafirmación y autorrealización del yo para situarlo en la acogida y la responsabilidad solidaria hacia el otro, hacia cualquier otro.

Veremos, pues, que junto a este diálogo de éticas se entrelaza paralelamente un diálogo de antropologías, siendo este nivel antropológico el fundamental y básico para entender y solventar los aciertos y limitaciones de cada uno de los modelos éticos, y la apoyatura básica de nuestra preferencia o desmarque de cada uno de ellos. Pero no sólo será pertinente analizar el nivel antropológico, sino también todo el trasfondo filosófico que subyace a cada postura, en especial el modo como conjugan la relación entre la realidad y el sentido.

La reflexión que presento en estas páginas no es exactamente un estudio equilibrado de los tres modelos éticos mencionados (ética de la

---

<sup>9</sup> Cfr. E. LÉVINAS, *Totalidad e Infinito. Ensayo sobre la exterioridad*, Salamanca, Sígueme, 1977; Id., *De otro modo que ser, o más allá de la esencia*, Salamanca, Sígueme, 1987; Id., *El humanismo del otro hombre*, Madrid, S. XXI, 1974; Id., *Ética e Infinito*, Madrid, Visor, 1991; K.O. APEL, *La transformación de la filosofía*, 2 vols., Madrid, Taurus, 1985; Id., *Estudios éticos*, Barcelona, Ed. Alfa, 1986; Id., *Semiótica filosófica*, Buenos Aires, Almagesto, 1994 (Ed., Trad. y Estudios introd. de J. de Zan, R. Miliandi y D. Micheli-ni); E. DUSSEL, *Método para una filosofía de la liberación*, Salamanca, Sígueme, 1974; Id., *Para una ética de la liberación latinoamericana*, Buenos Aires, S. XXI, 1973 tomos I y II; tomo III, México, Edicol, 1977; tomos IV y V, Bogotá, USTA, 1979-1980.

alteridad de Lévinas, ética de la liberación de E. Dussel y ética del diálogo de K.O. Apel), sino que más bien me centro en el análisis de las diversas fases del diálogo crítico producido estos últimos años entre las propuestas de Dussel y de Apel, advirtiendo en el primero la fuerte y persistente presencia del filósofo judío<sup>10</sup>. La conclusión a la que llegaremos es a la posibilidad de una complementariedad crítica entre ambas propuestas, que trate de recoger lo que de más valioso presenta cada teoría junto con sus críticas a las insuficiencias de la teoría rival.

## 2. Dos éticas dialogantes y complementarias

### 2.1. *Un esfuerzo continuado de acercamiento crítico*

No es muy normal que dos planteamientos teóricos diferentes, y en ciertos momentos duramente críticos entre sí, se avengan a dialogar en serio y a poner sobre la mesa de la confrontación crítica sus respectivas posturas y diferencias. Sin embargo, ese ha sido el ejemplar esfuerzo realizado desde hace ya varios años por Apel y Dussel, rodeados de algunos de los discípulos de ambos, como representantes significativos de las llamadas «ética del discurso» y «ética de la liberación», respectivamente.

El diálogo se inició con un encuentro celebrado entre el 23 y el 25 de noviembre de 1989 en la Academia Católica de la Archidiócesis de Freiburg, bajo el título de «La filosofía de la liberación: fundamentación de la ética en Alemania y en América Latina»<sup>11</sup>. Este primer encuentro tuvo su suelo circunstancial, en el que se despertó su utilidad e interés, en la celebración de las «Primeras Jornadas Germano-Ibero-americanas de Ética», celebradas en Buenos Aires el año 1985<sup>12</sup>. Con posterioridad se han venido celebrando otros encuentros, continuadores

---

<sup>10</sup> Este trabajo es continuación, en este sentido, de otros anteriores, dedicados al pensamiento de Lévinas y su influencia en la filosofía de la liberación: «La influencia de E. Lévinas en la filosofía de Lévinas de J.C. Scannone y E. Dussel», *Realidad*, 1997, n.º 57, pp. 243-273 (1.ª parte); 1977, n.º 58 (2.ª parte); «El pensamiento ético-antropológico de E. Lévinas. Su fecundidad y sus insuficiencias», de próxima aparición en *Letras de Deusto*, 1998.

<sup>11</sup> Cfr. Raúl FORNET-BETANCOURT (Ed.), *Ethik und Befreiung*, Aachen, Augustinus Verlag, 1990; trad. cast.: Karl-Otto Apel, Enrique Dussel, Raúl Fernet-Betancourt, *Fundamentación de la filosofía de la liberación*, México, S. XXI, 1992.

<sup>12</sup> Cfr. R. FORNET-BETANCOURT y C. LÉRTORA-MENDOZA (comps.), *Ethik in Deutschland und Lateinamerika heute*, Frankfurt/Nueva York, 1987.

del de Freiburg, en México (1991)<sup>13</sup>, en Mainz (Maguncia, Alemania, 1992)<sup>14</sup>, en Sao Leopoldo, R.S., Brasil (1993)<sup>15</sup>, y en Aachen (Alemania, 1996)<sup>16</sup>.

Pero el diálogo entre Apel y Dussel ha continuado fuera del esquema de estos seminarios, en diversas publicaciones. Así, en 1995, Dussel escribe *Ética de la liberación. Hacia el «punto de partida» como ejercicio de la «razón ética originaria»*<sup>17</sup>, mientras que Apel expresaba de nuevo sus puntos de vista en *La ética del discurso ante el desafío de la filosofía latinoamericana de la liberación*<sup>18</sup>. La respuesta última de Dussel la ha titulado *La ética de la liberación ante la ética del discurso*<sup>19</sup>.

Como puede verse, se trata de un denso y persistente diálogo, desarrollado en un clima de sincera búsqueda, pero que está aún muy lejos de cerrarse o saldarse con una postura consensuada, dados los dispares aprioris o puntos de partida de ambas posturas, así como el también dispar horizonte cosmovisional al que se remiten los dos autores principales en discusión.

## 2.2. Los puntos de discrepancia

Sería prolijo detenernos en un análisis exhaustivo del completo desarrollo de ambas posturas acudiendo a toda la literatura generada en los seminarios arriba mencionados y a los textos complementarios es-

<sup>13</sup> Cfr. Raúl FORNET-BETANCOURT (Ed.), *Diskursethik oder Befreiungsethik?*, Aachen, Augustinus Verlag, 1992; en cast., E. DUSSEL (comp.), *Debate en torno a la ética del discurso de Apel. Diálogo filosófico Norte-Sur desde América Latina*, México, S. XXI, 1994.

<sup>14</sup> Cfr. R. FORNET-BETANCOURT (Ed.), *Die Diskursethik und ihre lateinamerikanische Kritik*, Aachen, Augustinus Verlag, 1993. En castellano, este simposio/seminario está parcialmente publicado en la edición del II Seminario de México, editado por Dussel (comps.), en el texto citado en la nota anterior.

<sup>15</sup> Este seminario tuvo lugar en la Universidad do Vale do Río dos Sinos (UNISINOS), Sao Leopoldo, R.S., Brasil, entre el 27 de sept. y el 1 de oct. de 1993. Cfr. Antonio SIDEKUN (Ed.), *Ética do Discurso e Filosofia da Libertação. Modelos complementares*, Sao Leopoldo, Editora Unisinos, 1994. La publicación en alemán se hará de la mano de R. Fornet-Betancourt, en la Augustinus Verlag de Aachen.

<sup>16</sup> Este último seminario se celebró en noviembre de 1996 en Aachen, estando pendiente todavía la publicación de sus ponencias. El siguiente simposio está programado para que se celebre en julio de 1997 en la UCA «José Simeón Cañas» de San Salvador (El Salvador).

<sup>17</sup> *Carthaginensia*, XI (1995), pp. 327-353.

<sup>18</sup> *Isegoría*, 1995, n.º 11, pp. 108-125.

<sup>19</sup> *Isegoría*, 1996, n.º 13, pp. 135-149.

critos en publicaciones diferentes. Por eso, me voy a remitir a los textos más recientes, teniendo la ventaja de que en ellos los mismos autores nos han presentado la síntesis de sus puntos de vista, así como los aspectos más importantes de discrepancia y diferencia respecto a la postura rival. En este sentido, los artículos claves son los que ambos autores, Apel y Dussel, publicaron recientemente en la revista madrileña *Isegoría*.

Ambos autores coinciden en seguir una argumentación estructurada en torno a cuatro partes, como esquema o resumen de los puntos centrales en torno a los cuales se dirimen las diferencias fundamentales entre la ética del discurso y la de la liberación<sup>20</sup>.

Mi planteamiento va a consistir en seguir sintéticamente esa argumentación en cuatro partes, para después realizar unas reflexiones posteriores sobre los trasfondos teóricos que diferencian ambas éticas y les impiden acercar más sus posiciones, para presentar a continuación las conclusiones finales de toda la reflexión.

### 2.2.1. *El punto de partida*

La primera diferencia, reconocida por ambas partes, se sitúa en sus respectivos puntos de partida. Es importante, de todos modos, insistir en que, tanto cuando nos referimos a la «ética de la liberación»<sup>21</sup> como también a la «ética del discurso»<sup>22</sup>, lo estamos haciendo en relación exclusivamente al pensamiento de E. Dussel y K.O. Apel, respectiva-

<sup>20</sup> De entrada, la polémica está precedida de la cuestión de si se trata de dos éticas que pueden complementarse o se trata de dos posturas tan distantes que no cabe un acuerdo de síntesis. Mientras Apel (art. de *Isegoría* ya citado, p. 109), y más todavía algunos de sus seguidores como Hans Schelkshorn (*Ethik der Befreiung. Einführung in die Philosophie Enrique Dussels*, Freiburg, Herder, 1992), son proclives a planteamientos de síntesis, la postura de Dussel es más agresiva y distanciadora, puesto que considera que la ética de la liberación descubre las deficiencias de la ética del discurso, acusándola incluso de realizar una función ideologizadora a favor de la cultura nordatlántica, primermundista.

<sup>21</sup> Hablar de «ética de la liberación» es referirse a un abanico muy amplio de autores y de puntos de vista; cfr. Miguel YÁÑEZ, *Ética de la liberación*, Stromata, 49 (1993), pp. 1-2, pp. 109-183; Fco. MORENO REJÓN, *Ética de liberación*, en M. Vidal (Ed.), *Conceptos fundamentales de ética teológica*, Madrid, Trotta, 1992, pp. 253-267; E. DUSSEL, «Ética de la liberación. Hipótesis fundamentales», *Concilium*, 1984, n.º 192, pp. 249-262. Todo este número de *Concilium* es pertinente por los trabajos que contiene y la bibliografía que aporta. Entre ellos, M.Ch. Morkovsky, *Bibliografía sobre la ética de la liberación*, pp. 323-329; E. DUSSEL, «Ética de la liberación», *Iglesia Viva*, 1982, n.º 102, pp. 591-599.

<sup>22</sup> Sobre la «ética del discurso», cfr. K.O. APEL, *La transformación de la filosofía*, 2 vols., Madrid, Taurus, 1985; id., *Estudios éticos*, Buenos Aires, Alfa, 1986; Id., *Teoría de la verdad y ética del discurso* (introd. de A. CORTINA), Barcelona, Paidós, 1991; K.O.



mente. Por tanto, damos por hecho que, tanto la ética de la liberación como la del discurso, admiten varias interpretaciones según los diferentes autores que las defienden. En el caso de la ética de liberación, la pluralidad es mucho mayor<sup>23</sup> que en el caso de la ética del discurso, generalmente referida a Apel y Habermas, como autores más significativos<sup>24</sup>.

Apel, en su artículo titulado «La ética del discurso ante el desafío de la filosofía latinoamericana de la liberación»<sup>25</sup>, reconoce que el punto de partida de la ética de la liberación («su experiencia auténtica de la miseria y excomunión de los pobres de este mundo») supone una ventaja sobre la ética del discurso, cuyo acento y punto de arranque es más abstracto, en la medida en que recae más sobre la necesidad de una fundamentación racional intersubjetiva de la ética. Aunque también la ética discursiva parte de un momento experiencial problemático: «cómo superar las consecuencias a nivel mundial de la ciencia y la técnica contemporáneas, por ejemplo, la crisis ecológica, a través de una ética de la responsabilidad de validez universal»<sup>26</sup>. Pero el acento y su punto fuerte se halla en la necesidad y el modo de fundamentar racionalmente esa ética universal, a partir de los presupuestos trascendentales de la racionalidad comunicativa.

En este sentido, Apel considera que ambas éticas pueden y deben complementarse, en la medida en que la «ética de la liberación» (EL)

---

APEL/A. CORTINA/J. DE ZAN/y D. MICHELINI (Eds.), *Ética comunicativa y democracia*, Barcelona, Crítica, 1991; K.O. APEL, *Semiótica filosófica*, Buenos Aires, Ed. Almagesto, 1994, edic. trad. y estudios introductorios de J. de Zan, R. Maliandi y D. Michelini; cfr. de J. HABERMAS, entre otros, *Conciencia moral y acción comunicativa*, Barcelona, Península, 1985, y *Escritos sobre moralidad y eticidad*, Barcelona, Paidós/ICE de la Univ. Aut. de Barcelona, 1991; A. CORTINA, *Razón comunicativa y responsabilidad solidaria*, Salamanca, Sígueme, 1985; D. BLANCO FERNÁNDEZ, J.A. PÉREZ TAPIAS y L. SÁEZ RUEDA (Eds.), *Discurso y realidad. En debate con K.O. Apel*, Madrid, Trotta, 1994.

<sup>23</sup> De hecho, esta denominación está todavía poco definida y vertebrada, y necesita de encontrar su adecuado estatuto epistemológico, como lo señala expresamente M. VIDAL, «La autonomía como fundamento de la moral y la ética de la liberación. El necesario diálogo entre autonomía y liberación», *Concilium*, 1984, n.º 192, pp. 285-296. Para la pluralidad de corrientes y autores dentro de la ética de la liberación, cfr. Fco. Mariano Rejón, *o.c.* Por eso, resulta a veces abusiva la postura de E. Dussel al hablar de la «ética de la liberación» como si fuera una corriente homogénea, de la que se siente casi como el representante más autorizado y significativo.

<sup>24</sup> Cfr. sobre J. HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa*, 2 vols., Madrid, Taurus, 1987; id., *Conciencia moral y acción comunicativa*, Barcelona, Península, 1985; *Escritos sobre moralidad y eticidad*, Barcelona, Paidós, 1991. Acerca de Apel, cfr. la nota 22.

<sup>25</sup> *Isegoría*, 1995, n.º 11, pp. 108-125; cfr. pp. 110-113.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 111.

aporta una riqueza experiencial, desde el «principio compasión» y la experiencia del cara-a-cara con el otro (Lévinas), y la «ética del discurso» (ED), por contra, aportaría una exigencia y un método concreto, aunque formal y procedimental, de fundamentar racionalmente, es decir, intersubjetivamente, ese punto de arranque experiencial de la EL. Este segundo momento es tan necesario para Apel, que dar por hecha la corrección y racionalidad de la pertinencia y legitimidad del imperativo de la EL puede contener un serio peligro de dogmatismo y fundamentalismo<sup>27</sup>. Porque el problema está en que si la experiencia de la pobreza, como arranque de la obligación de trabajar en favor del marginado y de una sociedad más justa y solidaria, no se fundamenta, nos quedamos sin criterios que nos convenzan de que tal experiencia originaria es buena y justa, y no se trata, por contra, de una experiencia más, tan válida como su contraria. Por eso, lo que de positivo y valioso tiene la ED es aportar esa necesaria validación racional intersubjetiva.

La respuesta de Dussel<sup>28</sup> a estos argumentos se encamina a mostrar que esa experiencia de la miseria y marginación de grandes masas populares del Sur o Tercer Mundo es «un momento previo a la misma fundamentación trascendental»<sup>29</sup>. En efecto, Dussel insiste, siguiendo a Lévinas, que un momento previo y fundamentador del diálogo interpersonal es la experiencia básica del cara-a-cara, el «reconocimiento» del Otro. Sólo con un Otro a quien «reconozco» como persona, mi semejante, puedo dialogar. No dialogo con una piedra, y ni tan siquiera con un ser humano a quien considere y trate como un inferior (por ej., el esclavo, en el pensamiento aristotélico).

La argumentación de Dussel se me antoja correcta, pero conviene tener en cuenta varias observaciones previas, para juzgar la pertinencia o no de esta crítica. La primera se refiere al tipo de racionalidad que supone ese reconocimiento del otro, previo al diálogo. Por de pronto, es importante señalar que entre los presupuestos de la racionalidad comunicativa, en su empeño de descubrir bajo el lenguaje fáctico el nivel trascendental, como situación ideal de diálogo, se halla la consideración del otro como persona, como ingrediente básico y previo de toda moralidad. En este punto se sitúan en la línea de la primera versión del imperativo kantiano de entender a la persona humana como un fin y

---

<sup>27</sup> «No obstante, argumenta Apel, la evidencia original de la parcialidad ética, en la medida de su elaboración relevante teórica y práctica, corre el riesgo del dogmatismo, inclusive de una posible perversión en el sentido de un terrorismo que pueda recaer en los pobres de manera muy sensible»: art. cit., p. 111.

<sup>28</sup> Cfr. el art. cit. de *Isegoría*, 1996, n.º 13, pp. 135-149.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 136.

nunca como un medio<sup>30</sup>. Ahora bien, la experiencia de la que parte la EL, al igual que Lévinas, es la situación asimétrica en la que se sitúa y se me presenta el otro en el encuentro radical del cara-a-cara. Tan es así que sus derechos pasan delante de los míos, de tal modo que producen un descentramiento radical del yo, al mostrarle que su base esencial no está constituida por la autonomía y libertad sino por la responsabilidad hacia el otro (es la idea de «sustitución» de Lévinas, por la que se llega a defender que «yo es el otro»)<sup>31</sup>.

Pero nos encontramos con el problema de qué tipo de racionalidad fundamenta esa experiencia, tal y como le interpela Derrida a Lévinas<sup>32</sup>, por lo que habría que plantearse si estamos dentro del discurso filosófico y no más bien ante una experiencia cuasi-mística y religiosa. Lévinas se defiende indicando que se trata de otro tipo de racionalidad, aunque no tenía bien definido su estatus, una racionalidad «de otro modo que ser», a cuya configuración dedica su segunda gran obra, *De otro modo que ser, o más allá de la esencia*<sup>33</sup>. No podemos por menos que reconocer que nos hallamos ante un problema serio e ineludible: definir el estatuto racional de esa experiencia básica, y analizar su contenido.

Y con ello nos introducimos en la segunda observación. Considero que el esfuerzo que Dussel pone en justificar esta preeminencia de la experiencia del encuentro con el otro como pobre y marginado, anterior a la argumentación racional intersubjetiva<sup>34</sup>, ya es ejercitar esa argumentación, pues se halla encaminada precisamente a mostrar, a validar intersubjetivamente, la legitimidad de su planteamiento. No otra cosa pretenden los contenidos de la racionalidad comunicativa de Apel y Habermas. Por tanto, podríamos decir que sería legítimo que Dussel

<sup>30</sup> Cfr. A. CORTINA, *Razón comunicativa y responsabilidad solidaria, o.c.*, pp. 66-70.

<sup>31</sup> Sobre el concepto de «sustitución» en Lévinas, Cfr. LÉVINAS, «La substitution», *Revue Philosophique de Louvain*, (1968), pp. 487-508; este trabajo lo incluyó más adelante en su obra *De otro modo que ser, o más allá de la esencia*, Salamanca, Sígueme, 1987, pp. 163-203; J.M. AGUILAR LÓPEZ, *Transcendencia y alteridad. Estudio sobre E. Lévinas*, Pamplona, EUNSA, 1994, pp. 215-234.

<sup>32</sup> Cfr. J. DERRIDA, «Violence et Méthaphysique. Essais sur la pensée d'Emmanuel Lévinas», recopilado en *L'écriture et la différence*, París, Ed. du Seuil, 1967; trad. cast.: *La escritura y la diferencia*, Madrid, Tecnos, 1988, y Barcelona, Anthropos, 1989.

<sup>33</sup> *Autrement qu'être ou au-delà de l'essence*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1978 (trad. cast.: Salamanca, Sígueme, 1987).

<sup>34</sup> Aquí se vuelve a apoyar en Lévinas, en la distinción que realiza el filósofo judío entre el decir y lo dicho. Cfr. E. LÉVINAS, «Le dit et le dire», *Le Nouveau Commerce*, 18/19 (1971), pp. 27 y ss.; E. FERON, «Etique, langage et ontologiechez Emmanuel Lévinas», *Révue Métaphysique et de Morale*, 81 (1976), pp. 64-76; J.M. AGUILAR LÓPEZ, *o.c.*, pp. 253-265.

no aceptara como válida la fundamentación de la ED de Apel, en la medida en que respondiera a una mentalidad cultural concreta, que se ofrece con las pretensiones de una Totalidad (si tal pretensión fuera cierta), cuando no pasa de ser la racionalidad de una cultura histórica concreta. Pero no sería correcto que negara la necesidad de una fundamentación racional intersubjetiva (sea el tipo de racionalidad que sea) en la que apoyar la legitimidad del punto de partida de su EL.

Y ante esa carencia y, por ello, necesidad de fundamentación racional de la EL, no sólo insisten Apel y sus discípulos, sino también otros autores desde otros puntos de vista complementarios, como es el de Marciano Vidal desde la ética teológica<sup>35</sup>.

### 2.2.2. *Eurocentrismo versus universalidad analéctica*

El segundo punto de discusión se centra en la acusación que hace Dussel a la ED de Apel de «eurocentrismo», y, por tanto, de cumplir una función ideológica, encubriéndola con pretensiones de universalidad. La ED insiste en una fundamentación de la ética desde el punto de arranque de una racionalidad comunicativa, que tiene la pretensión de validez universal, aunque tal universalidad sea sólo formal y procedimental.

Ahora bien, esta pretendida legitimidad universal, según la crítica de Dussel, no alcanza más que al ámbito cultural europeo y nordatlántico, al primer mundo. Por tanto, lo que se vende como universal, no vale más que como cobertura ideológica de un modo de pensar vehicular de los intereses dominadores de la cultura europea y estadounidense. Esta universalidad es pretendidamente negada tanto desde el plano epistemológico como desde el crítico-ideológico, o ético-político, como el mismo Apel reconoce y señala<sup>36</sup>.

En este sentido, se considera el paradigma de la racionalidad comunicativa, en el que se apoya la ED, como una cosmovisión más del primer mundo, respecto del cual ejerce funciones encubridoras, ideológicas, y dominadoras del TM, y, en concreto, de Latinoamérica. Este planteamiento y acusación no hace más que ampliar y concretar la crítica de E. Lévinas a la Totalidad<sup>37</sup> de la «ontología» de la gran filosofía occidental, desde los griegos hasta Heidegger.

<sup>35</sup> Cfr. M. VIDAL, «La autonomía como fundamentación de la moral», *Concilium*, 1984, n.º 192, pp. 285-296; 292.

<sup>36</sup> Cfr. *o.c.* de Isegoría, 114.

<sup>37</sup> Cfr. E. LÉVINAS, *Totalidad e Infinito*, Salamanca, Sígueme, 1977; E. DUSSEL, *Método para una filosofía de la liberación latinoamericana*, Salamanca, Sígueme, 1974.

Apel advierte en esta crítica una similitud a la crítica de la ideología del materialismo histórico que realizaron Marx y Engels sobre el capitalismo europeo. En ese sentido, señala Apel con ironía, tampoco se habría apartado Dussel de un eurocentrismo teórico (añadido, podríamos decir también, con la influencia de otro europeo, Lévinas). Pero dejando de lado este tipo de argumentaciones, que no son las centrales, Apel se orienta a mostrar el difícil equilibrio que Dussel mantiene en su fundamentación entre un cierto «historicismo» ético, tomado de Marx o paralelo a él, y una pretensión de fundamentación última y absoluta desde el apriori de la experiencia del otro en el cara-a-cara, siguiendo a Lévinas. En esta ambigüedad, el acercamiento a la crítica ideológica de Marx le sirve a Dussel para justificar su postura y su imperativo categórico ético inicial («¡libera al pobre!»), así como para acusar a las teorías rivales (en este caso, la ED de Apel) de ideológicas e interesadas en defender situaciones de privilegio y de dominación. Pero, en la medida en que el marxismo «no puede justificar su compromiso ético, sin duda enfático y estimulante, sino únicamente por referencia a la ley del movimiento de la historia que está científicamente validada»<sup>38</sup>, para no caer en un relativismo e historicismo estéril e insuficiente, se apoya en el planteamiento levinasiano de la responsabilidad hacia el otro como «origen “transontológico”, extrahistórico, de la reivindicación incondicional de la ética (en contraste con la “moral” histórico-relativa)»<sup>39</sup>.

La ED pretende situar ese nivel trascendental de fundamentación última en el apriori de la argumentación, apelando a la «idea reguladora y la anticipación contrafáctica de la pertenencia a una comunidad ideal de comunicación»<sup>40</sup>. De este modo, consigue Apel tanto una fundamentación teórico-epistemológica, como un criterio ético-político de discriminación de posturas ideológicas que no cumplen ese criterio de la situación ideal de diálogo.

Dussel comienza, en la defensa a la crítica de Apel, a desmarcarse de su paralelismo con el planteamiento marxiano, proclive a un historicismo relativista, defendiendo al propio Marx de tal acusación. Entiende que Marx también fue consciente del peligro relativizador y «tiene criterios que trascienden los sistemas económicos históricos»<sup>41</sup>. El criterio universal de la ética marxiana sería, según Dussel, «la dignidad del sujeto, la persona, el trabajo vivo, desde donde puede criticar al

---

<sup>38</sup> APEL, *o.c.*, p. 115.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 116.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 115.

<sup>41</sup> E. DUSSEL, *o.c.* de *Isegoría*, p. 141.

capital como al sistema donde el sujeto, el trabajo vivo, es subsumido (la *Subsumtion* es la categoría ética por excelencia de Marx), es alienado o negado como sujeto, como persona autónoma»<sup>42</sup>. Y, con ello, Dussel acerca el punto de arranque de la ética de Marx al de Lévinas, a la persona humana en su dignidad y en su inalienable irrepetibilidad, así como también en su concreción material y sensible. De ahí que para Marx sea lo determinante lo económico, lo pragmático, el ámbito de la reproducción material de la vida<sup>43</sup>. También para Lévinas la dimensión sensible, concreta, material y económica es central y básica a la hora de hacerse cargo del otro y responsabilizarse de él<sup>44</sup>. De ahí que, señala Dussel, «es en el nivel de la económica originaria, en el de la existencia corporal misma humana que necesita su reproducción, donde he situado a la “económica” (Wirtschaft). Participar de una “comunidad de productores” o “comunidad de vivientes” es condición primera del sujeto argumentante como *viviente*. La Ética de la Liberación, por su parte, considera como el criterio o punto de partida la corporalidad sufriente del dominado o excluido: la alteridad del Otro negado en su dignidad, en cuanto puede reproducir su vida»<sup>45</sup>.

Esta argumentación tiene dos niveles importantes, el referido al nivel material y físico de la reproducción de la vida como básico, previo y fundamentador del nivel de argumentación racional o de comunicación en que supuestamente se sitúa Apel, y el referido a la fundamentación de la persona o de la experiencia del encuentro con el otro respecto al diálogo fundamentador en que se sitúa la ED de Apel. Respecto al primer aspecto, dudo que no pueda extenderse al nivel material y de reproducción de la vida la racionalidad argumentativa, que es *acción* comunicativa y no sólo discurso lingüístico. La racionalidad comunicativa y discursiva pretende ser relevante también en el ámbito de las relaciones económicas y de reproducción de la vida, en la medida en que también ese ámbito se configura dentro de unas redes intersubjetivas, que deberían regirse también por las condiciones de una situación ideal de diálogo. Respecto al segundo nivel, constituye el tema central del tercer punto del diálogo entre las dos posturas, como vamos a ver a continuación.

---

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 141.

<sup>43</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 141.

<sup>44</sup> Cfr. E. LÉVINAS, *Totalidad e infinito, o.c.*, la segunda parte, *Interioridad y economía*, pp. 128 y ss.

<sup>45</sup> E. DUSSEL, *o.c.*, p. 142.

### 2.2.3. *La trascendentalidad «trans-ontológica» de la EL, desde el cara-a-cara levinasiano*

Volvemos con esto a ciertos aspectos de la reflexión del primer capítulo de discrepancias. Consisten en mostrar en qué medida la postura de Dussel y su EL, apoyada en el imperativo categórico incondicional de respetar al otro y cargar con sus derechos y necesidades, tal como lo plantea Lévinas, es una postura suficiente o más fundamentadora y convincente que el apriori de la comunidad de comunicación y su idea reguladora de la situación ideal de habla, como defiende Apel.

Estamos de nuevo ante el problema de conjugar los dos niveles de la realidad en que ambas posturas en conflicto sitúan los cimientos de la fundamentación ética: lo que Apel denomina «semiótica trascendental» o «pragmática lingüística», y el derecho del otro «transontológico», o también «metafísico», de la concepción de Dussel y Lévinas<sup>46</sup>.

Desde la idea de Totalidad (Lévinas), como concepción cerrada del ser y de la realidad que adopta la filosofía occidental, se concluirá la incapacidad e imposibilidad de que tal Totalidad (en este caso, la teoría de la acción comunicativa y la ética del discurso, como fruto surgido de esa cultura occidental) pueda escapar y sobrepasar el ámbito comprensivo del mundo europeo del que nace y es expresión.

Apel acepta la parte de verdad que estas críticas de la EL tienen, ante a la tendencia historicista, relativista y etnocéntrica que se halla latente en toda teoría y comprensión de la realidad. Pero entiende que no toda teoría es simple expresión mimética de una cultura, sino que puede traspasarla críticamente. Con esa pretensión ha nacido precisamente la ED. Hay además ejemplos permanentes de esta «trascendencia» cultural en la historia del pensamiento universal. Es precisamente esta fuerza trascendente de las ideas el origen y motor de la historia humana.

La ED pretende, desde el salto trascendental del lenguaje fáctico al ideal, ser crítica de la propia cultura y de toda cultura concreta y fáctica, convirtiéndose el nivel trascendental en una instancia crítica de las insuficiencias de toda cultura concreta. Pero tal nivel trascendental no está configurado por unos contenidos éticos materiales, sino puramente formales y procedimentales.

En este sentido, cuando la ED hace referencia a los diversos interlocutores que toman parte en un diálogo interpersonal, de cara a conseguir un consenso teórico y práctico, se refiere tanto a personas como a

---

<sup>46</sup> Cfr. APEL, *o.c.*, pp. 117-118.

culturas. Por eso, para Apel es evidente que «el otro es en alguna medida (al menos como representante) de otra constitución del sentido del mundo»<sup>47</sup>. Y, por eso, lo mismo que cabe presuponer que dos o más interlocutores individuales puedan llegar, tras un proceso argumentativo, a coincidir y a ponerse de acuerdo sobre sus puntos discrepantes, no se ve por qué no podemos afirmar lo mismo si suponemos que tales individuos son ejemplares representativos de culturas dispares.

Negar esta posibilidad es adscribirse a las tesis relativistas que defienden hoy día determinados postmodernos<sup>48</sup>, y negar una base antropológica común a toda la especie humana, que nos capacita un entendimiento interhumano. Así lo defiende la Antropología genética<sup>49</sup> y las tesis sobre la gramática universal de N. Chomsky<sup>50</sup>. Pero además, el mismo Apel observa que si esta posibilidad de superar la «totalidad» cultural europea se le niega a la ED, ¿qué privilegio tiene la EL para que se dé por hecho que supera su propia «totalidad» cultura latinoamericana, ya que estaría representando un papel de metalenguaje crítico trans-cultural, desde el que juzga la insuficiencia de cualquier otra teoría cultural, entre ellas la ED, y la legitimidad de la EL?

Para Apel, esta pretensión es contradictoria, y no justificable, puesto que toda filosofía puede ser autocrítica con su propia postura y presentar argumentos a favor o en contra de su legitimidad y de sus dependencias. Pero, para Dussel, lo que legitima su punto de vista, y por tanto la superioridad de la EL, es la pretensión de que la experiencia del otro, desde la que surge el imperativo ético de la EL (que, como ya hemos indicado, para Dussel se expresa en «¡libera al pobre!»), se sitúa en un momento ontológico previo al de la pragmática lingüística o semiótica trascendental de Apel. Tal experiencia poseería una trascendentalidad tras-ontológica de mayor calado. Dussel se dedica con presteza y con gusto a defender su postura, en la medida en que advierte que, tanto Apel como Habermas, tienen una especial dificultad en compren-

---

<sup>47</sup> APEL, *o.c.*, p. 119.

<sup>48</sup> Cfr. A. MACINTYRE, *Justicia y racionalidad*, Barcelona, EIUNSA, 1994; J. CONILL, «El relativismo moral contemporáneo», *Iglesia Viva*, 171 (1994), pp. 223-233; A. CORTINA, *Ética sin moral*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 98-119.

<sup>49</sup> Hoy día resulta totalmente probado la unidad genética del hombre actual, quedando obsoleta la teoría sobre las razas humanas. Cfr. R.C. LEWONTIN, S. ROSE y L.J. KAMIN, *No está en los genes. Racismo, genética e ideología*, Barcelona, Crítica, 1987; J. RUFFIÉ, *De la biología a la cultura*, Barcelona, Muchnik Ed., 1982, pp. 293 y ss.

<sup>50</sup> Cfr. N. CHOMSKY, *Estructuras sintácticas*, México, S. XXI, 1974; Id., *Problemas actuales de la lingüística. Temas teóricos de gramática generativa*, México, S. XXI, 1977; Id., *El lenguaje y el entendimiento*, Barcelona, Seix Barral, 1977; Carlos P. OTERO, *La revolución de Chomsky. Ciencia y sociedad*, Madrid, Tecnos, 1984.



der la cuestión de «la alteridad» en Lévinas y en la filosofía de la liberación (FL)<sup>51</sup>.

Para Lévinas, y también para la FL, el nivel de fundamentación trascendental de toda reflexión filosófica está en la *ética*, que ocupa el lugar de la «filosofía primera». Se trata de una ética centrada en la responsabilidad hacia el otro, y nacida de la experiencia de su infinitud y de la incapacidad e imposibilidad de someter al otro a las categorías intelectuales del yo (Mismo). Por tanto, el otro no puede ser reducido a *ser* (como sentido que de él tiene el yo), sino que se configura como *realidad* previa al sentido egológico del Mismo. El otro aparece, pues, siempre más allá del ser de la ontología (es la auténtica trascendencia que funda la meta-física de la alteridad). Se advierte de este modo la diferencia existente entre las dos tradiciones culturales que han configurado el mundo occidental: la griega y la judía, Atenas y Jerusalén<sup>52</sup>.

Con esto no se está refiriendo sólo a la inefabilidad del otro, sino a otro nivel distinto y previo: «es la libertad del Otro como alteridad nunca manejable, nunca del todo comprensible, nunca del todo comunicable por el logos. Es la afirmación del límite absoluto de la razón: la razón del Otro, que, por supuesto, comprende su mundo y ejerce racionalmente en él su racionalidad»<sup>53</sup>.

Para Dussel, por tanto, y siguiendo los pasos de Lévinas, el nivel último y fundamentador de la ética no se sitúa en el ámbito de lo ontológico, sea entendido al modo griego de la pregunta por el ser como sustancia, al modo heideggeriano del Ser como ámbito u horizonte inobjetivo y atemático en el que todo ente cobra sentido, o como racionalidad lingüística o semiótica trascendental al estilo de Apel y Habermas. Un nivel previo y más básico se halla en la «razón ética originaria» del encuentro y re-conocimiento del Otro. Porque ese momento fundante de la humanidad y de la ética no se resuelve desde una cuestión por el ser, por la «comprensión» del ser, sino desde un «dejar-ser-al-Otro» en posición de espera ante su «revelación»<sup>54</sup>.

Previo, por tanto, a la pregunta por el ser, está la cuestión por la responsabilidad y la acogida del Otro, en la que se apoya, como momento segundo y siendo de él su condición de posibilidad, todo diálogo y acción comunicativa y argumentadora.

<sup>51</sup> Cfr. E. DUSSEL, *o.c.*, p. 142.

<sup>52</sup> Cfr. E. LÉVINAS, *Totalidad e Infinito, o.c.*; *De otro modo que ser, o más allá de la esencia, o.c.*; *Ética e Infinito, o.c.*; D. SÁNCHEZ MECA, «Filosofía y religión en el pensamiento de Emmanuel Lévinas», *Carthaginensia*, XI (1995), pp. 355-375; REYES MATE, *La razón de los vencidos*, Barcelona, Anthropos, 1991.

<sup>53</sup> E. DUSSEL, *o.c.*, p. 144.

<sup>54</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 144.

Lévinas justifica esta fundamentalidad previa a través de la distinción entre *el decir* y *lo dicho*, haciendo también Dussel referencia indirecta a esta distinción de planos del lenguaje<sup>55</sup>. Si entre los diversos interlocutores humanos se da como relación directa el encuentro lingüístico, previo a ello está la situación pre-lingüística del cara-a-cara, en la que se advierte que el otro y cada uno de los diversos interlocutores se presentan como una realidad pre- y trans-lingüística. El Otro no queda reducido a palabras y conceptos, sino que posee una hondura de realidad infinita. Sólo sé de él lo que él quiera comunicarme y cuando quiera hacerlo. E incluso entonces, habrá siempre una desproporción entre lo que me comunica y la realidad profunda que ha querido comunicarme, por cuanto ni el propio interesado es capaz de expresar en palabras ni en gestos toda la profundidad de su propia realidad. «El hombre, nos dijo ya Pascal, sobrepasa infinitamente al hombre». Por ahí va la distinción que también G. Marcel hacía entre «problema» y «misterio» al hablar de la realidad de lo humano.

Por ello ve Lévinas que se da en el ámbito de lo humano una dialéctica entre el decir y lo dicho, en la medida en que, si el decir es previo a lo dicho, y nunca se subsume y expresa del todo en lo dicho, el decir, con todo, necesita de su encarnación o expresión en lo dicho para ser y existir. Pero, en cuanto se expresa y encarna, se traiciona y mutila. Necesidad e insuficiencia, dos caras necesitantes pero insatisfactorias de la profunda y misteriosa realidad humana. Por tanto, este nivel previo y trascendental del encuentro con el Otro, se configura, según Lévinas, como una relación asimétrica, en la que el Otro se me presenta como la alteridad radical, realidad incontrolable e inmanipulable, y cuyos derechos pasan siempre por delante de los míos. Por tanto, no sólo este nivel lo sitúan, tanto Lévinas como Dussel, previo al de la argumentación, sino que está configurado de modo diferente. Frente a la simetría de la ED, la EL y Lévinas configuran la relación originaria en asimetría y verticalidad: el Otro se sitúa encima de mí, como interpe-lante y maestro ante quien yo me tengo que poner a la escucha y en actitud de discípulo<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> Cfr. C. BEORLEGUI, «El pensamiento ético-antropológico de E. Lévinas. Su fecundidad y sus insuficiencias», *o. c.*

<sup>56</sup> En ese sentido, Lévinas establece una diferencia esencial entre el ámbito fundador del encuentro con el otro, articulado por la responsabilidad asimétrica del yo hacia el otro, y el nivel secundario de la justicia, configurado por la relación simétrica entre iguales, entre terceros. Cfr. E. LÉVINAS, *Ética e infinito, o. c.*; Id., *Entre nosotros*, Valencia, Pre-Textos, 1993, pp. 269-281.

No cabe duda de que los planteamientos de Lévinas y de Dussel son sugerentes y cargados de profundidad metafísica. Aunque también habría que dilucidar en qué medida no hay entre ellos una diferencia de fondo que no siempre Dussel la explicita y advierte, puesto que la asimetría levinasiana creo que se diluye o no se la acepta de modo tan extremo como para entenderla, como Lévinas, desde una cierta univocidad del ser, frente a la comprensión de Dussel desde una recuperación de la analogía del ser, aunque sea corrigiendo la interpretación de los escolásticos<sup>57</sup>.

Pero, a parte de tal distinción y supuesta discrepancia de interpretaciones, habría que preguntarse si el nivel metafísico del encuentro primordial con el otro no tiene que ser mediado siempre por el nivel lingüístico para poder ser conocido. Ambos niveles deben ser complementados, y no tanto declararlos incompatibles y/o antagónicos. En realidad, el nivel metafísico (como se advierte en la distinción levinasiana entre el decir y lo dicho) se entiende como un nivel situado previamente a la expresión lingüística, pero sin poder expresarse como tal, aunque debe hacerlo para ser y existir. En este sentido, la precariedad de su fundamentalidad es evidente y llena de menesterosidad. Y más que distanciarse y querer separarse de su complemento expresivo en lo dicho, tiene que conjugarse necesaria aunque precariamente con él.

De ahí que me resultan más válidas las propuestas de complementariedad entre las ED y EL, que las que de modo más beligerante quieren hacerlas casi incompatibles, situando a la EL en un lugar arquimédico, acusando a la otra de representar y expresar una ideología dominadora del mundo de la vida europeo-occidental.

#### 2.2.4. *Entre el escéptico y el cínico*

El cuarto punto de discrepancia se refiere a la distinción que presenta Dussel entre dos tipos de contrincantes o enemigos de la argumentación ética: el escéptico y el cínico<sup>58</sup>. La ED suele considerar que el enemigo más radical y peligroso de su planteamiento es el escéptico. Pero Dussel entiende que hay un enemigo más radical aún, el cínico,

---

<sup>57</sup> Cfr. E. DUSSEL, *Método para una filosofía liberadora, o.c.*, p. 181 y pp. 259-288; Id., «Hermenéutica y liberación», *Analogía Filosófica*, 6 (1992), n.º 1, pp. 141-181. C. BEORLEGUI, *La influencia de Lévinas en la filosofía de la liberación de J.C. Scannone y E. Dussel*, Realidad (UCA, San Salvador), 1997, 1.ª parte: n.º 57, pp. 243-273; 2ª parte: 1977, n.º 58.

<sup>58</sup> Cfr. E. DUSSEL, artíc. cit., pp. 145-146.

contra el cual nada tiene que hacer la ED. «La fundamentación, dice Dussel, de la validez intersubjetiva debe argumentar contra el escéptico y mostrar que se contradice en el acto mismo de argumentar contra la razón. Acepto. Lo que acontece es que esto tiene sentido en el nivel moral de la validez intersubjetiva (...), pero no sería ya válido en el nivel de la ética material, donde la reproducción y el crecimiento de la vida sería el principio universal (cuestión económica fundamental y en torno a lo cual se estructura la totalidad del pensamiento de Marx, Freud o Lévinas). En este caso, para fundamentar el principio de una ética material universal, habría que oponerse a aquél que justifica la posibilidad ética de la muerte (el límite absoluto de la no-reproducción de la vida). Y el que justifica tal posibilidad es el cínico —en sentido fuerte—»<sup>59</sup>.

Dussel ve ejemplificado este cinismo moral fuerte en el economista neoliberal F. von Hayek, al afirmar que la pobreza y exclusión que genera un sistema económico de libre mercado, es una consecuencia no deseada por el sistema. Este modo de pensar, cree Dussel, «está justificando dicha negación de la vida en muchas personas. Ante la pregunta de si la economía no debería ocuparse del cumplimiento de las necesidades de los pobres, Hayek contesta que ésa sería función de la ética (para justificar algo así como la limosna). Esta justificación de la muerte de los vencidos es lo que denominaríamos «cinismo»<sup>60</sup>.

Como puede verse, toda la argumentación de Dussel se basa de nuevo en la distinción de dos planos de la realidad: el de la argumentación y el sentido, y el de la realidad material, en el que se juega la reproducción física de la vida. Además, ve justificada esta distinción en la argumentación del propio von Hayek separando claramente la economía de la ética. De ahí que, para Dussel, por más que queramos tener razón en el nivel de la argumentación racional ética, si no influye en el nivel de lo económico-material, no habremos adelantado nada y le estaremos dejando el camino libre al cínico.

Es cierto que para Apel el contrincante habitual más peligroso de la ED ha solido ser siempre el escéptico. Peligroso pero no invencible, en la medida en que, aunque el escéptico se negara a tomar parte en el discurso argumentativo, «quien se niega, dice Apel, por principio al discurso, deja de ser un escéptico»<sup>61</sup>.

Ahora bien, ante la «razón cínica» parecería que la pura argumentación se mostraría totalmente impotente advirtiéndose como razón inge-

---

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 146.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 146.

<sup>61</sup> APEL, *o.c.*, p. 120.

nua, llegando incluso a cumplir una función ideológica y encubridora de la propia «razón cínica», que estaría impregnando el sistema dominante de la Totalidad europea occidental. En este sentido, la EL pretendería, según Dussel, hallarse aquí en clara ventaja respecto a la ED, en la medida en que, no quedándose en meras argumentaciones, su racionalidad constituiría un momento acompañante de la praxis liberadora.

Pero Apel se defiende de estas críticas de Dussel desde un doble punto de vista: ver las ambigüedades que encierra la postura de Dussel, y mostrar que tampoco la «razón cínica» queda vencedora e inmune frente a la racionalidad discursiva. En relación al primer punto de vista, Apel advierte a Dussel que sus planteamientos le llevan a él mismo a una contradicción, puesto que, si ante el cínico no valen argumentaciones sino hechos de liberación, «la única *praxis de la liberación* significativa sería la guerra, la guerra civil mundial»<sup>62</sup>. Por tanto, el mismo momento teórico estaría de más, quedándose la EL en una praxis ciega e irracional, configurada por una mera respuesta emocional ante la compasión que produce la explotación del oprimido. Pero eso llevaría a la EL, en cuanto racionalidad, al silencio. Y en la medida en que quiera seguir utilizando argumentos, ellos deberían ir encaminados a intentar mostrar la rectitud y legitimidad de su postura ante otras rivales, entre ellas la cínica. Pero entonces ella misma caería en el reproche (repetiendo la expresión de Lenin) que acaba de lanzar a la ED, de representar la función de «tontos útiles» del sistema.

Apel está de acuerdo en que estamos rodeados de cínicos que persiguen sus intereses de poder al margen de la moralidad, y que para cambiar ese estado de cosas y configurar la vida desde una correcta ordenación ética no bastan bellos discursos moralizadores con los que se trataría de convencer y ablandar el duro corazón de los egoístas y tramposos. Hay que tener bien claro que, cuando hablamos de fundamentar la ética, nos estamos moviendo en el nivel de los argumentos racionales, tratando de demostrar su legitimidad y validez para iluminar nuestras vidas y orientar una praxis que haga realidad las medidas concretas que se determinen desde el mundo de la política y de la ética positiva y aplicada<sup>63</sup>. Por tanto, la racionalidad ética se tiene que complementar

---

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 120. Y continúa diciendo Apel: «Esto lo afirma Dussel en un lugar importante, pero lo niega en otros a favor de posibles reformas y hasta de la posible utilización de la ética del discurso por parte de la ética de la liberación, que es la que debe acompañar de manera inmediata la praxis de la liberación como su “concientización” en el sentido de Paulo Freire».

<sup>63</sup> Para ver la relación entre la ética fundamental y la ética aplicada, cfr. A. CORTINA, *Ética aplicada y democracia radical*, Madrid, Tecnos, 1993.

siempre con una praxis consecuente. Ilumina la praxis, pero no la tiene que suplantar.

No distinguir estos dos planos puede llevar a confusiones y malentendidos peligrosos. Y no será poco que lleguemos a tener claros los principios fundamentales desde los que poder realizar una crítica legítima acerca de la realidad económico-política y de sus presupuestos morales, así como proponer una ordenación ética alternativa, legitimada racionalmente desde una racionalidad intersubjetiva.

Apel señala en su argumentación clarificadora dos tipos de acepciones del concepto de «cínico» en Dussel: el «cínico total» y el «cínico concreto». El primero representaría la postura del que está disfrutando consciente y plenamente de la situación de privilegio, por pertenecer a una cultura dominante, y es consciente también de la situación de pobreza y dominación de los integrantes de otras culturas dominadas. Y desde esta postura consciente y privilegiada, hace caso omiso de cualquier planteamiento teórico crítico que de su postura pueda presentar cualquier racionalidad moralizadora.

Apel entiende que esta generalización y descripción extrema del cinismo es una idealización exagerada, que no resulta realista, y sí peligrosa, en la medida en que demoniza todo lo pertinente a la cultura del llamado «primer mundo» o el Norte, haciéndole culpable y responsable, de modo consciente y pleno, de la pobreza y marginación de los países del Sur. Además, de que sigue diciendo Apel, esta división de la tierra en una fácil frontera Norte-Sur «representa ya una simplificación monstruosa, si bien a veces muy útil»<sup>64</sup>, entiende que no se puede englobar y considerar como cínicas todas las diferentes posturas de los integrantes del Norte. En concreto, Apel ve que aun en los foros políticos y económicos internacionales que parecerían estar dominados por intereses puramente estratégicos, en defensa de los privilegios de los poderosos, impera también en ellos una sensibilidad general que tiende a respetar en cierta medida la racionalidad anticipadora de la situación ideal de diálogo de la que habla la ED, como es la atención a los intereses de todos los afectados, desde una situación de diálogo simétrico. De hecho, cuando se conculcan de modo flagrante tales reglas, la opinión pública suele protestar y oponerse.

Es evidente, claro está, que cada parte defiende sus intereses, también la que representa a los países del Sur<sup>65</sup>, y que no estamos en una

---

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 123.

<sup>65</sup> Apel a este respecto señala que «el representante de los pobres y oprimidos tiene, de manera general, la *perrogativa ética* y la *obligación de compensar estratégicamente las des-*

situación perfecta e ideal. Y nunca lo estaremos, puesto que tal situación sólo se podría lograr, en el mejor de los casos, al final de la historia. Pero parece evidente para Apel que en estos foros se muestra prácticamente la dialéctica entre el nivel anticipador y la situación real y fáctica del juego de intereses, que no está movido sólo por los equilibrios de fuerzas e intereses, sino también por criterios racionales procedentes del nivel ideal anticipador.

En definitiva, la postura del cínico queda también sometida, en el nivel teórico-racional, a la lógica de la racionalidad discursiva y argumentadora. Su postura queda desvelada, criticada y deslegitimada desde la racionalidad comunicativa, aunque eso no signifique que con la sola argumentación se vaya a convencer al cínico y a conseguir el cese de su estrategia interesada y dominadora. Pero esa no es la función de la racionalidad ética, sino de la praxis socio-política correspondiente, aunque orientada por la racionalidad ética.

Para completar esta parte de la discusión, hay que señalar que Dussel no sólo ve como enemigo de la fundamentación de la racionalidad ética al escéptico y al cínico. En la medida en que tal fundamentación de la ética, y en concreto de la EL, se tiene que apoyar, según Dussel, en una pluralidad de principios, a cada uno de ellos se opondría uno o varios enemigos, indicados someramente por Dussel, quien nos remite, para su descripción y crítica más profunda a «una obra de largo aliento» que está escribiendo, con el título de *Ética de la Liberación*<sup>66</sup>. En esta pluralidad de principios (con sus consiguientes enemigos) es donde también Dussel ve motivo de superioridad de la EL sobre la ED, porque «la Ética del Discurso sólo acepta un principio formal, *uno solo*, fundamentado el cual se ha fundamentado *toda la ética*. Si se aceptan varios principios, habrá que fundamentarlos con argumentos específicos y ante distintos oponentes»<sup>67</sup>.

Nos parece problemático que sea necesario complejificar la fundamentación de la ética con tal pluralidad de principios, y uno tiene la impresión de que ello responde más bien a un cierto gusto por lo barroco del propio Dussel. Aparte de que habría que ver si tal pluralidad de principios no puede ser subsumida por la «semiótica trascendental» apeliana. Debajo de toda esta disputa, y para concluir, creo que sub-

---

*ventajas estructurales —históricamente determinadas— de la propia parte.* Justamente esta compensación es el objetivo de la realización a largo plazo de las condiciones político-sociales para la realización gradual de las relaciones de una comunidad ideal de comunicación, postuladas en la *parte A* de la ética del discurso»: *o.c.*, p. 125. Los subrayados son de Apel.

<sup>66</sup> Cfr. *ibidem*, p. 135, nota 4.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 147. Los subrayados son de Dussel.

yace, como ya lo hemos apuntado en varias ocasiones anteriores, un tema central: la distinción y conjugación entre los dos niveles que Dussel denomina nivel de la ética argumentativa y nivel de la ética material<sup>68</sup>; o dicho en términos de la filosofía zubiriana, el nivel de la realidad y el del sentido.

Con ello entramos en una discusión filosófica de hondo calado, pero necesaria para dilucidar la discusión entre estos dos modelos de ética, en la medida en que ambas son deudoras y se asientan en dos modelos filosóficos y metafísicos diferentes. Mientras Apel, enraizado en la tradición de la filosofía del lenguaje, profundizada y completada por el llamado «giro pragmático» (pragmatic turn), de connotaciones post-metafísicas<sup>69</sup>, defiende que la realidad sólo la podemos conocer y expresar a través del lenguaje, Dussel se sitúa más en posturas metafísicas que se desmarcan de la absolutización de lo lingüístico como única mediación de conocimiento de la realidad, y defiende la posibilidad de un acceso directo a niveles de realidad pre-lingüística. En este caso, la experiencia radical del otro y de su infinitud (Lévinas) desborda las estructuras lingüísticas de comprensión. Volvemos a retomar la distinción levinasiana entre el decir y lo dicho como diferencia clave entre estos dos niveles de realidad a que estamos haciendo referencia. Debemos, pues, analizar esta distinción de planos y su articulación, para ver la pertinencia y acierto de cada una de las dos posturas éticas que estamos estudiando.

### 3. Entre la realidad y el sentido

Apel sitúa un apoyo básico de su filosofía, como ya lo hemos dicho, en el llamado «giro lingüístico» de la filosofía contemporánea, según el cual se considera imposible, o sin sentido, la búsqueda del origen del significado al margen del lenguaje. Es lo que defiende Wittgenstein al afirmar que «el límite del lenguaje se muestra en la imposibilidad de describir los hechos que corresponden a una oración... sin repetir precisamente esa oración»<sup>70</sup>. Es tanto como decir que no es posible tener un acceso directo a la realidad de lo mundano más allá o

<sup>68</sup> Cfr. *ibidem*, p. 146.

<sup>69</sup> Cfr. J. HABERMAS, *Pensamiento posmetafísico*, Madrid, Taurus, 1990; J. CONILL, *El crepúsculo de la metafísica*, Barcelona, Anthropos, 1988, capít. c. 12, *Metafísica de la comunicación (Apel/Habermas)*, pp. 252-310.

<sup>70</sup> L. WITTEGENSTEIN, *Vermischte Bemerkungen*, Frankfurt, 1977, p. 27; cit. en K.O. APEL, «Is Intentionality more basic than Linguistic Meaning? In Defence of the Linguistic



al margen de las estructuras lingüísticas, convirtiéndose el ámbito del lenguaje en los «límites del mundo». Esto es lo que Apel denomina la «irrebasabilidad» (Unhintergebarkeit) del lenguaje<sup>71</sup>, que implica la «inviabilidad del rodeo que pretendiera ocupar la retaguardia, o sorprender por la espalda a las cosas mismas, sin la mediación del lenguaje»<sup>72</sup>. El ser humano, según Apel, estaría configurado con un *apriori lingüístico* en su acercamiento intelectual a la realidad del que no se puede desvincular, constituyendo el modo específico de dársele el sentido y la esencia de lo real.

Por tanto, las pretensiones de apuntar a un nivel pre-lingüístico, como realidad más básica y previa, desde la cual habría que fundamentar la ontología/metafísica, la ética y la antropología, son empeños inútiles, condenados al fracaso y al círculo vicioso. Y ello es así en la medida en que el mismo empeño de referirse a esa realidad pre-lingüística y tratar de expresarla, sólo puede hacerse echando mano del lenguaje. Al margen de eso, sólo queda tal experiencia como algo meramente subjetivo, imposible de ser validada racionalmente, en un ámbito intersubjetivo. Se da por hecho, en esta postura, que sólo es racional lo que puede mostrarse en un ámbito interpersonal. Y el instrumento de tal comunicación interpersonal es el lenguaje.

Por contra, la pretensión de E. Dussel, apoyándose en Lévinas, es mostrar la insuficiencia de la tesis de Apel acerca de la «irrebasabilidad» del lenguaje. También en esta misma dirección, aunque apoyándose en bases diferentes, se sitúa la aportación de la filosofía de Zubiri y de sus discípulos<sup>73</sup>, como tendremos ocasión de ver un poco más adelante.

Lévinas, como ya sabemos, entiende que el lenguaje, y en general la racionalidad filosófica de la ontología occidental de origen griego

Turn against Semantic Intentionalism or perhaps, of Searle I against Searle II», en *Homenaje a Searle* (en prep.), p. 4. Cita tomada de Julio DE ZAN, *Filosofía y pragmática del lenguaje* (pp. 15-45; 16), en KARL OTTO APEL, *Semiótica filosófica*, Buenos Aires, Ed. Almagesto, 1994, Edic. y Estudios Introductorios de Julio de Zan, Ricardo Maliandi y Dorando Michelini.

<sup>71</sup> Cfr. K.O. APEL, *La transformación de la filosofía, o.c.*, y Adela CORTINA, *Razón comunicativa y responsabilidad solidaria, o.c.*

<sup>72</sup> J. DE ZAN, *o.c.*, 16.

<sup>73</sup> Cfr. X. ZUBIRI, *Sobre la esencia*, Madrid, Sociedad de Estudios y Publicaciones, 1962; Id., *Inteligencia sentiente* (3 vols.), Madrid, Sociedad de Est. y Publ./Alianza, 1980-83; A. GONZÁLEZ, *Un solo mundo. La relevancia de Zubiri para teoría social*, tesis doctoral, Madrid, Comillas, 1994; Id., «Hacia una fundamentación de las ciencias sociales», en *Para una filosofía liberadora* (Primer Encuentro Mesoamericano de Filosofía), San Salvador, UCA, 1995, pp. 65-96; Id., *Fundamentos filosóficos de una civilización de la pobreza*, ECA, LII (1997), n.º 583, pp. 417-426.

hasta Heidegger<sup>74</sup>, es insuficiente para dar cuenta del «ser» de la realidad, en concreto de la esencia del Otro, caracterizado por su Infinitud. La experiencia básica del encuentro con el Otro en el cara-a-cara, me muestra la radical trascendencia del Otro, su infinitud, y la incapacidad de someterle con mis categorías racionales a las estructuras rígidas y dominadoras de la Totalidad del Ser.

Dussel, como ya lo hemos visto, entiende que, previo y más radical que el nivel de lo lingüístico y argumentativo, se situaría el nivel de lo real en su desnudez pre-lingüística, el nivel de la «ética material», lugar donde se sitúa la reproducción material de la vida, desde lo biológico a lo económico. De ahí que una cosa es la realidad material, y otra, su interpretación. Por tanto, si no tenemos en cuenta este nivel previo, en el que se sitúan los entramados de la organización de lo social, político y económico, podremos estar montando bellas teorías consensuadoras pero de espaldas y al margen de esa infraestructura material. De ello es bien consciente, en opinión de Dussel, el cínico, que puede aceptar todos los acuerdos éticos que se quieran, mientras no se toque su situación privilegiada en el ámbito de lo material.

¿Qué decir de esto? Entiendo que la crítica de Lévinas y Dussel a la «irrebasabilidad del lenguaje» tiene mucho de pertinente y acertado, además de aportar una línea fructífera de crítica a la absolutez de cualquier sistema de pensamiento que quiera presentarse con la pretensión de querer definir de una vez por todas, desde el nivel del sentido, la estructura o esencia de la realidad. El pensamiento de Lévinas busca preservar la trascendencia de la realidad, y más aún de lo humano, frente a la Totalidad de la ontología, de la teorización conceptual. En ese sentido, su distinción entre el *decir* y lo *dicho* resulta especialmente atractiva y acertada, en la medida en que nos advierte sobre los límites del lenguaje, y nos indica la necesidad de tener en cuenta el escenario previo a la expresión lingüística, el encuentro interpersonal, como raíz y fuente del decir, que se va objetivando en lo dicho. De ahí que el decir y lo dicho constituyan una dialéctica inseparable, en la que el decir se tiene que expresar necesariamente en lo dicho, pero, a su vez, tiene que ser consciente de su insuficiencia y peligro insalvable de traición (*traduttore traditore*).

Pero habría que preguntarse si eso mismo no está ya aceptado por la «pragmática universal» de Apel, e incluso por la filosofía del primer

---

<sup>74</sup> Cfr. E. LÉVINAS, «¿Es fundamental la ontología?», en *Entre nosotros. Ensayos para pensar en otro*, Valencia, Pre-Textos, 1993, pp. 11-22 (original de 1951); Id., *Totalidad e Infinito, o.c.*; Id., *El humanismo del otro hombre*, Madrid, S. XXI, 1974.

Wittgenstein, al referirse en la última proposición de su *Tractatus* al silencio sobre lo que está más allá de lo que se puede decir<sup>75</sup>. El problema está más bien en los acentos a la hora de conjugar los dos niveles, y en el peligro de absolutizar el instrumento del lenguaje como modo de acercamiento descriptivo de la realidad. En ese sentido, la filosofía del lenguaje, aun la que se apoya en el «giro pragmático», como Apel y Habermas, tiende a primar excesivamente la mirada hacia el instrumento lingüístico en perjuicio de la realidad prelingüística, de la que pretende hablar y a la que tiene que servir el lenguaje. Sobre todo, cuando se advierte el peligro de identificar la racionalidad lingüística, en sentido amplio, con una racionalidad histórico-cultural concreta y específica.

Por ahí va una de las críticas más repetidas de Dussel a la ED de Apel. Pero en tal crítica habría que distinguir entre lo que supone una reducción de la racionalidad lingüística a una racionalidad cultural determinada (en este caso, la occidental europea), y la pretensión general de Apel, y de la teoría de la racionalidad comunicativa, de que el lenguaje es la única mediación de acceso a lo real. Y todo lo que escape a una racionalidad intersubjetiva tendrá que intentar presentar un modo alternativo de validarse, que en definitiva no se ve de qué modo puede escapar de nuevo a lo lingüístico. Lo primero (etnocentrismo cultural) es claramente criticable, pero en ningún momento es defendido por Apel ni por Habermas.

En cambio, es más problemática la tesis de la «irrebasabilidad» del lenguaje. La referencia a ese nivel de realidad pre-lingüística, aunque para hablar de ella se necesite utilizar el instrumento del lenguaje, no es ociosa ni superficial. Y menos aún en el ámbito de lo ético. Porque con ello hacemos referencia al valor absoluto de la persona humana, como realidad que escapa siempre a la mera delimitación de lo lingüístico. El peligro de la absolutización del lenguaje puede estar en deschar todo lo que no puede ser atrapado en sus redes. Y lo que no queda en sus redes es precisamente lo más valioso: la infinitud y trascendencia de lo humano. En ese sentido, las críticas que desde estos planteamientos se hacen a la ED irían en la línea de plantear hasta qué punto puede quedar encerrado el diálogo entre infinitudes personales en una racionalidad comunicativa. Y sobre todo, algunos filósofos de la liberación, como J.C. Scannone<sup>76</sup>, han mostrado la dificultad, si no la impo-

---

<sup>75</sup> Cfr. L. WITTGENSTEIN, *Tractatus Logio-Philosophicus*, proposición 7, Madrid, Alianza, 1973, pp. 202-203.

<sup>76</sup> Cfr. J.C. SCANNONE, «Filosofía primera e intersubjetividad», *Stromata*, 42 (1986), pp. 367-386; Id., «Racionalidad ética. Comunidad de comunicación y alteridad», *Stromata*, 43 (1986), pp. 393-397.

sibilidad, de deducir las condiciones de posibilidad de la situación ideal de diálogo del análisis trascendental del nivel del lenguaje fáctico. Por eso, considera Scannone que la propuesta de Apel es un «idealismo trascendental», en la medida en que considera que la relación existente entre el nivel empírico (lenguaje fáctico) y el trascendental no está dada de un modo cerrado y automático, sino que depende su concreción de «la libertad del otro, de su alteridad irreductible y de su trascendente imprevisibilidad»<sup>77</sup>. Por tanto, es evidente para Scannone que la deducción trascendental del *apriori* de la comunidad de comunicación «sólo será reconocible *a posteriori*, en la historia de la interacción contingente y libre»<sup>78</sup>.

Otro modo diferente de criticar las supuestas insuficiencias de la ED proviene de una línea de filosofía de la liberación apoyada en el sistema filosófico de Zubiri, como es el caso de A. González<sup>79</sup>. Siguiendo el planteamiento de Zubiri, en su crítica a la general logificación de la intelección por parte de la filosofía occidental, así como a una entificación de la realidad, critica A. González los planteamientos de la ED por constituir una absolutización del nivel del sentido y un olvido del nivel de la realidad. Ahora bien, el nivel de realidad es entendido por A. González de un modo diferente y más radical, podríamos decir, que X. Zubiri. El punto de partida ya no sería para A. González «la impresión primordial de realidad», sino el nivel de los actos humanos, de la praxis. De ahí que la «filosofía primera» será para él una «praxeología»<sup>80</sup>.

El punto de partida radical para fundamentar la ética no sería, por tanto, el *apriori* del lenguaje sino el de la *alteridad*, como momento fundamental que se nos muestra en ese análisis de la acción que se nos aparece como filosofía primera. Pero esta noción de «alteridad» no tiene nada que ver con la experiencia básica del otro al estilo de Lévinas,

<sup>77</sup> J.C. SCANNONE, «Filosofía primera e intersubjetividad», *Stromata*, 42 (1986), pp. 367-386; p. 378. Cfr. también, Id., «Racionalidad ética, Comunidad de comunicación y alteridad», *Stromata*, 43 (1986), pp. 393-397. Cfr. Carlos BEORLEGUI, «La intersubjetividad asimétrica, clave de la responsabilidad ética», en «Pensar en Diàleg. Miscellània en Homenatge al Prof. Dr. Eusebi Colomer», *Rev. Cat. de Tgía*, XIX (1994), pp. 309-319.

<sup>78</sup> J.C. SCANNONE, *Filosofía primera...*, o.c., p. 378.

<sup>79</sup> Ya hemos hecho referencia, en notas anteriores, a varias de las obras de A. González. Aquí nos vamos a referir a *Fundamentos filosóficos de una «civilización de la pobreza»*, UCA (San Salvador), LII (1997), n.º 583, pp. 417-426. Este trabajo fue su intervención en el Encuentro de Aachen de noviembre de 1996 entre la ED y la EL.

<sup>80</sup> «Por *praxeología* entendemos un análisis de nuestros actos. Y este análisis incluye los actos racionales orientadores de nuestra praxis»: *ibidem*, p. 425. Cfr. Id., *Estructura de la praxis. Una propuesta de filosofía primera*, Madrid, Trotta, 1997.

Dussel o Scannone. «En todo acto humano se hacen presentes distintas cosas, de muy diversa índole. Pues bien, todas estas cosas que se actualizan en nuestros actos, lo hacen pretendiendo ser radicalmente otras respecto a su actualización (...). No se trata de la alteridad de la cosa respecto a mi subjetividad, sino de la alteridad de la cosa en mi acto perceptivo con respecto a cualquier acto»<sup>81</sup>. De ahí deduce A. González que la alteridad, el otro, tanto si es una cosa como si es un ser humano, «es un carácter ineludible de todo acto humano»<sup>82</sup>. La conclusión para A. González es que «el cínico no puede abandonar sus propios actos. Siempre estará actuando, y en estas actuaciones hay siempre ineludiblemente un momento de alteridad»<sup>83</sup>.

Pero con esta argumentación, entiendo que A. González ha demostrado que la alteridad es un «carácter ineludible de todo acto humano», pero no que de ahí se deduzca una obligación moral hacia el otro. E incluso, si se demostrara eso, tampoco se ve de dónde surge la discriminación moral positiva hacia las personas frente a las cosas y los animales. En todo este planteamiento, no se acaba de ver cómo sus argumentaciones evitan la falacia naturalista. Falta un principio puente, que atribuya más valor a la persona humana que al resto de las demás realidades, principio que, aunque apoyado en las notas de la realidad, no se deducen exclusivamente de ellas. Y con ello nos situamos en el ámbito del sentido y no sólo en el de la realidad.

#### 4. Para concluir

Tras el recorrido realizado en las páginas anteriores, sigo pensando que la ED y la EL pueden ser propuestas complementarias. Cada una de ellas señala críticas certeras y valiosas a las insuficiencias de la otra postura, a la vez que aporta aspectos básicos a la fundamentación de la ética. Si la EL presenta una mayor consistencia y hondura en el punto de partida (el principio compasión desde la experiencia del sufrimiento del otro, el pobre y el marginado), la ED aporta una propuesta racional de fundamentación, la racionalidad comunicativa. Bien es verdad que la ED, en la medida en que tiende a absolutizar la mediación lingüística entre el sujeto y el mundo o la realidad, corre el riesgo de perder sensibilidad por la individualidad irrepitable e inapresable de cada persona

---

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 421.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 422.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 422.

humana (sujeto y objeto de la ética) y por el fondo trascendente y también inaprehensible de la realidad. Respecto a lo primero, la situación simétrica del individuo en la mesa del diálogo real e ideal puede presuponer un desconocimiento y olvido de la situación irrepetible e insustituible de cada persona, y, en consecuencia, realizar un fácil pero precipitado y equivocado salto deductivo del nivel fáctico al trascendental, confeccionando una estructura racional ideal que no responde al entramado de relaciones concretas e histórico-culturales, sino a un estereotipo de individuos que se dan sólo en la cabeza del filósofo.

Pero el riesgo de la EL y de Lévinas es que con la insistencia en la irrepetibilidad e inaprehensibilidad de la persona se olvide que en las reglas de juego de la convivencia social todo individuo tiene que someterse, sin exigir privilegios especiales, en cuanto es una persona más, a las reglas racionales de una comunicación interpersonal simétrica. Esto como meta ideal. En los casos concretos e históricos en que tal simetría no se da, como denuncia justamente la EL, el planteamiento de la ED del discurso no sólo no es un estorbo, sino una instancia crítica desde la que denunciar las desigualdades fácticas y el olvido de los derechos inalienables de cada persona. Esta exigencia de simetría es incluso reconocida, como ya lo apuntamos en su momento, por el propio Lévinas, en la medida en que entiende que una correcta configuración de la ética tiene que conjugar el nivel, para él fundamental y primero, de la asimetría del encuentro cara a cara con el Otro, con el nivel de la relación simétrica del ámbito de la justicia, necesaria cuando aparecen los terceros<sup>84</sup>.

Vemos, pues, la necesidad de complementar los planos y los acenotos. Si la tendencia de la EL nos lleva a insistir en la dignidad y en la concreción material de cada ser humano, y a no partir fácilmente de condiciones simétricas de facto, sino a lo más a tenerlas como metas utópicas (algo que es básico en la ED), la orientación de la ED aboga por la igualdad de todos (no la uniformidad) y la pertenencia a una común racionalidad que marca las orientaciones básicas de nuestra convivencia, interpersonal e intercultural, aunque no sean más que de orden formal y procedimental.

Por otro lado, la insistencia desde el pensamiento de Zubiri en apelar a la formalidad de realidad, sea como impresión de realidad (Zubiri) o como estructura de la acción (A. González), entiendo que tampoco es suficiente para declarar inválidas las aportaciones de la ED, en la medi-

---

<sup>84</sup> Cfr. E. LÉVINAS, «El otro, la utopía y la justicia», en *Entre nosotros, o.c.*, pp. 263-281; Id., *Ética e Infinito, o.c.*

da en que, por un lado, la propuesta de la «praxeología» de A. González no acaba de fundar la ética desde la mera configuración de la estructura básica de la acción, puesto que para que estemos en el ámbito de la ética tenemos que pasar de la mera descripción de lo fáctico al ámbito de lo normativo. Por otro lado, la insistencia en la primordialidad de la realidad sobre el sentido para criticar las insuficiencias de la ED, resultan pertinentes pero insuficientes. La apelación a la impresión primordial de realidad no hace más que afirmar que *hay realidad* y no simples estímulos, y no cómo es tal realidad, pues para señalar sus notas y contenidos tenemos que situarnos ya en el nivel del sentido, sea en el logos o en la razón. Ahí es donde se sitúa la ED y las diferentes versiones de la ética zubiriana, y ahí es donde tienen que discutirse las coincidencias y las discrepancias.

En definitiva, cada una de las teorías éticas es insuficiente por sí sola para fundamentar de forma completa la racionalidad ética, aunque todas ellas aportan enfoques y elementos valiosos, que nos ayudan a una mejor comprensión de lo humano y de la realidad, y, con ello, luces sobre cómo orientar el desarrollo de la configuración de lo humano y la apropiación de posibilidades que le encaminen hacia su realización y su felicidad. En lo que sí coinciden todos estos modelos éticos mencionados es en entender que la realización de lo humano pasa por el respeto al otro, a todo otro, en especial el menos favorecido, dentro de un modelo de sociedad basado en la democracia, la justicia, la solidaridad, la libertad y el respeto a la dignidad de toda persona humana.





# PENSAR ESENCIAL Y LENGUA. HERACLITO Y HEIDEGGER

Juan Iturriaga  
Universidad de Deusto

## Proemio experimental

Para todo traductor le es patente que no puede pretender traducir un texto de una lengua ateniéndose exclusivamente a la estructura gramatical. Es necesario llegar a la comprensión del texto y traspararlo a términos claros e incluso elegantes (en ello está la calidad de la traducción) de otra lengua.

Naturalmente que se requiere un conocimiento gramatical de ambas lenguas, pero lo más difícil es captar el sentido profundo de lo dicho en una lengua y traducirlo a otra. Lo cual no lleva consigo ninguna traición como dice el manoseado adagio italiano: «traduttore, traditore».

A esas características peculiares a cada lengua le vamos a llamar el «genio de la lengua»<sup>1</sup>. Es indudable que por muy próximas que sean dos lenguas, en su origen y desarrollo como podría ser el catalán, castellano, gallego o portugués, cada una tiene su «genio» propio, que si no se capta, se corre el riesgo de no entender nada del texto propuesto.

Hace ya algún tiempo oí por la radio a un locutor que traducía el título inglés de una canción: «give me a hand». Siguiendo la estructura gramatical rígidamente decía: «dame una mano». De esta forma el inadvertido radioyente entendía, se imaginaba, un saludo habitual de apretón de manos. Pero para alguien con cierto conocimiento del «genio» de la lengua inglesa, no se le escapaba que esa expresión significa en castellano: «ayúdame» o «échame una mano».

Sirva el ejemplo para distinguir entre la gramática y el genio de la lengua.

---

<sup>1</sup> Posteriormente en nuestro trabajo lo indentificaremos con los términos alemanes: «anfängliches Denken» y «wesentliches Denken»: pensar original o esencial.

## Planteamiento de una paradoja lingüística

Entrando en nuestro tema no cabe la menor duda, de que hoy día hay muchísima gente que conoce gramaticalmente la lengua vascongada, pero nos preguntamos y nos tememos sobre su comprensión del genio propio de la misma. Se hacen muchos chistes al respecto y no me consta de su veracidad histórica, como la del letrero del ferrocarril que decía: «trenen azpikogonak» («combinaciones de trenes») equivocando una prenda femenina («lo que está debajo del vestido, la saya, la combinación») con un término de ferrocarril («combinaciones de trenes»). Pero el ejemplo quizá por su evidente torpeza resulta demasiado inverosímil.

Sin embargo es cierto que un conocimiento de la gramática no lleva consigo necesariamente una vivencia del genio de la lengua. Cualquiera puede caer en la cuenta de lo que decimos visitando una casa de labranza vascongada de la diferencia entre el lenguaje que usa la abuela de la casa y la nieta. Esta última conoce a la perfección no sólo el lenguaje «unificado» (llamado «batua») sino la manera de expresarse del pueblo y en casa («herriko hitzkuntza»). Pero una vez iniciada la conversación inmediatamente se cae en la cuenta de que la abuela piensa de otro modo, mientras que en la nieta sin que haya ningún error gramatical, la influencia del mundo castellano es mucho más decisivo y por tanto su lenguaje más abierto para un castellano que sabe algo de vascuence.

Mi hipótesis de trabajo es que la abuela posee el genio de la lengua, mientras que la nieta, aunque desde el punto de vista gramatical sea mucho más erudita, con más conocimientos filológicos quizá haya perdido el auténtico genio de la lengua.

No creo que esta hipótesis de trabajo signifique ninguna novedad. Hay innumerables investigadores que van recorriendo lugares donde ancianos conservan el genio de la lengua, porque han tenido muy poco contacto con el modo de pensar castellano, para recoger sus dichos y su manera de expresarse. En el ámbito escrito sucede lo mismo. Se está trabajando mucho en la recogida de versos y textos antiguos<sup>2</sup>, que no han sido tan asediados como lo somos nosotros por un entorno totalmente dominado por la lengua castellana. Difícilmente se encontrará hoy en el País Vasco una persona o lugar en el que no se entienda y hable (aunque sea gramaticalmente incorrecto) el castellano.

---

<sup>2</sup> Un ejemplo laudable de este esfuerzo es la colección «Auspoa», que con tanta competencia y erudición dirige Antonio Zavala Echevarría.

Para aclarar mi hipótesis de trabajo, permítaseme acudir a un recuerdo personal no muy lejano. Siendo de origen vascongado mis parientes ancianos (cada vez menores en número) me han permitido tener una experiencia singular. Una alumna de la Universidad de Deusto deseaba retirarse a una casa de labranza vascongada («baserri»), sin importarle mucho el estado en que se encontrara, para vivir en independencia y soledad. Debidamente aconsejado acudí a unos parientes míos que se expresan en castellano, pero inmediatamente se cae en la cuenta de que su manera de pensar no pertenece a este lenguaje.

Consciente del genio de la lengua, que entra dentro de la manera de pensar y obrar de la persona, le advertí a mi alumna de Deusto, que cuando fuéramos a tratar de este negocio con mis parientes, que tenían algunas casas de labranza en distintos lugares, algunas de ellas muy abandonadas, no acudiese como lo hacemos hoy día en una inmobiliaria.

Normalmente en una empresa de éstas, se sienta uno en una silla y expone sus deseos. Del otro lado de la mesa directamente se le va respondiendo a cada una de las directrices propuestas y se le señalan alternativas. Al mismo tiempo se le van indicando al presunto cliente precios, situación, ventajas, etc...

De esta manera —le dije yo a mi alumna— no vengas a ver a mis parientes. Ten paciencia. Escucha. Déjales hablar. Hablan castellano pero no piensan en esa lengua.

Efectivamente, nada más iniciado el diálogo y expresado sobriamente nuestro deseo de conseguir una casa de labranza vascongada de la que ellos (mis parientes) pudieran disponer, se cambió todo el tema de la conversación. Nos invitaron a visitar una ermita próxima. Nos enseñaron el altar mayor, indicándonos al señalarlos las paredes de hermosa piedra desnuda, que nuestros antepasados habían contribuido a la mejora y aderezo de la ermita.

Después nos llevaron a los altares laterales y sin ninguna amargura, sencillamente nos transmitieron el dato de que aquellos dos altares habían sido donados por un sacerdote, hermano de su madre, añadiendo que «antes» había unos carteles que lo decía, pero con la renovación de la ermita, los responsables eclesiásticos habían considerado conveniente retirarlos.

Si mi alumna no estuviera prevenida, hubiera interrumpido toda esta conversación para especificar el tema que le había traído a ver a mis parientes. Pero siguiendo mis continuas insinuaciones esperó.

Más tarde nos sentamos a la mesa, sacaron algunos frutos de la tierra, para comer y comenzaron a hablar de «posibilidades» que existían. Insistían una y otra vez mis parientes, que todo ello lo habían recibido

de sus mayores. Yo me imagino, y no creo que ando lejos de la realidad, que el primer gesto de llevarnos a la ermita, había sido para decirnos dentro del genio de la lengua vascongada, que ellas eran religiosas como sus mayores, generosas como sus mayores, y que daban sin esperar nada en recompensa, aunque luego se olvidaran de ellas, como se habían olvidado de sus mayores bienhechores de la ermita.

Una vez sentados estos principios y habiendo comprobado que la alumna de Deusto sin pestañear los aceptaba todos y se sometía a ellos, poco a poco se fue aclarando el horizonte. Lo primero, se fijaron los términos de un contrato limitado. Mis parientes no querían sentirse implicados en un caso que molestase tanto sus sentimientos religiosos (recordemos la visita a la ermita) ni sus intereses personales. A medida que pasó el tiempo y mis parientes tuvieron certeza de la fidelidad a sus directrices por parte de la alumna de Deusto, le fueron concediendo con increíble generosidad todo. La casa tenía el tejado en muy malas condiciones. Mis parientes se encargaron de arreglarlo y pagarlo. Es verdad que la alumna de Deusto no ahorra esfuerzos por mejorar el lugar que se le había concedido gratuitamente. Pero mis parientes fueron proporcionándole agua corriente, la luz, cerrar las ventanas, etc...

En una palabra que el genio de la expresión, aunque era castellano, fue típicamente vascongado.

No se trata de un ejemplo paradigmático, porque quizá no todos los vascongados obrarían del mismo modo. Pero no es eso lo que pretendemos decir, sino que este concreto modo de actuar lleva un genio de expresión distinto del corriente castellano.

## Introducción en el trasfondo filosófico

El Licenciado Andrés Poza y Yarza<sup>3</sup> publicó en Bilbao, en las prensas de Matías Mares, en el año de 1587 un libro titulado: *De la antigua lengua, poblaciones y comarcas de las Españas*<sup>4</sup>. El libro tiene bastante

---

<sup>3</sup> Andrés POZA Y YARZA, Lendoño de Abajo, Torre de Poza, cerca de Orduña, Vizcaya, hacia 1530 - Madrid 18.10.1595.

<sup>4</sup> El volumen se encuentra en la Biblioteca de la Universidad de Deusto. Su signatura topográfica es 936.5 P 85 a. El título completo: *De la antigua lengua, poblaciones, y comarcas de las Españas, en que de paso se tocan algunas cosas de la Cantabria. Compuesto por el Licenciado Andrés de Poça, natural de la ciudad de Orduña, y auogado en el muy noble y leal Señorío de Vizcaya. Dirigido a Don Diego de Avendaño y Gamboa, señor de las casas de Vrquiçu, y Olasso, y de la villa de Villa Real y sus valles, y Ballestero mayor del Rey nuestro señor. &c. Con priuilegio real.* Impreso en Bilbao, por Mathias Mares, primer impresor de Vizcaya, 1587. 5h. sin numerart. 70, 36hn. Signat: 5h. sin signatura.

de polémico apremiado por los ataques de Ocampo<sup>5</sup> y de Ambrosio Morales<sup>6</sup> cronistas castellanos.

Las afirmaciones del orduñés Poza van muy lejos:

«destas lenguas que se puedan llamar perfectas y elegantes es una la Vascongada»<sup>7</sup>.

Con la fe propia de todo peninsular en el siglo XVI añade:

«ya pudo ser haber querido Dios repartir lenguas según la felicidad del cielo y suelo de la provincia destinada, y que por ello a España repartiése una de las mejores»<sup>8</sup>.

Obsérvese que no contrapone Poza: España al vascuence, sino que lo incluye en ella.

Pero para llegar al centro de nuestra reflexión vamos a transcribir un texto un tanto largo:

«Veamos ahora del sol la más ilustre criatura de los visible, y hallaremos que sólo en el vascuence se muestra su propiedad encarecida, con un énfasis muy compendioso, Eguzguia, Egusgueya, significa: mirad, atended el principio, fundamento, obra, llamamiento, o principio del día. Porque todo esto apuntan estas breves y substanciales sílabas del vocablo Eguzgueia. Que aunque el sol el latín, castellano, italiano y francés está bien encarecido en la excelencia de su soledad, sin par ni igual, todavía en vascuence se muestra su etimología más filosófica y substancial, porque el latino con sus lenguas dependientes todas solo muestra lo que todos ven y saben, que no hay otro sol, y que el es solo, pero el vascongado entra con atención de su admirable compostura y enseña que es fuente de la luz y claridad deste universo.»<sup>9</sup>

---

B-T4 B-14 K2. En la portada grabado en madera con el escudo de la familia Poza, en 8º (21cm). El rey al que alude el título es Felipe II, rey de España. Valladolid 21.5.1527 - El Escorial 13.9.1598. Rey también de Portugal a partir de 1587. Lo citaremos en adelante: *De la antigua lengua ...*

<sup>5</sup> OCAMPO, Florián de: *Los cinco primeros libros de Crónica general de España*. Medina del Campo, Guillermo de Millis, 1553. Ocampo vivió desde aproximadamente 1499 a 1558. Este volumen se encuentra en la Biblioteca del Santuario de Loyola. Signatura topográfica [A II 446].

<sup>6</sup> MORALES, Ambrosio: *Los cinco libros postreros de la coronica general de España*. Córdoba, Gabriel Ramos Bejarano, impresor; Francisco Roberte, editor, 1586. Este volumen se encuentra en la Biblioteca del Santuario de Loyola, signatura topográfica [A II 238]. Ambrosio Morales nació en Córdoba a finales de 1513 y murió en la misma ciudad el 21.9.1591.

<sup>7</sup> Andrés POZA: *De la antigua lengua ...* pp. 33v y 34r. Signatura K1v y K2r.

<sup>8</sup> Andrés POZA: *De la antigua lengua ...* pp. 33r y 34r. Signatura K1r y K2v.

<sup>9</sup> Andrés POZA: *De la antigua lengua ...* pp. 33v y 34r, signatura K1v y K2r.

Sin entrar en la coherencia y seguridad de la etimología, quiero señalar cómo Poza apunta al genio de la lengua, que él llama con notable precisión «más filosófica y substancial».

Pero el párrafo citado no queremos que sea otra cosa sino una introducción a otra afirmación más seria del licenciado Andrés Poza:

«Por los cuales pocos ejemplos ... ya las naciones españolas, podrán reconocer la elegancia de su lengua primera ... que en la Cantabria se ha conservado, y hoy día permanece, es fundada en una muy profunda filosofía de sentidos substanciales, y que la que esto tiene no es ni puede ser bárbara, como algunos la bautizan, no más porque no la saben, ni la entienden.»<sup>10</sup>

Hemos puesto de relieve conscientemente los dos pilares que queremos hacer resaltar cuando hablamos de la pureza de la lengua vascongada. Poza sostiene que la soporta una profunda filosofía y un sentido substancial. Por otro lado apunta para quienes no quieren reconocer este hecho que simplemente no la saben ni la entienden.

Ahora vamos a dar un salto bastante considerable. El filósofo existencialista Martin Heidegger escribió un estudio sobre Heráclito, filósofo griego del siglo v a.C. a quien él llama fundamental, original (de origen) de la filosofía científica occidental<sup>11</sup>.

Se trata de unas clases magistrales (seminarios), que dio entre los años 1923-1944. Su pretensión es buscar las fuentes del pensamiento occidental. Llega a decir:

«la filosofía en su esencia es tan originariamente occidental, que lleva en sí el fundamento de la historia de Occidente ... la técnica no es sino una consecuencia de la filosofía y nada más»<sup>12</sup>.

Heidegger como pensador tiene la intención de encontrar las bases de la cultura occidental, cuyo cogollo es la filosofía, de donde nace la técnica y la historia de Occidente. Naturalmente este fundamento o primera piedra de Occidente nació en Grecia. Es un hecho. No nos preguntemos ni el cómo ni el por qué. El mismo Immanuel Kant, en su *Lógica* afirma rotundamente:

«cuándo y cómo brotó en primer lugar entre los griegos el espíritu filosófico, no lo podemos determinar»<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> P. 35, signatura K3r, el subrayado es nuestro.

<sup>11</sup> Este estudio se encuentra en el vol. 55. Gesamtausgabe, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1979. Lo citaremos: *Obras completas*, t. 55.

<sup>12</sup> Martin HEIDEGGER: *Obras completas*, t. 55, p 3. La traducción es nuestra.

<sup>13</sup> Martin HEIDEGGER: *Obras completas*, t. 55, p. 4. Cita: IMMANUEL KANT, *Logik*, Gesamtausgabe. Ed. E. Cassirer, 10 vols. + 1 Erläuterungs-Band, t. 8, p. 346. La traducción es nuestra.

Vamos a buscar con Heidegger los cimientos, el principio, lo más arcaico de nuestro Occidente.

No es sólo preocupación de Heidegger la que acabamos de exponer, sino que filósofos como Hegel, Nietzsche y poetas como Hölderlin y Goethe escarbaron en Heráclito como uno de los representantes genuinos del pensar primitivo, arcaico, original. Hasta tal punto que Hördelin citando a Goethe dice: «el placer y el amor son las alas para las grandes empresas»<sup>14</sup>.

No piense el lector que nos ha seguido hasta aquí, que desvariarnos. Estamos girando en espiral para llegar al fondo de nuestro tema, que creemos fundamental para Occidente. Heidegger nos ha hablado de filosofía original y arcaica, Hölderlin nos ha señalado el fundamento de nuestra reflexión: «el placer y el amor» como los motores de toda la civilización occidental.

Nuestra tarea es entender y traducir el pensamiento original y primitivo de los griegos, en concreto de Heráclito.

## Las dificultades del pensamiento occidental

El primer paso que debemos dar es la traducción de esa filosofía arcaica y fundamental. Pero toda traducción, tomada en sí misma lleva consigo una interpretación. La interpretación y la traducción son lo mismo.

Para aligerar nuestras deducciones, tomemos por ejemplo el filósofo Immanuel Kant en su obra *Crítica de la razón pura*. Para entenderla hay que ir la traduciendo, al menos mentalmente, cada uno a sus propios esquemas. En este caso se puede llegar a la conclusión de que el traductor ha entendido al pensador mejor que el mismo pensador o filósofo. Heidegger afirma que esto puede suceder, sin que ello signifique un desprestigio del autor<sup>15</sup>.

Aquí nos separamos de Heidegger. Es cierto que lo que dice un pensador, puede expresarlo otro con más claridad o precisión, pero ya no es lo que dice el pensador original, es otra cosa. Si es mejor o peor, lo puede decir cualquier filósofo según su manera de pensar. Como cuando en nuestros días se desprecia inconscientemente la filosofía llamada escolástica o neoescolástica, para dejar paso a una hermenéutica

---

<sup>14</sup> Martin HEIDEGGER: *Obras completas*, t. 55, p. 30. El texto alemán: «Lust und Liebe sind die Fittige zu großen Thaten». La traducción es nuestra. La cita está tomada según Heidegger de Friedrich Hördelin: *Gesamtausgabe*. Ed. Hellingrath, t. 6, p. 232.

<sup>15</sup> Martin HEIDEGGER: *Obras completas*, t. 55, p. 63.

o a un pensamiento postmoderno, que incluso se llega a suavizar con el anglicismo «light» postmodernidad. Según los distintos puntos de vista se juzga el pensar original, pero jamás estos juicios críticos sean favorables, insultantes, más claros o más oscuros pueden substituir el pensamiento original.

En este momento creemos que podemos volver a Poza y al idioma vascongado. Contiene esta lengua un pensar primitivo, arcaico, original (no en el sentido de singular sino de carencia de procedencia conocida). Por tanto, la lengua en sí misma lleva el sello de una filosofía profunda y substancial.

Poza y Heidegger desde dos ópticas distintas, muy separadas en el tiempo y en la cultura, sacan la misma conclusión. Este pensar original, primitivo, excita el desprecio de mucha gente porque no lo entienden. Al no poder comprender, lo sienten como un insulto. Quizá no por ese motivo, pero es también consecuencia de esta incomprensión por parte de muchos el rotular al pensador o a la lengua (en el caso del genio de la vascongada) de «poco clara», «difícil», «misteriosa»<sup>16</sup>.

Es obvio que la lengua no la podemos considerar antropomórficamente como un filósofo, pero tras la lengua está el «ser» de unas gentes, que piensan y hablan en ese lenguaje. Diríamos con los filósofos de un modo tradicional que en primer lugar (*in actu primo*) se encuentra la manera de ser propia de un pueblo y como consecuencia surge una lengua que la expresa (*in actu secundo*). Pero si no se tiene ese genio, esa manera de «ser» y «existir» de esas gentes, nunca entenderemos su lengua y siempre andaremos «traduciendo» e «interpretando».

No podemos evitar caer en la tentación de recordar, por lo oportuna que consideramos una digresión que en este lugar hace Heidegger con una valoración del filósofo Schopenhauer. No queremos decir que tenga razón en la evaluación de este pensador, ni siquiera nos atrevemos a suscribir personalmente un juicio de tal calidad.

Dice Heidegger que Schopenhauer por su dependencia de Nietzsche por un lado y por otro en razón de sus diatribas contra Schelling y Hegel declarándolos «oscuros» demuestra que no es ningún pensador o filósofo. Con ello Heidegger nos induce a pensar que hay que ser muy cautos, al evaluar lo que no entendemos como «oscuro» y mucho menos dar al término un sentido negativo, porque nos descalificamos a nosotros mismos como pensadores. Llegamos así al ciudadano orduñés, que señala como inyectiva vacía el título de «bárbara» dado a la lengua

---

<sup>16</sup> Martín HEIDEGGER: *Obras completas*, t. 55, p. 20.



vascongada, por la sencilla razón de que no se entiende su genio. «Nunca es el mérito de quien intenta interpretar o entender mejor algo primitivo y arcaico, sino que es un don de quien es interpretado.»<sup>17</sup>

Todavía tenemos que seguir la espiral del pensamiento primitivo y fundamental para desentrañar el sentido de una lengua primitiva y arcaica.

### Las dos maneras de «pensar» que diferencia Heidegger

Distingue Heidegger entre dos filosofías, o dos maneras de pensar. Una es la lógica y coherencia (mayor o menor) que guardamos en nuestro quehacer cotidiano. Otra distinta es la del pensador que contempla el mundo como «abierto a su pensamiento». De esta manera este segundo personaje se convierte en un pensador esencial, científico, sistemático. El paso de un tipo de filosofía a la otra está separado por un abismo<sup>18</sup>.

Es curiosa la coincidencia incluso terminológica entre Heidegger y Poza. Al tipo de filosofía que ha descrito en segundo lugar la llama simplemente «filosofía esencial» (*wesentliches Denken*) que sin duda se identifica con las palabras de Poza: la lengua vascongada es «filosófica y substancial».

Cuando nos movemos dentro de la filosofía cotidiana («*gewöhnliches Denken*») encontramos el otro tipo arcaico, original, substancial de filosofía como ilógico, ¿para qué meterse en grandes elucubraciones, cuando tenemos la lógica del quehacer ordinario? No tiene sentido. Heidegger se pregunta desde esa filosofía de cada día:

«¿cómo llegamos a manejar la historia y absolutamente el comienzo de la significación esencial de nuestra historia? ¿es que podemos ni siquiera pretender abarcar esa historia?»<sup>19</sup>.

Esto es lo que se pregunta el hombre de la calle: ¿para qué nos vamos a complicar la vida con cuestiones oscuras, espinosas y difíciles? ¿por qué no nos conformamos con decir las cosas «lo más simple posible» de forma que lo esencial se ciña al hombre y no al revés que el hombre dependa de esa oscura esencia (Poza diría substancia)? Y si queremos descender más en el vilipendio de esta actitud, diremos esa frase que tanto repetimos cuando no entendemos algo: «Oiga Vd., a mí hábleme Vd. en cristiano».

<sup>17</sup> Martin HEIDEGGER: *Obras completas*, t. 55, p. 64.

<sup>18</sup> Martin HEIDEGGER: *Obras completas*, t. 55, p. 120.

<sup>19</sup> Martin HEIDEGGER: *Obras completas*, t. 55, p. 122.

Todas estas consideraciones las hace Heidegger en torno a uno de los fragmentos que se conservan de Heráclito. Nosotros vamos a dejar al lado por el momento la interpretación de ese texto griego, para tratar de entender las conclusiones a las que llega.

### **Respuesta de Heidegger a la dicotomía de filosofías**

Siendo Heidegger un filósofo de mucha mayor potencia y rigor científico que Andrés Poza, sin embargo no deja de llamar la atención la curiosa coincidencia de pensamiento. Del Heráclito griego Heidegger se vuelve a sus compatriotas alemanes y les dice:

«solamente se puede dar por sentado que los alemanes busquen “lo alemán” y llegan de este modo a la auténtica comprensión de la historia del mundo. Lo cual no es una presunción, sino la conciencia de la necesidad de una decisión sobre lo inicial necesario. Tenemos que aprender a pensar por encima de la fugacidad efímera de los días pasajeros, de lo ordinario en lo que “es” el pensar en eso necesario y experimentar absolutamente una única significación»<sup>20</sup>.

Las palabras de Heidegger van dirigidas a los alemanes, ¡ojalá, que los vascos, siguiendo a Poza, nos las aplicáramos! Podemos seguir preocupándonos de nuestras carreteras y ferrocarriles, nuestros museos, nuestros presos y muertos violentos, picardía cotidiana organizada, etc. ... pero eso es pensar ordinario, cotidiano, pasajero, efímero. Está bien. Pero como plásticamente expresa un buen amigo es como entrar en una violenta discusión sobre si se ha dado la exacta nota en el chistu, cuando la embarcación se está hundiendo. Heidegger les dice a los alemanes y Poza, a vascos y castellanos: vamos a pensar sobre lo que «somos», nuestro Ser, eso que es «necesario» y que tenemos que experimentar en la comprensión de nuestra historia. Entendiendo historia no en el sentido estricto de la ciencia histórica, sino del desarrollo y actualidad del genio de una lengua y por tanto de un pueblo.

### **Interpretaciones de la solución presentada por Heidegger**

En este momento nuevos horizontes se nos abren al pensamiento. Hemos leído parcialmente un par de artículos de S.L. Bartky de la Universidad de Illinois, en la revista *Philosophy and Phenomenological*

---

<sup>20</sup> Martín HEIDEGGER: *Obras completas*, t. 55, p. 125.

*Research.* Como consecuencia de estas lecturas me parece apropiado añadir algunas reflexiones al pensamiento arcaico y original de Andrés Poza sobre el vascuence como lengua filosófica y substancial en referencia a lo expresado por Heidegger al tratar de interpretar a Heráclito.

Martin Heidegger estudia a Heráclito en una obra suya en dos secciones, de las cuales tiene una primera parte<sup>21</sup>, que sin ningún prejuicio filosófico traduciríamos simplemente: «El comienzo del pensamiento occidental». En seguida caemos en la cuenta de que no es la pretensión de Heidegger hacer una historia de cómo se origina el pensamiento en Occidente. La primera pregunta es obvia, rayando con la estupidez ¿qué pensamiento? El hombre siempre ha pensado, es una característica de la condición humana. A simple vista la pregunta tiene todos los visos de ser completamente estéril e inútil. Desde que el hombre es racional, piensa. En Oriente y en Occidente, en cualquier parte del mundo.

Naturalmente Heidegger no va por ese camino, sino que cita a Heráclito de quien habla Diógenes Laercio<sup>22</sup> que se refiere una frase de Heráclito:

«¿qué admiráis, oh estúpidos?» Heidegger se pregunta: «¿os admiráis de que un pensador, lejos del ámbito del comercio y del éxito, jugando inútilmente pasa el tiempo y ni siquiera sigue el hilo de sus pensamientos, que es lo que menos importa, sino que ni consigue lo que se debe exigir a un pensador? ... ¿qué cosa verdaderamente admirable se esconde en el actuar inofensivo del pensador?»<sup>23</sup>

Diógenes Laercio (Heráclito) interpretado por Heidegger descubre la actitud sociológica de la gente ante el *inútil juego e inofensiva ocupación* del pensador.

Añade Heidegger otro detalle importante. Piensa que:

«nos haríamos una idea ridícula del pensador, si creyéramos que siempre está libre de error. Porque los pensadores esenciales son por eso mismo los que a pesar de los muchos errores, que les suceden, piensan lo verdadero. De ahí la diferencia entre el pensador y otros tipos de gente, otros aspectos filosóficos como la crítica y la polémica, que son necesarias y usuales en el interior de las ciencias»<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Martin HEIDEGGER: *Obras completas* t. 55 pp. 1-184.

<sup>22</sup> Diógenes LAERCIO, IX, 3.

<sup>23</sup> Martin HEIDEGGER: *Obras completas*, t. 55, p. 10.

<sup>24</sup> Martin HEIDEGGER: *Obras completas*, t. 55, p. 41.

Pero no nos apresuremos, Heidegger «el mal fundamental en el pensar esencial es la prisa»<sup>25</sup>. Seguiremos llanamente la intuición de Poza, con la ayuda de Heráclito y de Heidegger.

Estudiando a Heráclito, Heidegger se enfrenta con sus «palabras», con «su lenguaje». En este momento llega a la siguiente conclusión:

«puesto que hasta ahora nos hemos ocupado de la palabra incluso en cuanto a su esencia, solamente externamente, no sabemos de ningún otro camino que la gramática, que nos debe bastar en este obstáculo del itinerario»<sup>26</sup>.

Caemos sin gran esfuerzo en la cuenta de que Heidegger no está satisfecho con este primer paso para obviar una dificultad que se presenta en su andadura.

### **La función de la gramática en el «pensar»**

La gramática es una gran ayuda para desde fuera entrar en el pensamiento de un lenguaje. Sin embargo, nunca podemos olvidar, que la gramática no precede al lenguaje, sino al revés. Los gramáticos hemos trabajado con los textos ya existentes. Los pensadores se han expresado en escritos, que en el caso de Heráclito son fragmentos. De ahí que los gramáticos hemos deducido unas reglas para aplicarlas a otras instancias. Ya se ve que este sentido instrumental y técnico de la gramática no puede satisfacer al pensador esencial cuando lee un texto.

Volviendo a la lengua vascongada queremos corroborar lo dicho con un ejemplo convincente. Agustín Cardaberaz<sup>27</sup>, un jesuita residente en el Santuario de Loyola, la mayor parte de su vida religiosa activa dedicado a misionero itinerante, predicaba indistintamente en castellano y en vascuence. Al ser nacido en Hernani, su dialecto propio era guipuzcoano, pero teniendo que recorrer también enclaves de población con el dialecto vizcaíno<sup>28</sup>. En uno de ellos dice textualmente:

«El vizcaíno obra muchas veces a su modo y también según el de aquí [Guipúzcoa]. No hay que creer a los vagos sin cabeza, éstos no aprecian el conocer las cosas del cielo y sin temor de Dios para quitar

<sup>25</sup> Martín HEIDEGGER: *Obras completas*, t. 55, p. 62.

<sup>26</sup> Martín HEIDEGGER: *Obras completas*, t. 55, p. 71.

<sup>27</sup> Hernani, Guipúzcoa 28.12.1703 - Castel S. Giovanni, Bolonia 18.10.1770.

<sup>28</sup> Debemos el hallazgo y posibilidad de lectura de estos raros documentos en vascuence a la amabilidad del Archivero del Archivo Histórico de Loyola, P. José Ramón Eguillor S.J.

los buenos ánimos a los cristianos, *dicen en contra del vascuence cuanto se les ocurre*: y lo que los niños leen fácilmente, con vergüenza o sin ella, no quieren aprender ni saber. S. Agustín dice en una ocasión: nos da vergüenza seguir al bueno; y no tememos de no seguirle. Que el Señor les convierta o les dé un escarmiento. Amén.»<sup>29</sup>

Del texto se deduce que el piadoso Cardaberaz aunque predicaba para vizcaínos, su lengua no era así de acuerdo con las reglas de la gramática utilizada en Vizcaya. El texto está escrito totalmente en dialecto guipuzcoano<sup>30</sup>. Pero lo que resulta más importante es que ya en el s. XVIII un conocedor del vascuence señala el desprecio que suscita entre algunos, según él, no por aversión a la lengua, sino a la característica propia en aquellos tiempos de las gentes de habla vascongada con relación a la religión. De esta manera con el desprestigio de la lengua se apartan de las cosas más sencillas que incluso los niños no encuentran ninguna dificultad.

Así pues, si la gramática con sus normativas no basta ni satisface al pensador esencial, ¿qué nos queda por hacer?, ¿cómo podemos estar tranquilos en nuestro pensar, germinal, original, fundamental?

Heidegger nos ofrece un anclaje para seguir adelante en nuestra reflexión sobre la lengua y la palabra<sup>31</sup>. Según la tradición occidental es característica de la esencia del hombre el poder hablar (los griegos decían: *logon echon*). En cuanto sabemos sólo tenemos los hombres esta propiedad: la palabra, enfrentarse con el saber y con todo lo que se presenta con la palabra, aunque no podamos expresarlo todo. Precisamente este acontecer de que lo que aparece del pensar proviene de las palabras, es la única razón para que nos encontremos con lo inexpresable. Cualquier estatua hermosa, cualquier templo, toda música de flauta es nada si no se hallara como en su casa en la esfera de la palabra.

<sup>29</sup> El texto original reza así:

«Bizcaitar asco beren modura, ta emengora eguin dira. Nagui alper burugabeai ez siñistu: oiec ceruco gauzac jaquiteco gogoric eztute, ta Jaincoaren bildurgabe Cristau onai gogoac quentzeco, gogoac ematen dien gucia Eusqueraren contra esaten dute: eta aurrac erraz iracurten dutena, lotsaz, edo lotsa gabe, icasi ta jaquin nai estute. S. Agustinec onelaco batean ciona: onai jarraitzeaz lotsa guera; eta onai ez jarraitzea lotza ezquera. Onelacoai Jaincoac centsua diela, edo erremedia ditzala. Amen.» Archivo Histórico de Loyola. Fondo de Cardaberaz. Sermón manuscrito de la propia mano del autor. La traducción castellana y el subrayado es nuestro.

<sup>30</sup> Para esta afirmación, como para la corrección de la traducción, del texto de Cardaberaz que acabamos de aducir, hemos tenido el consejo y la ayuda del Prof. Gotzon Gárate de la Universidad de Deusto.

<sup>31</sup> Martín HEIDEGGER: *Obras completas*, t. 55, p. 82.

## El Ser y la palabra

En este momento Heidegger se vuelve muy negativo. Razona del siguiente modo. Si tenemos una disposición, para el ejercicio de la cual solamente es necesaria la decisión para lo sencillo, no buscar un sentido recóndito, ni una sabiduría singular sino sólo esto:

«que el hombre, que según su esencia “tiene la palabra”, “ha perdido” precisamente la palabra de todas las palabras, en cuanto rechaza insensatamente como la nada más absoluta de todas las nadas la palabra “ser”, sin embargo no la rechaza totalmente, porque es evidente que no la puede excluir sin perder su propia esencia»<sup>32</sup>.

Es esta una interpretación magistral de lo que significa para el hombre la palabra y su conexión necesaria con el ser. Podemos ignorar el ser como la nada más despreciable de todas las nadas, pero es evidente que tal cosa no la podemos hacer, porque nos despojamos de nuestro propio ser. Por eso, según entendemos a Heidegger, cuando el hombre habla, tiene la palabra, ésta nace de su ser. No hay manera de escaparse de este funcionamiento, porque el hablar, el usar la palabra es propio de la esencia del hombre. No se puede el hombre vaciar de su esencia. De ahí que el ser le conduzca al hombre dotado de palabra a lo inexpresable, cuando intente reducir a palabra el ser que es inefable.

De lo dicho concluimos que aquí está el núcleo, la raíz, la fuente, el fuego, la armonía, el juego inútil, de todo el pensar occidental, no en un sentido vulgar, sino esencial, original, seminal, originario.

Bartky estudia en el artículo que hemos citado antes los diversos sentidos de expresiones tan frecuentes en Heidegger como «anfängliches Denken», «wesentliches Denken».

Estas expresiones en lengua alemana tienen en Heidegger su sentido peculiar. En primer lugar lo distingue del «gewöhnliches Denken», «pensamiento ordinario», «pensamiento cotidiano»<sup>33</sup>, que sigue el curso de nuestras representaciones mentales corrientes, de cada día. Pero este modo de pensar nos lleva indefectiblemente a paradojas insolubles. Siendo la forma de pensar más ordinaria se convierte en la más complicada porque no penetra en el misterio de las palabras, se queda sólo en la superficie. De esta forma encuentra la filosofía como paradójica, el «pensar» como esfuerzo inútil.

Heidegger nos pone un ejemplo que quizá pueda ayudarnos a la comprensión de estas dos formas de pensar. Cuando leemos los frag-

<sup>32</sup> Martín HEIDEGGER: *Obras completas*, t. 55, p. 83.

<sup>33</sup> Martín HEIDEGGER: *Obras completas*, t. 55, p. 52.

mentos de Heráclito no lo tenemos como el «creador» de una filosofía, sino «fuego» o como «juego»<sup>34</sup>. Para aclarar lo que quiere decir aduce dos historias de la vida de Heráclito.

1. «Se cuenta de Heráclito lo que dijo a unos extranjeros que deseaban encontrarle. Cuando se le acercaron le vieron calentándose junto a un horno de pan y se quedaron plantados. Viéndoles sorprendidos les animó a acercarse con la frase: “también aquí están presentes los dioses ...”»<sup>35</sup>

2. «Se retiró [Heráclito] al templo de Artemisa (Diana en la mitología latina) para jugar con los niños a las tabas. Le rodeaban los Efesios (sus compatriotas), y les dijo: “¿qué os admiráis, estúpidos? ¿no es mejor hacer esto que con vosotros hacer política (polis = ciudad)?”»<sup>36</sup>

En ambos casos la presencia del pensador junto al horno de pan o en el templo se muestra como lo contrario de lo que se esperaba. En el horno de pan se encuentran todos decepcionados, en el templo sorprendidos. No aparece nada del arte y esencia del pensador.

Concluye Heidegger:

«en el futuro caeremos en la cuenta si y hasta qué punto Heráclito como pensador habla “esencialmente” de “fuego” y de “juego”, si y hasta qué punto con el “fuego” y el “juego” trata “algo esencial”, que al mismo tiempo indica la presencia de los dioses»<sup>37</sup>.

De esta forma poco a poco llegamos a la comprensión de lo que quisiéramos encontrar en el sustrato de oscuridad de la utilización de las palabras todavía imprecisas de un lenguaje antiguo y «primitivo» de los antiguos pensadores no quiere decir falta de educación o de cultivo sino lo primario de lo «originario» (anfängliches Denken) y de su sencillez en él y sólo en él<sup>38</sup>.

## Una explicación del «pensar esencial»

S.L. Bartky de la Universidad de Illinois se ocupa del sentido de este pensar esencial, primitivo en un artículo<sup>39</sup>.

<sup>34</sup> Martin HEIDEGGER: *Obras completas*, t. 55, p. 24.

<sup>35</sup> Aristóteles, de part. anim. A5. 645 a 17. La traducción del griego es nuestra.

<sup>36</sup> Diógenes LAERCIO, IX, 3. La traducción del griego es nuestra.

<sup>37</sup> Martin HEIDEGGER: *Obras completas*, t. 55, p. 24.

<sup>38</sup> Martin HEIDEGGER: *Obras completas*, t. 55, p. 27.

<sup>39</sup> S.L. BARTKY: «Originative Thinking in the later philosophy of Heidegger». En: *Philosophy and Phenomenological Research*, t. 30, 1969-1970, pp. 368-381.

En primer lugar independientemente de lo que veamos en Bartky, Heidegger no entiende el pensar esencial y primitivo simplemente como algo abstracto sino de acuerdo con el título que da a esta primera parte del tomo 55 de sus obras completas, «El comienzo del pensar occidental» está representado por tres filósofos: Anaximandro, Parménides y Heráclito<sup>40</sup>.

Bartky se debate en inglés para traducir lo que Heidegger llama el pensar «nuevo» («the new thought»<sup>41</sup>, naturalmente no en el sentido temporal). Los dos términos que utiliza Heidegger son en alemán: «anfängliches Denken» y «wesentliches Denken». El erudito de la Universidad de Illinois traduce como «pensar originario» («originative thinking»), «pensar esencial» («essential thinking»).

El Prof. Jaime Echarri de la Universidad de Deusto en una obra póstuma que aparecerá pronto, como esperamos, traduce el inglés «originative» por «originativo». Pero este término es un neologismo, que siempre puede ser discutido. Esta es la diferencia que existe en términos de normativa entre países y lenguas como el inglés (tanto del Reino Unido, como de Estados Unidos), del alemán y de otras lenguas con respecto al castellano y al español. Lo mismo que en Francia, en el Estado español existe la Real Academia de la Lengua. Este supremo organismo tiene la facultad de decidir lo que es correcto e incorrecto con su diccionario<sup>42</sup>. El resultado de esta larga digresión es que Bartky puede utilizar una palabra como «originative» que ignora el famoso *The Concise Oxford Dictionary of Current English*<sup>43</sup>. Pero nadie le puede reprochar nada porque no existe en inglés ningún órgano autoritativo que pueda determinar la corrección o propiedad de un término lingüístico. De esta libertad no gozamos los que nos expresamos en castellano.

Por esta razón otros comentadores de Heidegger traducen al inglés las palabras de Heidegger como «pensar primario» («primal»), «seminal» («seminal»), o —dice Bartky— «más recientemente “fundacional”»<sup>44</sup>. De ahí que concluya Heidegger:

«El lenguaje del pensador seminal (primario, fundacional) tiene la nobleza de lo seminal. La palabra está al inicio del pensar.»<sup>45</sup>

<sup>40</sup> Martín HEIDEGGER: *Obras completas*, t. 55, p. 22.

<sup>41</sup> *Originative Thinking ...* p. 368.

<sup>42</sup> Última edición 1992.

<sup>43</sup> Oxford, Clarendon Press, 1969.

<sup>44</sup> Así William J. RICHARDSON, S.J., *Heidegger, through Phenomenology to Thought*. La Haya, 1963, p. 16 y passim.

<sup>45</sup> *Obras completas*, t. 55, p. 27.



Porque la palabra seminal está en la base del pensar, un lenguaje como el vasco que es fundacional, primario, originario constituye la base del pensar esencial, arcaico<sup>46</sup>. Este género de lenguaje descubre el misterio, el secreto de la apertura del propio ser y de su ocultamiento. Dualidad que es la «diferencia ontológica» entre el ser (*Sein*) y los seres (*Seiendes*).

## Conclusiones

1. No necesariamente quien conoce y domina bien la sintaxis y gramática del vasco, ha captado el genio de la lengua y consecuentemente del pueblo vasco.

2. Naturalmente el que conoce a la perfección la estructura gramatical de la lengua está más cerca y tiene una plataforma más adecuada desde el punto de vista filológico para llegar a ese «único necesario», «el pensar esencial, arcaico, original» propio de una lengua que según Poza es «filosófica y substancial».

3. Quien se haga la pregunta sobre la utilidad de tal esfuerzo mental y sobre todo humano (de todo el hombre) está en el nivel del pensar y la filosofía cotidiana, efímera, jamás salvará el abismo que le separa de lo «esencial, fundamental, originario, arcaico».

4. Por nuestra parte, como opinión meramente personal, estamos convencidos de que el genio de la lengua vascongada y por tanto el del pueblo que la creó va a desaparecer completamente en pocos decenios. No se trata de genocidio, ni de exigir responsabilidades, es una decisión de la historia. Se puede afirmar sin temor a equivocarse que el genio de la lengua vasca y de su pueblo va desapareciendo. Con ello no queremos hacer ninguna previsión sobre los tantos por ciento que hablan actualmente o en un futuro próximo la lengua vascongada.

Para suavizar un poco la amargura de las precedentes conclusiones aduciré dos sencillos ejemplos. El primero se refiere al pueblo judío. No hay ninguna duda de que la lengua y el talante del pueblo judío actualmente dista abismalmente del que se refleja en el texto masorético de la Biblia. Se habla hebreo, se siente la unidad judía, pero no es «el pensar arcaico, original, fundamental», que le constituía al pueblo judío como tal en la lectura de lo que llamamos Antiguo Testamento en la Biblia.

---

<sup>46</sup> No solamente en el sentido del Diccionario de la Real Academia: «muy antiguo», sino en el sentido etimológico del griego *archê*, «mandato», «dominio», «normativo».

La segunda imagen consoladora que quisiéramos ofrecer es volver a la historia con la que hemos iniciado este trabajo. La alumna de Deusto que tiene su casa de labranza vasca arreglada hasta cierto punto, no conoce ni siquiera gramaticalmente la lengua vascongada, en cuyo genio piensan y viven mis parientes donantes generosos de la casa. Pero consuela saber que esta alumna de Deusto acierta siempre en su traducción espiritual al castellano de esa mentalidad o genio del pueblo vascongado. Apenas necesitan palabras entre mis parientes y ella. Se trata siempre de una traducción, de una interpretación, pero al menos en este caso ha comprendido (sin saber la gramática) el genio de la lengua y del pueblo vasco.

Con cierta añoranza de años de infancia mezclada con una ligera amargura ante un oscuro futuro, quiero concluir estas líneas con la traducción castellana de unos versos del navarro vasco-francés Bernard Etxepare (1545) en la primera impresión de un libro en lengua vascongada:

Entre las lenguas gozabas  
de poca reputación;  
pero ahora vas a tener  
gran honor entre todas.

¡Euskara,  
camina por todo el mundo!<sup>47</sup>

---

<sup>47</sup> ETXEPARE, Bernard: *Linguae uascorum primitiae*. Bilbao, Real Academia de la Lengua Vasca, 1995, p. 173, verso 14. En el texto original:

Lengoajetan ohi inzan  
estimatze gutitan;  
orai aldiz hik behar duk  
ohoria orotan.

Heuskara,  
habil mundu guzira.

# CAREO DE TESTIGOS Y PROCESADOS: SU VALOR PROBATORIO

María Begoña San Martín Larrinoa  
Doctora en Derecho

*Sumario:* 1. Introducción. 2. Concepto y regulación normativa. 3. El careo como prueba: luces y sombras. 3.1. Principios probatorios. 3.2. El careo como medio probatorio. 3.2.1. Naturaleza y características. 3.2.2. Requisitos generales para la admisión del careo. 3.2.3. Influencia de los elementos subjetivos en la práctica del careo. 3.2.4. El careo en relación con otros elementos probatorios del proceso. 3.2.5. El careo y los derechos del imputado. 3.2.6. Valor probatorio del careo practicado en el Juicio Oral. 3.2.7. Valor probatorio del careo practicado como prueba anticipada. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

## 1. Introducción

El presente trabajo se dirige al análisis de la institución del careo en el ámbito del proceso penal, tanto desde el punto de vista normativo como desde el doctrinal y jurisprudencial; todo ello con el objeto de examinar la incardinación de dicha práctica entre los medios de prueba utilizables en el marco penal, sus limitaciones y dificultades, pero también su alcance a efectos probatorios, mostrando, para finalizar, las conclusiones que como fruto de tal análisis hemos obtenido.

A lo largo de la realización de este estudio hemos podido constatar la escasa atención que los autores han prestado al tema que nos ocupa, que no es objeto de monografías o artículos doctrinales, sino tan sólo de escasas menciones en manuales generales de Derecho Procesal y en obras y artículos de Derecho probatorio, lo que contrasta con el abundante tratamiento que el careo ha venido teniendo en la jurisprudencia, de la cual hemos efectuado una selección lo más significativa posible, al objeto de facilitar la deseada utilidad del presente trabajo.

## 2. Concepto y regulación normativa

Etimológicamente, «careo» significa colocar «frente a frente», «cara a cara» a dos o más personas, habitualmente con finalidad aclaratoria de sus divergencias. En el ámbito procesal penal, con la referida expresión de «careo» se denomina el enfrentamiento «cara a cara» que tiene lugar entre dos personas (aunque en ocasiones el número se incrementa), para dirimir, en diálogo abierto, las contradicciones a que hayan llegado en sus respectivas declaraciones por medio de razonamientos mutuos que aclaren sus divergencias, al objeto de establecer la verdad de los hechos objeto de la causa<sup>1</sup>.

En la misma línea, la doctrina jurisprudencial define el careo como un acto procesal consistente en la confrontación de dos declaraciones (de imputados o de testigos entre sí, o de unos con otros), con la finalidad de que se descubra la verdad real o histórica<sup>2</sup>.

La regulación normativa de esta práctica procesal tiene su sede principal en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dentro del Libro II dedicado al Sumario y, en concreto, incardinada en su Título V «De la comprobación del delito y averiguación del delincuente», Capítulo VI «Del careo de los testigos y procesados» (arts. 451 a 455), y ello por cuanto constituye un acto conexo con las declaraciones de los testigos y de los imputados. Dicha regulación lo configura como una diligencia sumarial consistente en la confrontación de las declaraciones de imputados o de testigos entre sí, o de aquéllos con éstos, que se dirige al esclarecimiento de la verdad de algún hecho o de alguna circunstancia que tenga interés para el proceso y sobre cuyo extremo las declaraciones prestadas con anterioridad por dichas personas fueren discordantes<sup>3</sup> (art. 451 L.E.Cr.). Su práctica presupone el cumplimiento de diversos requisitos: la existencia previa de declaraciones efectuadas en la causa por las personas que van a ser sujetos del careo, que tales declaraciones sean discordantes y que el hecho o la circunstancia que se trate de esclarecer presente interés para el proceso (arts. 451 y 452 L.E.Cr.). Respecto al ámbito subjetivo, el careo debe practicarse entre dos personas, ya que aunque el texto legal permita, por excepción, que se lleve a cabo entre mayor número de ellas, sin embargo tal circunstancia puede mermar la libertad e independencia de alguno de los partícipes al verse

---

<sup>1</sup> ALMAGRO NOSETE, J. y otros autores, «Derecho Procesal», *Tomo II Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 294.

<sup>2</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1993, R.A. 1993/2.768.

<sup>3</sup> FENECH, M., *El Proceso Penal*, Agesa, Madrid, 1982, p. 139. GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal Penal*, Agesa, Madrid, 1987, p. 200.

obligado a enfrentarse, de forma simultánea, con el testimonio colectivo de las personas que se le oponen<sup>4</sup>.

La referida diligencia sumarial, de acuerdo con los artículos 452 a 454 de la L.E.Cr., se practica a presencia judicial, leyendo el secretario a los procesados o testigos, entre quienes tenga lugar el acto, las declaraciones que hubiesen prestado y preguntando el primero, después de recordar a los testigos sus juramentos y las penas del delito de falso testimonio, si se ratifican en las mencionadas declaraciones o tienen alguna variación que efectuar. De mantenerse la discordia, el Juez hará notar cuál es ésta e «invitará a aquellos a ponerse de acuerdo», lo que supondrá la apertura de un debate de cuyos resultados, incidencias y actitudes de las partes se levantará acta.

La ley rituarial, consciente de la posibilidad de que tal acto pueda encender o acrecentar el antagonismo entre los partícipes, lo concibe como una diligencia de averiguación de carácter subsidiario<sup>5</sup>, a practicar tan sólo cuando no fuese conocido otro modo de comprobar la existencia del delito o la culpabilidad de alguno de los procesados, estableciendo además algunas posibilidades disuasorias tanto objetivas como subjetivas para la mejor búsqueda de la verdad<sup>6</sup>. Así, por una parte, y como mencionábamos anteriormente, se obliga al Juez a recordar la promesa o juramento a los testigos y las penas con las que el Código Penal castiga el delito de falso testimonio, y, por otra, el artículo 454 de la L.E.Cr. señala que el Juez no permitirá que los careados se insulten o amenacen, lo que podría producirse en el calor de las divergencias<sup>7</sup>, conduciendo, incluso, a que alguno de los partícipes modificase sus declaraciones por temor o por la tensión del momento.

La regulación normativa de la institución del careo posee otras manifestaciones en la L.E.Cr.: los artículos 713 y 729. El primero incardinado en el Capítulo III del Título III y Libro, a su vez, Tercero de la citada Ley, dedicado al modo de practicar las pruebas durante el Juicio

---

<sup>4</sup> URQUÍA GÓMEZ, F. y otros autores, *Ley de Enjuiciamiento Criminal. Comentarios y Jurisprudencia*, Edersa, Madrid, 1990, p. 650.

<sup>5</sup> Subsidiariedad puesta de relieve también por el Tribunal Constitucional, entre otras, S.T.C. 55/1984 de 7 de mayo; por el Tribunal Supremo S.T.S. 11-6-83 (RA 1983/3122) y 12-11-86 (RA 1986/6937) y por la doctrina, *Vid.* GÓMEZ DE LIAÑO, F., *El Proceso Penal*, Forum, Oviedo, 1989, p. 137 y NAVARRO PÉREZ, J.L., *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Comares, Granada, 1990, p. 174.

<sup>6</sup> MONTERO AROCA, J. y otros autores, «Derecho Jurisdiccional III», *Proceso Penal*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 211.

<sup>7</sup> PRIETO-CASTRO, L. y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *Derecho Procesal Penal*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 206.

Oral, concretamente al examen de los testigos. El artículo 729, por su parte, se halla incluido dentro de las disposiciones comunes a las cuatro secciones del referido Capítulo III dedicado, como hemos señalado, al modo de practicar las pruebas durante el Juicio Oral. De la mencionada regulación legal se desprende la posibilidad de realizar careos entre procesados, entre testigos o entre unos y otros, tanto de oficio como a propuesta de las partes intervinientes en el Juicio, lo que constituye una excepción al régimen general de proposición de prueba por las partes establecido en el artículo 728 de la L.E.Cr. para el procedimiento sumario, aunque se trata de una excepción que no entra en frontal colisión con el principio acusatorio porque, en cualquier caso, el órgano jurisdiccional no puede introducir en el juicio un objeto procesal diferente al formulado por la acusación, sino sólo datos fácticos que no alteren la identidad de ese objeto<sup>8</sup>.

Sin perjuicio de la regulación que sobre la práctica del careo en el juicio oral se contiene en el artículo 713 de la L.E.Cr., la doctrina jurisprudencial ha venido entendiendo que dicha práctica ha de efectuarse en el sentido que se deduce del artículo 451 de dicho cuerpo legal<sup>9</sup> que, en consecuencia, viene a completar la regulación establecida en el artículo 713 para el plenario.

Al mencionar la legislación relativa al careo, es forzoso citar también el artículo 229-2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial relativo a la exigencia de intermediación, presencia de las partes y publicidad para la práctica de pruebas entre las que se encuentra el careo.

### 3. El careo como prueba: luces y sombras

De la regulación normativa del careo se desprende que cabe su práctica tanto en la fase de instrucción, como durante el juicio oral, siempre que existan declaraciones de testigos o de imputados en las que se observen las discrepancias que dan lugar a su proposición u ordenación.

A fin de analizar el careo como posible medio de prueba, su alcance y su valor, resulta necesario poner de manifiesto las exigencias que

---

<sup>8</sup> Vid. ORTELLS RAMOS, M., MONTERO AROCA, J. y otros autores, *Derecho Jurisdiccional III ...*, op. cit., p. 342.

GISBERT GISBERT, A., «La práctica de diligencias de prueba acordada de oficio en el juicio oral», en *Revista General de Derecho*, n.º 573, junio 1992, p. 5.141.

<sup>9</sup> S.T.S. 10-5-89 (R.A. 1989/4.160).

para la actividad probatoria en general se desprenden de nuestro ordenamiento jurídico<sup>10</sup>.

### 3.1. Principios probatorios

Desde la entrada en vigor de nuestra Constitución, la prueba no sólo constituye una actividad procesal regulada por las leyes de este carácter, sino que, además y sobre todo, es la manifestación del ejercicio de derechos fundamentales reconocidos en nuestro texto constitucional.

Siguiendo a Díaz Cabiale<sup>11</sup>, señalaremos que las exigencias constitucionalizadas de la actividad probatoria no hacen referencia alguna a los principios que deben presidir la misma, por lo que éstos han de deducirse de los propios derechos fundamentales que se refieren a ella, a la par que se debe acudir a las garantías procedimentales recogidas con carácter genérico en otros pasajes del texto constitucional. Así, en primer lugar, el artículo 24-2 reconoce el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa<sup>12</sup>. Dicho artículo proclama, además, el derecho a la presunción de inocencia<sup>13</sup>, lo que presupone, en su aspecto cuantitativo, que ha de existir una actividad probatoria mínima<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup> Sobre la coincidencia de los principios que para la actividad probatoria en el proceso penal se desprenden de la Constitución y de la L.E.Cr.; Vid. DÍAZ CABIALE, J.A., «La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal», en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, 1991, pp. 22 y ss.

<sup>11</sup> DÍAZ CABIALE, J.A., «La admisión y práctica...», *op. cit.*, pp. 27 y ss.

<sup>12</sup> Aunque el derecho a las pruebas no es, en ningún caso, un derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada.

La relación entre el derecho a las pruebas y la indefensión marca el momento de máxima tensión de la eventual lesión del derecho (S.S.T.C. 51/1985 de 10 de abril y 89/1986 de 1 de julio).

Este mismo carácter no incondicionado del derecho a producir prueba viene subrayado por la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otras S.S. 7-7-89 (Caso Bricmont), 20-11-89 (Caso Kotovski), 27-9-90 (Caso Windisch) y 19-12-90 (Caso Delta).

<sup>13</sup> Vid. TOMÁS Y VALIENTE, F., «In dubio pro reo, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 20, mayo-agosto 1987, pp. 20-22.

Sobre las distintas vertientes del Derecho fundamental a la presunción de inocencia; Vid. VEGAS TORRES, J., «Presunción de inocencia y prueba en el Proceso Penal», *La Ley*, Madrid, 1993, pp. 35 y ss.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos mantiene, de manera preponderante, que existe infracción de la presunción de inocencia si se ha producido una declaración de un Tribunal que, sin haber sido precedida por el procedimiento legal y sin haberse respetado las garantías de la defensa, exprese un juicio de culpabilidad respecto del acusado (entre otras: Sentencia de 25-3-83 (Fundamento Jurídico 37), asunto Minelli).

<sup>14</sup> S.T.C. 31/1981 de 28 de julio.

o más bien suficiente<sup>15</sup>. Cualitativamente significa que los medios de prueba han de ser constitucionalmente legítimos<sup>16</sup> y poseer un signo o sentido incriminador respecto a la participación del acusado en el hecho, siendo, por tanto, de cargo<sup>17</sup>, esto es, capaces de conducir al juez, mediante un razonamiento lógico, a una convicción acerca de la culpabilidad del imputado, correspondiendo la aportación de las pruebas de cargo a las partes acusadoras (entre otras, S.T.C. 70/1985 de 31 de mayo)<sup>18</sup>.

Como decíamos, en otros pasajes constitucionales se recogen exigencias a respetar para la realización de la actividad probatoria en el proceso penal. Así, se afirma<sup>19</sup> que la publicidad consagrada en el artículo 120.1 de la Constitución ha de ponerse en relación con el Derecho fundamental del artículo 24.2 a un proceso público, por lo que la efectividad de tal exigencia tan sólo se cumple en el juicio oral, de acuerdo con los artículos 301, 302 y 680 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En consecuencia, la actividad probatoria ha de producirse tan sólo en aquellos trámites procesales en donde la publicidad sea una exigencia. Igualmente lo ha de ser la contradicción, deducida de los derechos fundamentales plasmados en el artículo 24.1 y 2, derecho a la tutela efectiva con proscripción de cualquier indefensión y derecho a un proceso con todas las garantías.

De la misma forma, se señala que la oralidad, a la que se refiere el artículo 120.2, implica la preponderancia del juicio oral frente a la fase instructora y, en consecuencia, la atribución de valor probatorio tan sólo a lo practicado en el juicio oral, lo que viene corroborado por el artículo 741 de la L.E.Cr. La exigencia de inmediación derivada del artículo 120 C.E. conduce al otorgamiento de valor probatorio y, en consecuencia, el acceso a la valoración judicial, tan sólo a lo practicado en

---

<sup>15</sup> Entre otras S.T.C. 160/1988 de 19 de septiembre.

<sup>16</sup> S.T.C. 109/1986 de 24 de septiembre.

<sup>17</sup> SS.T.C. 174/1985 de 17 de diciembre y 150/1989 de 25 de septiembre.

<sup>18</sup> El Tribunal Constitucional afirma, además, que la inocencia de la que habla el artículo 24 de la Constitución ha de ser entendida en el sentido de no autoría, no producción del daño o no participación en él, SS.T.C. 141/1986 de 12 de noviembre y 92/1987 de 3 de junio. También S.T.S. 27-4-94 (RA 1994/3304).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos incluye en el área normativa de la presunción de inocencia «el deber del Juez o Tribunal» de «ser imparcial», Casos De Cubber y Persak; Vid. JUANES PECES, A., «Hacia un nuevo enfoque de la presunción de inocencia. La imparcialidad del Juez como núcleo básico del derecho a la presunción de inocencia», en *La Ley*, 1996-1, pp. 1.756 y ss.

<sup>19</sup> MONTERO AROCA, J. y otros autores, *Derecho Jurisdiccional III...*, op. cit., pp. 42-46. DÍAZ CABIALE, J.A., «La admisión y práctica...», op. cit., p. 27.



el juicio oral, a excepción de la prueba anticipada consistente en aquella no reproducible en el juicio oral<sup>20</sup>, que se haya practicado con observancia de las garantías necesarias para la defensa, esto es, con sujeción a las exigencias dimanantes de los principios de contradicción y de inmediación, y que se aporte en el acto de la vista en condiciones que permitan someterla a contradicción<sup>21</sup>.

Resumiendo lo anteriormente expuesto, señalamos a continuación las premisas bajo las que se ha de desarrollar la actividad probatoria dentro del proceso penal<sup>22</sup>.

a) La carga de la prueba de los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde, exclusivamente, a las partes acusadoras. Una prueba que ha de poseer un signo inequívocamente incriminatorio, llevada a cabo con estricta observancia de las garantías procesales y con absoluto respeto a los derechos fundamentales de la persona, que recaiga tanto sobre los elementos objetivos de la infracción de que se trate, como sobre los componentes subjetivos de la misma<sup>23</sup>.

b) La prueba ha de realizarse en el juicio oral, con estricto respeto a los principios de inmediación, oralidad, publicidad y contradicción. Como excepción se admite la denominada prueba anticipada (SS.T.C. 80/1986 de 17 de junio y 137/1988 de 7 de julio)<sup>24</sup>, que se introduce en el plenario a través de la vía del artículo 730 de la L.E.Cr.

c) El órgano juzgador no puede fundamentar su sentencia en la denominada «prueba prohibida», obtenida con vulneración de derechos fundamentales, a la que se refiere el artículo 11.1 de la L.O.P.J.<sup>25</sup>.

---

<sup>20</sup> Irreproducibles de forma absoluta en el juicio oral o con extrema dificultad; SS.T.C. 14 de julio de 1986 y 137/1988 de 7 de julio.

<sup>21</sup> S.T.C. 80/1996 de 17 de junio.

<sup>22</sup> GIMENO SENDRA, V. y otros autores, «Derecho Procesal», Tomo II, *Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pp. 79 y ss. Vid. SS.T.C. 140/1991 de 20 de junio y 103/1995 de 3 de julio.

<sup>23</sup> RUIZ VADILLO, E., *Estudios de Derecho Procesal Penal*, Comares, Granada, 1995, p. 180, citando las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1988 (RA 1988/8368), 13 y 23 de diciembre de 1985 (RA 1985/6254) y (RA 1985/6447).

<sup>24</sup> En relación con la prueba anticipada, Ruiz Vadillo señala la necesidad de una reforma procesal que acentúe la distinción entre actos de investigación y de prueba con objeto de erradicar la posibilidad de que la sentencia pueda fundamentarse en meras diligencias sumariales. A tal efecto aboga por una actualización de los supuestos de prueba anticipada (incluyendo declaraciones de testigos expuestos a coacciones, en línea con el artículo 392.1.b del C.P.P. italiano); Vid. RUIZ VADILLO, E., «La actividad probatoria en el proceso penal español», en *La prueba en el proceso penal*, Centro de Estudios Judiciales, Cursos, n.º 12, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 158.

<sup>25</sup> Vid. FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., «Prueba ilegítimamente obtenida», en *La Ley*, 1990-1, pp. 1.180 y ss.

d) Recae sobre el Tribunal sentenciador la obligación de razonar la prueba, esto es, de explicar el *iter* seguido para formar su convicción y llegar a la resolución que dicta (art. 120-3 C.E.). Tal deber de razonamiento se deriva no sólo de la inexistencia de prueba tasada, sino, sobre todo, del respeto a los derechos de presunción de inocencia (art. 24-2 C.E.), y tutela efectiva de los jueces y tribunales (art. 24-1 C.E.).

### 3.2. *El careo como medio probatorio*

Al adentrarnos en el estudio del careo como medio probatorio, es obligado poner de manifiesto la opinión que, sobre el mismo, se mantiene en el campo de la Psicología del testimonio, donde se señalan las dificultades que esta figura presenta para los sometidos a la misma<sup>26</sup>. Así, se afirma que al esfuerzo de confrontación entre lo que el testigo recuerda haber visto y lo que recuerda que ha dicho en la declaración precedente, se une el esfuerzo tendente a intuir y prevenir todo lo que la otra persona con quien es sometido a careo ha dicho o está a punto de decir en contrario. Todo ello se opone a la premisa que desde la Psicología se apunta como deseable para llevar a cabo una declaración: que se preste «con tranquilidad de ánimo, con calma, libre de toda aprensión y de preocupaciones»<sup>27</sup>.

Examinado el careo desde el punto de vista normativo y doctrinal y expuestos los principios que presiden la prueba en el proceso penal, de la que forma parte el careo, aunque a título subsidiario y dependiente de otras pruebas que contribuye a esclarecer; estamos en condiciones de adentrarnos en el estudio específico del careo como medio de prueba, un estudio que ha de dirigirse al análisis de la jurisprudencia que, emanada de órganos jurisdiccionales de diferente rango, se ha pronunciado sobre tal institución.

#### 3.2.1. *Naturaleza y características*

Respecto a la naturaleza probatoria del careo, la mayor parte de la doctrina jurisprudencial señala que la diligencia de careo no es propiamente un medio de prueba autónomo o independiente, sino un medio de contrastar, depurar y matizar los interrogatorios de los acusados y las declaraciones de los testigos tratando de armonizarlos y de suprimir

---

<sup>26</sup> ROMERO COLOMA, A.M., «Problemática de la prueba testimonial en el proceso penal español», en *Actualidad Penal* n.º 22, 1990, p. 239.

<sup>27</sup> *Op. cit.*, p. 239.

las contradicciones existentes entre ellos o, si esto no fuera posible, contribuir, partiendo de la actitud de los careados y de la mayor o menor firmeza de sus aseveraciones y manifestaciones, a formar la convicción del juzgador o juzgadores respecto a la veracidad de tales manifestaciones en tanto en cuanto no sean coincidentes<sup>28</sup>.

Estas afirmaciones sobre la naturaleza probatoria del careo llegan incluso más lejos en algunas resoluciones, al señalar que el careo no sólo no es un medio autónomo de prueba, sino que consiste en una fórmula incidental para contrastar el contenido de declaraciones<sup>29</sup>, en un instrumento de verificabilidad<sup>30</sup>, de contraste probatorio<sup>31</sup> o de contraste de la fiabilidad de otras pruebas<sup>32</sup>, en un instrumento de auxilio de escasa eficacia<sup>33</sup>, o en una ampliación de pruebas ya practicadas<sup>34</sup>.

Tales apreciaciones jurisprudenciales se ven ratificadas por la opinión de los autores<sup>35</sup>, entre los que incluso se ha llegado a afirmar que «no se trata de un nuevo elemento de prueba... sino... de un modo especial de practicarse (las pruebas), que si ocupa un capítulo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que en esto se limita a recoger los precedentes legislativos, lo hace por necesidades metodológicas, ya que pudiendo intervenir en el careo procesados o inculpados y testigos merecería ocupar un puesto en cada uno de los capítulos dedicados a aquellos medios de prueba, (aunque) con evidente perjuicio para la economía y orden... de la Ley»<sup>36</sup>.

En esta línea se afirma<sup>37</sup> que la mejor demostración de que el careo no tiene la naturaleza de una prueba autónoma, radica en que, según el artículo 729-1.º L.E.Cr. relativo al juicio oral, es al Presidente y no al

---

<sup>28</sup> SS.T.S. 12-2-86 (RA 1986/591), 16-11-87 (RA 1987/8514), 28-1-89 (RA 1989/601), 13-12-94 (RA 1994/10147), 4-11-94 (RA 1994/8399), 8-4-94 (RA 1994/2905), 26-11-93 (RA 1993/8834), 15-3-93 (RA 1993/2387), 20-2-93 (RA 1993/1382), 18-11-92 (RA 1992/9359), 7-10-86 (RA 1986/5568) y autos T.S. 20-7-94 (RA 1994/6623) y 14-9-94 (RA 1994/7336).

<sup>29</sup> SS.T.S. 4-12-92 (RA 1992/10003), 17-6-90 (RA 1990/5323).

<sup>30</sup> S.T.S. 20-1-92 (RA 1992/239).

<sup>31</sup> S.T.S. 4-4-87 (RA 1987/2450).

<sup>32</sup> S.T.S. 4-11-94 (RA 1994/8399).

<sup>33</sup> S.T.S. 29-4-91 (RA 1991/2980).

<sup>34</sup> SS.T.S. 27-6-89 (RA 1989/5230) y 5-2-80 (RA 1980/441).

<sup>35</sup> ARROYO DE LAS HERAS, A. y MUÑOZ CUESTA, J., *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Aranzadi, Pamplona, 1993, p. 255.

<sup>36</sup> JIMÉNEZ ASEÑO, E. y otros autores, (Mascarenas, C.E., Dir.), *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo III, Seix, Barcelona, 1951, pp. 695 y ss.

<sup>37</sup> SAAVEDRA RUIZ, J., «La iniciativa del Tribunal en el acto del juicio oral», en *Cuestiones de Derecho Procesal Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., Madrid, 1994, pp. 30-31.

Tribunal a quien compete acordar los careos de oficio o a propuesta de cualquiera de las partes, a diferencia de los otros números del precepto, pues el acuerdo sobre la admisión, denegación o práctica de pruebas corresponde al órgano colegiado, de lo que se deduce que tal posibilidad del Presidente se inserta dentro de la órbita de las facultades que le corresponden en la dirección del debate.

En cuanto a las características predicables del careo en su función probatoria, según la doctrina, sustentada en este punto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, éstas son: la subsidiariedad<sup>38</sup>, que permite acudir al mismo cuando no haya otro medio de acreditar la existencia del delito o la culpabilidad de los procesados; y la naturaleza potestativa que ostenta, ya que compete al órgano judicial, de modo discrecional<sup>39</sup>, acordar su práctica o denegarla, si bien de forma razonada<sup>40</sup>, sin que la negativa constituya vulneración del artículo 24-2 de la Constitución Española: derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, dado el carácter potestativo y subsidiario de dicha prueba (S.T.C. 55/1984 de 7 de mayo). Esta discrecionalidad conduce a que la decisión que se adopte por el tribunal *a quo*, conforme declaración sempiterna e invariable del Tribunal Supremo, no sea revisable en Casación<sup>41</sup>.

Igualmente, constituye otra de sus características fundamentales la de ser consustancial a la práctica de la misma la inmediación, lo cual se desprende no sólo del requerimiento que en este sentido impone la naturaleza de este peculiar medio de prueba, sino también del propio ar-

---

<sup>38</sup> Subsidiariedad predicable también del careo en el ámbito de la Justicia Militar, lo que se desprende de los artículos 616 a 619, 741-5 y 753 del Código de Justicia Militar (S.T.S. Sala 2.ª de 22-4-83 (RA 1983/2300)).

<sup>39</sup> Según la jurisprudencia, la denegación del careo en el juicio oral, conforme posibilidad el artículo 729-1 de la L.E.Cr., no constituye un acto de discrecionalidad pura, sino el ejercicio de facultades discrecionales jurídicamente vinculadas. SS.T.S. 8-2-91 (RA 1991/916) y 12-12-91 (RA 1991/9143).

<sup>40</sup> Aunque se admite que tal razonamiento pueda ser escueto S.T.S. 26-11-93 (RA 1993/8834).

<sup>41</sup> SS.T.S. de 4-12-92 (RA 1992/10003), 19-1-93 (RA 1993/396), 26-11-93 (RA 1993/8834), 4-11-94 (RA 1994/8399), 26-11-90 (RA 1990/9860), 17-6-90 (RA 1990/5323).

Aunque ello no sea obstáculo, según el alto Tribunal, para que, dado el derecho constitucional a la utilización de los medios de prueba pertinentes, relacionado íntimamente con el también derecho fundamental a no sufrir indefensión, en casos excepcionales en que, efectivamente, quede acreditada la pertinencia de dicha prueba por darse los presupuestos de los artículos 451 y 452 L.E.Cr. y existir datos que hagan presumir que el careo ofrecería resultados positivos para el enjuiciamiento, pueda provocar indefensión la denegación no motivada de tal prueba, S.T.S. 13-12-94 (R.A. 1994/2.162).

título 453 de la L.E.Cr. que prevé como circunstancia a reseñar de la práctica del careo la actitud que muestren sus partícipes en el desarrollo del mismo.

El análisis jurisprudencial que realizamos sobre la naturaleza y características del careo en el ámbito probatorio del proceso penal no estaría completo si no nos refiriésemos a unas circunstancias que hundan sus raíces en el propio texto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 454, y que tienen un reflejo sistemático en la doctrina del Tribunal Supremo: la reticencia hacia la práctica del careo debido al riesgo de enfrentamientos entre los intervinientes en el mismo, «generalmente llevado a cabo bajo la pasión cuando no bajo la violencia»<sup>42</sup>; y su discutible utilidad, «ya que raras veces conduce a resultados positivos»<sup>43</sup>. De ahí que su pertinencia se supedita al criterio potestativo del órgano judicial, atribuyéndosele un carácter subsidiario respecto a otras pruebas<sup>44</sup>.

La proclividad del careo a producir enfrentamientos verbales o incluso físicos entre los intervinientes, con resultados muy discutibles por la frecuente irreductibilidad de las posiciones que se mantienen y por producir, generalmente, más confusión que claridad<sup>45</sup>, es la clave de bóveda en la que se apoya toda la estructura de la admisión y práctica judicial de tan peculiar medio probatorio y la valoración que, con posterioridad, se efectúa del mismo, como tendremos ocasión de comprobar por los diferentes supuestos jurisprudenciales que, a título ilustrativo, pasamos a reseñar.

### 3.2.2. *Requisitos generales para la admisión del careo*

La doctrina jurisprudencial ha puesto de manifiesto reiteradamente<sup>46</sup> los requisitos básicos que han de cumplirse al solicitar la práctica del careo como medio probatorio. Así, señala que para la viabilidad del

---

<sup>42</sup> S.T.S. 28-11-91 (RA 1991/9448).

<sup>43</sup> S.T.S. 31-1-89 (RA 1989/636).

<sup>44</sup> Ambas circunstancias, la de la prevención mostrada por la jurisprudencia y la concepción legal del careo como residual son criticadas por Ramos Méndez, quien afirma que ambas posiciones deben ser revisadas a fondo, señalando que «las reticencias en torno a la figura no tienen fundamento alguno y debe otorgársele el mismo rango que a cualquier otra actividad... en los casos en que (sea) útil la figura», *vid.* RAMOS MÉNDEZ, F., *El proceso penal. Segunda lectura constitucional*, Bosch, Barcelona, 1991, p. 217.

<sup>45</sup> S.T.S. 14-1-93 (RA 1993/161).

<sup>46</sup> SS.T.S. 18-4-81 (RA 1981/1451), 30-10-81 (RA 1981/4227), 17-1-81 (RA 1981/145) y 25-2-82 (1982/678).

mismo es preciso que se proponga en momento procesal oportuno<sup>47</sup> y con las formalidades legales; que la prueba sea pertinente en un doble aspecto, objetivo, en cuanto que ha de estar relacionada con la materia del proceso, y funcional, en el sentido de que ha de dirigirse al conocimiento y esclarecimiento del mismo<sup>48</sup>.

También se requiere dar a conocer el contenido del careo que se pretende al objeto de que se pueda determinar por el órgano judicial la pertinencia y necesidad de su práctica.

### 3.2.3. *Influencia de los elementos subjetivos en la práctica del careo*

Dadas las especiales características del careo, que puede colocar frente a frente, precisamente, a delincuente y víctima, la jurisprudencia se ha venido mostrando reticente a su admisión en aquellas ocasiones en las que ha apreciado una gran disparidad de edad o madurez entre ambos partícipes o ha percibido la posibilidad de que la práctica de tal prueba cause un daño sobreañadido a la víctima, propiciando una auténtica victimización secundaria.

Así, en una causa por violación<sup>49</sup>, el Tribunal *a quo* denegó la práctica de la prueba de careo en el juicio oral, «... en atención a la situación en que se encontraba la perjudicada en el acto del juicio...».

En otro supuesto, referido también a un delito contra la libertad sexual<sup>50</sup>, el Tribunal Supremo ensalza la razonabilidad del acuerdo del Tribunal de instancia al desestimar la petición de celebración de careo entre un mayor de edad y un niño, señalando el alto Tribunal que «la confrontación del testimonio (de un niño) con un adulto, sobre no ser en principio relevante (como por lo demás una larga experiencia judicial revela que casi nunca lo es la diligencia de careo), puede ocasionar graves daños en el siquismo de una persona en formación...».

En esta misma línea es de destacar una Sentencia del Tribunal Supremo<sup>51</sup> referida también a un delito contra la libertad sexual realizado

<sup>47</sup> La S.T.S. de 23-10-87 (RA 1987/7587) rechaza el recurso de casación por quebrantamiento de forma alegando denegación de careo, ya que «la Ley de Enjuiciamiento Criminal no impone al Juez la celebración de careo cuando las partes lo propongan... la propuesta se hizo extemporáneamente cuando se reanuda el juicio, tras su suspensión...».

<sup>48</sup> En la S.T.S. de 2-3-92 (RA 1992/1670) se señala que «la diligencia de careo pedida en el acto de celebración del juicio plenario ... era absolutamente intrascendente para acreditar el hecho delictivo en sí y la identificación del culpable, al aparecer expuestos tales extremos en las diferentes declaraciones y reconocimientos del procesado hechos por la perjudicada...».

<sup>49</sup> S.T.S. 31-1-89 (RA 1989/636).

<sup>50</sup> S.T.S. 26-5-92 (RA 1992/4492).

<sup>51</sup> S.T.S. 12-2-86 (RA 1986/591).

contra menores, en la que, a pesar de haber sido solicitada la prueba de careo por la defensa en el escrito de calificación provisional, y declarada pertinente, una vez abiertas las sesiones del juicio oral, practicado el interrogatorio del procesado y la prueba testifical, se denegó el careo, señalando el Tribunal que la denegación del juzgador *a quo* «... fue plausible y es compartida por este Tribunal... porque habiendo prestado, las ofendidas, sus declaraciones dentro de las solemnidades del juicio oral y habiendo sido interrogadas por el Ministerio Fiscal y repreguntadas por la defensa del acusado, todo ello en presencia de éste, era innecesario el careo mencionado, siempre violento y poco esclarecedor al ser menores las que habían de carearse con el imputado, y, finalmente, porque tratándose de delitos de abusos deshonestos estuprozos o de prevalimiento, la superioridad de que se valió el procesado para la consumación de sus libidinosos propósitos, superioridad que dimanó de su condición docente, frente a las que fueron sus alumnas, se hubiera manifestado también durante la práctica de los careos, sobrecogiendo a las ofendidas, presas del mismo *metus reverentialis* que determinó su sumisión a los deseos lascivos del imputado».

También en torno a esta filosofía giran los razonamientos de otra Sentencia del Tribunal Supremo<sup>52</sup> que, en un supuesto de violaciones reiteradas de un padre respecto a su hija de 12 años, apoya la negativa de la Audiencia a la práctica del careo manifestando en su sentencia que «ha de ponerse de relieve, y a cualquiera se le ocurre, que, indudablemente, se resolvió así con acierto a la vista de la notoria inferioridad psicológica de la hija respecto de su padre y del daño moral que tal diligencia en esas circunstancias podía haber producido en la niña...».

De la misma forma, en un supuesto de agresión sexual a una niña de 14 años con una edad mental de 7 a 10 años, en el que el Tribunal de instancia denegó la práctica de un careo, el Tribunal Supremo<sup>53</sup> manifiesta que «una muchacha en las circunstancias psíquicas que refleja la sentencia, situada en un careo frente a sus agresores reales o potenciales, a nada o muy poco podía conducir, puesto que en el acto mismo del juicio oral, en la misma sesión, fueron vistas y oídas las declaraciones de aquéllos y de ésta y el Tribunal pudo perfectamente valorarlas apreciando sus respectivas credibilidades».

---

<sup>52</sup> S.T.S. 29-4-91 (RA 1991/2980).

<sup>53</sup> S.T.S. 26-11-91 (RA 1991/8562).

### 3.2.4. *El careo en relación con otros elementos probatorios del proceso*

La doctrina jurisprudencial pone de manifiesto la aplicación estricta del principio de subsidiariedad de la prueba de careo, denegando ésta cuando los demás elementos probatorios sean suficientes para adoptar la resolución judicial.

Frente a recursos de casación basados, bien en la violación de derechos fundamentales o en quebrantamiento de forma por denegación de la prueba de careo por el Tribunal *a quo*, el Tribunal Supremo, además de hacer hincapié en el carácter discrecional de la práctica del careo, en cuanto que es potestativa del juez, afirma reiteradamente su subsidiariedad respecto de otras pruebas. Así, en Sentencia de 16-3-87 (RA 1987/2170) se afirma que «... en plenario (existían) pruebas documentales y periciales —objetivas en suma— que (acreditaban) sobradamente la confabulación de ambos procesados para la comisión del delito de falsificación... Las terminantes pruebas que le incriminan... hacían innecesaria la diligencia de careo, tanto en la fase sumarial como en el juicio oral...; por lo que... la Sala de instancia dispuso de un material probatorio más que suficiente para deducir la culpabilidad de los procesados...». Del mismo modo, en otra sentencia que resuelve un recurso de casación fundado en la denegación de la práctica de un careo por el Tribunal de instancia, señala que «... en el caso de autos el Tribunal *a quo* dispuso de prueba dimanante no sólo de las declaraciones de los procesados, sino testifical, en especial de la víctima del delito e incluso documental y pericial, que le permitían sentar criterio fundado para admitir o no la práctica del careo referido en el acto del juicio oral»<sup>54</sup>. Igualmente, en un supuesto de tenencia ilícita de armas, el alto Tribunal señala que «...el examen de la causa... pone de relieve que el extremo ... objeto de esclarecimiento —pertenencia del arma ocupada al recurrente— estaba suficientemente demostrado, por lo que... el criterio del juzgador de la negación es acertado y no produce indefensión»<sup>55</sup>. Esta doctrina se reitera de nuevo por el alto Tribunal<sup>56</sup> al afirmarse en otra resolución que «...es inconcuso que los jueces de instancia tuvieron sobrados elementos de juicio para establecer cuáles eran los hechos que resultaban probados y cuál la calificación jurídica que correspondía a los mismos, sin que, por tanto, ninguna de las pruebas que se dicen injustamente denegadas hubiera incidido en modo alguno en sus

---

<sup>54</sup> S.T.S. 26-11-90 (RA 1990/9860).

<sup>55</sup> S.T.S. 25-2-82 (RA 1982/678).

<sup>56</sup> S.T.S. 13-3-92 (RA 1992/2091).



conciencias a la hora de proferir el fallo reclamado, por lo que, por ello y porque además las pruebas a practicar en el acto del juicio plenario son las señaladas en los artículos 688 a 731 de la Ley Procesal Penal, y no otras, entre las que las de careo lo serán sólo si el Presidente las acuerda<sup>57</sup>, procede desestimar los relatados motivos...».

Respecto a la doctrina jurisprudencial anterior, es de destacar que autores como Moreno Catena<sup>58</sup> se muestran contrarios a la discrecionalidad de los tribunales que con tanta insistencia se reitera respecto al careo. Así, afirma el referido procesalista, «el derecho a la prueba incluye el careo como una más, sin consideraciones de oportunidad y mucho menos derivadas de una prevención contra un resultado vano o el riesgo de insultos..., por lo que ha de desterrarse la discrecionalidad en su otorgamiento». Como se puede apreciar, esta concepción del careo parte de su consideración como medio de prueba, extremo éste que resulta negado por la mayor parte de la jurisprudencia que no lo concibe como un medio de prueba autónomo e independiente, sino como un medio de contrastar, depurar y matizar las declaraciones de los testigos o, en su caso, de éstos y de los imputados; de ahí que se otorgue carácter excepcional a su práctica en juicio y se condicione su admisión a decisiones discrecionales, aunque motivadas, no pudiendo realizarse su revisión en casación.

### 3.2.5. *El careo y los derechos del imputado*

Una de las características del careo, que con anterioridad hemos puesto de manifiesto y que se desprende tanto de la legislación adjetiva (arts. 454 y 455 L.E.Cr.) como de la propia doctrina jurisprudencial, es la proclividad de éste para producir enfrentamientos e incluso violencias, al menos verbales, como consecuencia del encuentro que se lleva a cabo entre sus partícipes, frecuentemente antagonistas a consecuencia del delito objeto de la causa. La delicada situación que se crea con el careo tiene como objetivo último, según manifiesta el artículo 713 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal referido a su práctica en el plenario, «llegar a descubrir la verdad». Tal objetivo y la situación de enfrentamiento que frecuentemente provoca, pueden producir fuertes y encontra-

---

<sup>57</sup> Además, la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 1883, dispone que al presidente del tribunal le está reservada la dirección de los careos en todos los casos y sólo con su venia podrán entenderse directamente las partes con los testigos... y procesados en sus respectivos casos; Vid. VALLE MUÑOZ, J.M., *Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras normas procesales*, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 143.

<sup>58</sup> MORENO CATENA, V. y otros, *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 1996, p. 416.

das reacciones entre los intervinientes, lo cual, cuando de los mismos forma parte el imputado, se compagina mal con la imposibilidad de ser obligado a declarar (art. 17-3 C.E.) y con los derechos que ostenta a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (arts. 520 L.E.Cr. y 24-2 C.E.)<sup>59</sup>, y difícilmente armoniza con el propio Derecho natural, ya que la situación de enfrentamiento y de tensión que el careo frecuentemente genera merma la libertad del imputado. Este no tiene obligación de colaborar para que la justicia le castigue ni puede ser compelido, ni aún de forma indirecta, a declarar la verdad en su propio daño<sup>60</sup>, cuando, además, tal declaración puede ser determinante de una sentencia de culpabilidad.

Como consecuencia de la reflexión anterior, se podría, incluso, manifestar cierta duda respecto a la constitucionalidad de la prueba de careo ya que, a pesar de que el encausado pueda ser advertido, con carácter previo a su realización, de los derechos que le asisten, sin embargo, la tensión y el enfrentamiento que puede llegar a producir dicha prueba pueden afectar de tal forma al imputado que se violente, en la práctica, su derecho al silencio, a no confesarse culpable, a no declarar contra sí mismo<sup>61</sup> y, en conclusión, a su defensa<sup>62</sup>. Por otro lado, el sometimiento del imputado a tal situación resulta contrario a los principios de respeto a la dignidad humana que presiden nuestra Constitución y la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del que es un ejemplo el artículo 393 L.E.Cr. que exige el mantenimiento de la serenidad de juicio en las de-

---

<sup>59</sup> Incluso con el derecho a mentir, que como consecuencia de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable ostenta, *Vid.* RUIZ-JARABO COLOMER, D., «El derecho del inculcado a no declarar y a no decir la verdad», en *Poder Judicial*, n.º 6, marzo 1983, p. 27.

Vázquez Sotelo reconoce la existencia de tal derecho a mentir a partir de la Constitución, «como un derecho político-cívico reconocido en un supremo homenaje a la libertad individual aún a costa de la moralización del proceso penal y de la ética y probidad que debe observarse en los comportamientos procesales», *Vid.* VÁZQUEZ SOTELO, J.L., *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, Bosch, Barcelona, 1984, p. 101.

<sup>60</sup> VÁZQUEZ SOTELO, J.L., *Presunción de inocencia ...*, *op. cit.*, p. 95.

ALMAGRO NOSETE, J., *Constitución y proceso*, Bosch, Barcelona, 1984, pp. 111.

<sup>61</sup> Queralt Jiménez pone de manifiesto cómo «... los derechos fundamentales se hallan en tensión en el proceso penal...»; *Vid.* QUERALT JIMÉNEZ, J.J., «Instrucción y Derechos Fundamentales. A propósito del Procedimiento Abreviado», *Actualidad Penal*, n.º 40, 30 octubre-5 noviembre 1995, p. 767.

<sup>62</sup> Como afirma Stampa Braun «el que la persona pueda defenderse libremente... (es un) derecho fundamental en cualquier sociedad desarrollada, que es tanto como decir en cualquier sociedad que haya alcanzado plena realización jurídica»; *Vid.* STAMPA BRAUN, J.M., «Los derechos de la defensa y los límites de su ejercicio», en *Poder Judicial*, n.º 14, marzo 1985, p. 24.

claraciones de los procesados, concediéndoles el tiempo necesario para descansar y recuperar la calma.

Como afirma Vázquez Sotelo<sup>63</sup> «De lo que se trata, en definitiva, es de que la libertad sea compatible con la autoridad en el proceso penal moderno y para ello es necesario que el encausado siga siendo “sujeto” -y además... presumido inocente y no se le rebaje a la pura condición de objeto». La eficacia del Estado no se ha de obtener a costa de la libertad y dignidad de la persona sometida al enjuiciamiento criminal.

### 3.2.6. Valor probatorio del careo practicado en el juicio oral

Partiendo de las premisas de que en el proceso penal no hay pruebas tasadas que obliguen a dar por acreditado un hecho con una sola de aquéllas y que el derecho a la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución, se asienta sobre la libre valoración de la prueba por el juzgador de instancia, acorde con el ejercicio de la potestad jurisdiccional que el artículo 117-3 C.E. le atribuye<sup>64</sup>; señalaremos que la presunción de inocencia requiere para su enervación una actividad probatoria de cargo que evidencie tanto la existencia del hecho punible como la participación que en ella tuvo el acusado. En consecuencia, resulta claro que el valor probatorio del careo está unido, indisolublemente, a la apreciación, que en cada caso concreto y en conciencia (art. 741 L.E.Cr.)<sup>65</sup>, efectúe el juzgador *a quo*; una apreciación en la que, indudablemente, el careo será puesto en relación con los demás medios probatorios, de forma que sean «ponderados libremente por el juzgador, a quien corresponde valorar su

---

<sup>63</sup> VÁZQUEZ SOTELO, J.L., *Presunción de inocencia...*, *op. cit.*, p. 107.

<sup>64</sup> La doctrina constitucional ha ido perfilando progresivamente este principio general a través de varias etapas, siendo las principales: a) Control constitucional de la existencia misma de actividad probatoria (S.T.C. 31/1981 de 28 de julio); b) Control de la explicitación del razonamiento o de la motivación de la resolución judicial (SS.T.C. 150/1988 de 15 de julio, 196/1988 de 24 de octubre y 150/1989 de 25 de septiembre); c) Revisión limitada de los hechos o valoración constitucional fáctica (SS.T.C. 229/1988 de 1 de diciembre, 107/1989 de 8 de junio); d) Revisión de la fundamentación jurídica o interpretación legal (SS.T.C. 175/1989 de 30 de octubre; *Vid.* GUI MORI, T. «Filosofía constitucional de la prueba», en *La Ley*, 1991-2, p. 1152.

<sup>65</sup> El Tribunal Supremo en su Sentencia de 15-12-81 (RA 1981/5009) afirma que la expresión «según su conciencia» significa que la fijación de los hechos probados la hará el juzgador ateniéndose a las reglas del criterio racional.

*Vid.* FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., «Presunción de inocencia, apreciación de la prueba y motivación de la sentencia», en *Revista General de Derecho*, n.º 493-494, octubre-noviembre 1985, p. 3141.

significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo y contenido de la sentencia»<sup>66</sup>.

A pesar de la variabilidad que tales parámetros pueden imprimir al valor probatorio del careo, sin embargo, del examen realizado sobre la jurisprudencia que se pronuncia acerca del mismo se desprenden algunos de los criterios que poseen los órganos judiciales en la tarea valorativa del careo.

Así, el análisis jurisprudencial realizado pone de manifiesto que las características del careo como medio de prueba carente de autonomía y de independencia respecto a las pruebas personales que contrasta, depura o matiza; su otorgamiento potestativo por parte del juzgador *a quo*, sin sujeción a revisión casacional; su carácter subsidiario respecto a la práctica de otras pruebas, dimanante del artículo 455 de la L.E.Cr.<sup>67</sup>; la concepción peyorativa existente sobre el mismo, al que incluso se le tilda jurisprudencialmente de «sedicente medio probatorio»<sup>68</sup> y el decisivo papel de la inmediatez en la práctica de tal prueba, han conducido a que la jurisprudencia haya venido afirmando que «...la valoración de esta prueba, más aún que ninguna otra, esta reservada a la libre, íntima y racional apreciación del juzgador, conforme al artículo 741 de la L.E.Cr...» ya que con el careo «más que investigar sobre hechos acaecidos, se está operando sobre un presente (actitud durante el acto), aunque sea con finalidad de descubrir la posible ocurrencia de aquellos»<sup>69</sup>.

Tomando ejemplos jurisprudenciales de los que se desprende el valor probatorio otorgado al careo en los diferentes supuestos, destaca en los mismos, además de la complementariedad con que se concibe dicha prueba respecto a declaraciones de imputados o de testigos, la importancia que los juzgadores conceden a las actitudes de las partes durante el desarrollo del propio careo.

Así, respecto a la complementariedad de tales pruebas, hay que partir de la base de que es doctrina establecida por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo, sobre todo en delitos en los que normalmente es muy difícil la presencia de otras personas durante la

---

<sup>66</sup> Vid. S.T.C. 31/1981 de 28 de julio y comentarios a la misma de ALBACAR, J.L., «El principio de libre apreciación de la prueba en la doctrina del Tribunal Constitucional», en *La Ley*, 1981-4, pp. 1086 y ss. y CÓRDOBA RODA, J., «El Derecho a la presunción de inocencia y la apreciación judicial de la prueba», en *Revista Jurídica de Catalunya*, n.º 4, 1982, pp. 817 y ss.

<sup>67</sup> S.T.S. 4-5-95 (RA 1995/3558).

<sup>68</sup> Entre otras, SS.T.S. 7-10-86 (RA 1986/5568) y 8-6-94 (RA 1994/4546).

<sup>69</sup> S.T.S. 7-10-86 (RA 1986/5568).

comisión de los hechos<sup>70</sup>, que «el testimonio de la víctima de un delito tiene aptitud y suficiencia para enervar el principio de presunción de inocencia siempre y cuando no existan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones o provoquen dudas en el Juzgador y le impidan formar su convicción, incluido el aspecto de credibilidad cuya valoración corresponde al Tribunal de instancia»<sup>71</sup>. En consecuencia, se considera jurisprudencialmente que el careo practicado con tales precedentes puede contribuir a remarcar las declaraciones efectuadas con anterioridad y reafirmar la prueba. Así, se señala que «el contraste de las (imputaciones) efectuado en el Plenario bajo los principios de oralidad, contradicción e intermediación arroja un saldo positivo en favor de las afirmaciones acusatorias, las cuales en dicho trámite se consolidaron después de practicarse un careo con el procesado...»<sup>72</sup>. En esta misma línea la Sentencia del Tribunal Supremo de 2-3-94 (RA 1994/2095), referida a un delito contra la salud pública, señala que «... las declaraciones de las hermanas... y los careos efectuados entre todos los implicados en este asunto... bastan y sobran, como pruebas de signo incriminatorio que son, para enervar el referido principio dejándolo inane y sin valor alguno...».

En cuanto a la importancia que los órganos judiciales conceden, a efectos de prueba, a las actitudes mostradas por las partes durante el careo, se puede mencionar, a título de ejemplo, una sentencia referida a un caso de violación en la que se afirma que el «careo con el acusado en el acto del Juicio Oral, (se evaluó) por la Sala con la intermediación que proporciona su presencia física y deposición personal, ... sin apreciar signos de contradicción o actitudes de resentimiento o enemistad...»<sup>73</sup>. Del mismo modo, en otra Sentencia del Tribunal Supremo de 12-7-90 (RA 1990/6304) se pone de manifiesto la apreciación que del careo había realizado el juzgador *a quo*, señalando que en el acto del juicio oral la víctima recordó los hechos al procesado «con gran firmeza». Igualmente, en otra Sentencia, esta vez de la Audiencia Provincial de Cuenca, de 24 de febrero de 1993, se hace hincapié en la actitud de los intervinientes en el careo, al señalar que observo «igual firmeza en ambas careadas».

---

<sup>70</sup> S.T.C. 229/1991 de 28 de noviembre y SS.T.S. 12-7-90 (RA 1990/6304) y 24-11-89 (RA 1989/8721).

<sup>71</sup> SS.T.S. 5-3-94 (RA 1994/6605), 14-5-94 (RA 1994/3700), 22-3-95 (RA 1995/4562), 2-1-96 (RA 1996/78).

<sup>72</sup> S.T.S. 2-1-96 (RA 1996/78); destaca en este caso la circunstancia de que la víctima era deficiente mental.

<sup>73</sup> S.T.S. 2-1-96 (RA 1996/78).

### 3.2.7. *Valor probatorio del careo practicado como prueba anticipada*

Normativa y jurisprudencialmente se afirma que los únicos medios de prueba válidos para desvirtuar la presunción de inocencia son los practicados en el juicio oral (en condiciones de igualdad entre acusador y acusado y con respeto a los principios de inmediación, contradicción, oralidad y publicidad). Ahora bien, es necesario señalar que en la fase de instrucción se pueden practicar auténticas pruebas que son la excepción a la práctica de éstas en el juicio oral. Se trata de pruebas anticipadas, estrictamente excepcionales, que no pueden ampliar su operatividad más allá de su propia justificación<sup>74</sup>.

La realización de prueba anticipada está sujeta a varios requisitos<sup>75</sup>. El primero, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 448 de la L.E.Cr., consiste en su imposible reproducción en el juicio oral (imposibilidad absoluta o extrema dificultad, según la doctrina constitucional<sup>76</sup>) y la previsibilidad de ésta, lo que conlleva la adopción de una resolución formal por parte del Juez instructor, a fin de posibilitar la práctica de la prueba anticipada con todas las garantías. Así se podrán practicar pruebas testificales e incluso realizar los careos que, al respecto, se estimen necesarios.

El segundo requisito a cumplir para la práctica de prueba anticipada consiste en que ésta se lleve a cabo con contradicción —o, al menos, con posibilidad de la misma— e inmediación judicial real<sup>77</sup>.

Finalmente, el tercer requisito para realizar prueba anticipada consiste en someterla, en el mismo acto del juicio, a la necesaria contradicción, lográndose con la lectura de las actas de las declaraciones o careos llevados a cabo en la fase de instrucción.

De lo anteriormente referido se desprende que la prueba anticipada, que se haya llevado a cabo con las referidas garantías y haya sido objeto de contradicción en el juicio oral, adquiere un valor de prueba plena y es susceptible de desvirtuar la presunción de inocencia de que goza el imputado, lo que resultaría predicable, igualmente, del careo practicado en las situaciones y con las garantías que se han dejado expuestas. Sin

---

<sup>74</sup> Vid. GARCÍA GARCÍA, J., «La fase de instrucción en diligencias de carácter criminal», en *La Ley*, 1994-2, p. 1058.

<sup>75</sup> TAFUR LÓPEZ DE LEMUS, J., «Valor probatorio de las declaraciones de testigo no presente en el acto del juicio oral», en *Actualidad Penal*, n.º 18, Semana 4-10 de mayo 1992, pp. 166-167.

<sup>76</sup> S.T.C. 137/1988 de 7 de julio.

<sup>77</sup> S.T.C. 57/1990 de 26 de marzo.

embargo, como ya hemos manifestado en páginas anteriores, el careo es un medio de prueba que, si bien puede ser subsidiario de otras que contribuye a contrastar, posee una característica esencial que consiste en precisar, de forma ineludible, la presencia judicial para su celebración. Esto es, ha de realizarse con estricto respeto al principio de inmediación, dado que resulta esencial para poder valorar las actitudes y comportamientos de las partes durante el careo.

La imprescindible inmediación que necesita la prueba de careo, conduce a afirmar que su práctica como prueba anticipada ante el juez de instrucción, con posterior lectura de lo allí acontecido en el juicio oral, priva a tal prueba de la nota de inmediación que resulta consustancial tanto a su naturaleza como a las características con que normativamente aparece configurada; una inmediación que se proyecta sobre la apreciación de las actitudes de los careados durante el acto (art. 453 L.E.Cr.). En consecuencia, estimamos que la falta de inmediación por parte del órgano que va a valorar la prueba priva a ésta de toda su virtualidad a efectos probatorios, convirtiéndola en inane.

Por lo tanto, y a modo de resumen de lo anteriormente afirmado, señalamos que la práctica de un careo durante la fase de instrucción no resulta justificada a efectos probatorios por la falta de inmediación del juzgador *a quo*. Tan sólo puede resultar apropiada en el caso de que la diligencia se haga necesaria, únicamente, como medio de investigación en la causa.

#### 4. Conclusiones

Del estudio realizado sobre el careo y del papel que el mismo lleva a cabo en el ámbito del proceso penal se pueden deducir diversas conclusiones:

1. El careo se define como un acto consistente en la confrontación de declaraciones de imputados, de testigos o de unos y otros, con el que se pretende llegar a esclarecer algún hecho o circunstancia de interés para el proceso y sobre el cual las personas anteriormente mencionadas hubieren prestado declaraciones discordantes.

2. Del examen de sus características normativas y de la doctrina mayoritaria que se pronuncia en torno al careo, se deduce que se trata de un medio de prueba vicario, carente de autonomía e independencia al poseer como finalidad el contraste y verificabilidad de declaraciones ya prestadas con anterioridad en la causa.

3. El careo es un medio subsidiario de prueba, a practicar tan sólo a falta de otros que evidencien la existencia del delito o la culpabilidad

de los imputados. Esta característica y la naturaleza potestativa del careo imprimen un carácter peculiar al mismo, al otorgar al juzgador una discrecionalidad en su admisión que no es revisable en casación y cuya negativa no constituye vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución.

4. La doctrina jurisprudencial mayoritaria muestra hacia el careo, como medio de prueba, una señalada reticencia que justifica en razón a dos circunstancias: su propensión a producir enfrentamientos dialécticos y violencias entre los partícipes y los escasos resultados que en la práctica se obtienen del mismo.

Se trata, por tanto, de un instrumento probatorio de utilidad discutible y cuya práctica resulta sumamente delicada para el órgano judicial que la lleva a cabo, sin olvidar que las circunstancias de enfrentamiento e incluso de violencias, al menos verbales, a que es proclive, unidas al objetivo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 713) de «llegar a descubrir la verdad», compaginan mal con la imposibilidad de que el imputado sea obligado a declarar y con sus derechos a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

5. La peculiaridad del careo, en cuanto a que puede llegar a enfrentar a delincuente y víctima, es muy tenido en cuenta por los tribunales a la hora de decidir sobre la pertinencia de su práctica, ya que, en muchas ocasiones: víctimas de delitos contra la libertad sexual, menores de edad, disminuidos psíquicos, puede agravar el daño sufrido por el sujeto pasivo, produciendo una auténtica victimización secundaria sin que, en tales circunstancias, se logre el equilibrio necesario entre las partes como para que las víctimas se manifiesten con libertad.

6. El valor probatorio del careo está indudablemente vinculado a la apreciación que, en conciencia, efectúa el juzgador *a quo* del resultado del mismo. La jurisprudencia, en razón a las características de tal medio de prueba y al fundamental papel que ha de jugar en el mismo la intermediación por estar operándose sobre un presente (actitud de las partes durante el acto), señala que su valoración está reservada, más aún si cabe que en otras pruebas, a la libre apreciación del órgano judicial. Todo ello tiene como consecuencia la carencia de valor probatorio, y por tanto de utilidad a estos efectos, de la prueba anticipada practicada ante el Juzgado instructor.

7. La actitud mostrada por las partes en el careo es un parámetro a efectos valorativos de la prueba que, además de contar con apoyo normativo, se utiliza insistentemente por la doctrina jurisprudencial. Este elemento, debidamente observado y analizado por un juzgador formado en Psicología judicial, puede ser decisivo para llevar a cabo la tarea de



valoración probatoria y, en definitiva, para adoptar la correspondiente resolución judicial.

8. El careo no es un medio de prueba más, sino que sus características plantean diversas exigencias a los órganos judiciales:

1.<sup>a</sup> Un atento estudio de la causa, tanto del hecho cometido como de las características y circunstancias de las partes intervinientes en el mismo y de sus testigos, con el fin de valorar adecuadamente la pertinencia y oportunidad de acceder a la práctica de un careo o incluso de acordarlo de oficio. Por otro lado, la naturaleza subsidiaria de tal prueba exige al juzgador ponderar la virtualidad de las demás pruebas practicadas y la necesidad o intrascendencia del careo para dictar la correspondiente sentencia.

2.<sup>a</sup> Acordada su práctica, el careo exige del juez una exquisita atención hacia el desenvolvimiento del mismo, de forma que, evitando actitudes de violencia o presión entre las partes, lo conduzca hacia lo que debe ser la finalidad del mismo: contribuir a esclarecer la existencia y circunstancias del hecho delictivo y la participación y culpabilidad de los encausados.

3.<sup>a</sup> La delicada tarea del juez, tanto a la hora de decidir sobre la realización del careo, como de dirigir su desarrollo, requiere de una formación en materias tales como Psicología judicial, técnicas confrontativas, Victimología y Criminología, entre otras, a fin de adoptar su decisión con el mayor conocimiento posible de los elementos y circunstancias relacionados con el careo y conducir el mismo con la menor incidencia negativa de carácter emocional en sus partícipes, sobre todo en las víctimas del delito.

## 5. Bibliografía

- ALBACAR, J.L., «El principio de libre apreciación de la prueba en la doctrina del Tribunal Constitucional», en *La Ley*, 1981-4, pp. 1.085-1.092.
- ALMAGRO NOSETE, J., *Constitución y proceso*, Bosch, Barcelona, 1984.
- ALMAGRO NOSETE, J. y otros autores, *Derecho Procesal*, Tomo II «Proceso Penal», Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
- ARROYO DE LAS HERAS, A. y MUÑOZ CUESTA, J., *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Aranzadi, Pamplona, 1993.
- ASENSIO MELLADO, J.M., «La prueba. Garantías constitucionales derivadas del artículo 24.2», en *Poder Judicial*, 2.<sup>a</sup> época, n.º 4, diciembre 1986, pp. 33-47.
- CÓRDOBA RODA, J., «El derecho a la presunción de inocencia y la apreciación judicial de la prueba», en *Revista Jurídica de Catalunya*, n.º 4, 1982, pp. 817-826.
- DÍAZ CABIALE, J.A., «La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal», en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, 1991.

- FENECH, N., *El Proceso Penal*, Agesa, Madrid, 1982.
- FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., «Presunción de inocencia, apreciación de la prueba y motivación de la sentencia», en *Revista General de Derecho*, n.ºs 493-494, octubre-noviembre 1985, pp. 3.107-3.158.
- FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., «Prueba ilegítimamente obtenida», en *La Ley*, 1990-1, pp. 1.180-1.192.
- GARCÍA GARCÍA, J., «La fase de instrucción en diligencias de carácter criminal», en *La Ley*, 1994-2, pp. 1.052-1.060.
- GIMENO SENDRA, V. y otros autores, «Derecho Procesal», Tomo II, *Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
- GISBERT GISBERT, A., «La práctica de diligencias de prueba acordada de oficio en el juicio oral», en *Revista General de Derecho*, n.º 573, junio 1992, pp. 5.141-5.143.
- GÓMEZ DE LIAÑO, F., *El Proceso Penal*, Forum, Oviedo, 1989.
- GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal Penal*, Agesa, Madrid, 1987.
- GUI MORI, T., «Filosofía constitucional de la prueba», en *La Ley*, 1991-2, pp. 1.149-1.156.
- JIMÉNEZ ASENJO, E. y otros autores (Mascarenas, C.E., Dir.), *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo III, Seix, Barcelona, 1951.
- JUANES PECES, A., «Hacia un nuevo enfoque de la presunción de inocencia. La imparcialidad del juez como núcleo básico del Derecho a la presunción de inocencia», en *La Ley*, 1996-1, pp. 1.755-1.759.
- MONTERO AROCA, J. y otros autores, «Derecho Jurisdiccional III», *Proceso Penal*, Bosch, Barcelona, 1994.
- MORENO CATENA, V. y otros, *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 1996.
- NAVARRO PÉREZ, J.L., *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Comares, Granada, 1990.
- PRIETO-CASTRO, L. y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *Derecho Procesal Penal*, Tecnos, Madrid, 1989.
- QUERALT JIMÉNEZ, J.J., «Instrucción y Derechos Fundamentales. A propósito del Procedimiento Abreviado», *Actualidad Penal*, n.º 40, 30 octubre-5 noviembre 1995, pp. 767-773.
- RAMOS MÉNDEZ, F., *El proceso penal. Segunda lectura constitucional*, Bosch, Barcelona, 1991.
- ROMERO COLOMA, A.M., «Problemática de la prueba testimonial en el proceso penal español», en *Actualidad Penal*, n.º 22, 1990, pp. 229-240.
- RUIZ-JARABO COLOMER, D., «El derecho del inculcado a no declarar y a no decir la verdad», en *Poder Judicial*, n.º 6, marzo, 1983, pp. 27-30.
- RUIZ VADILLO, E., «La actividad probatoria en el proceso penal español», en *La prueba en el proceso penal*, Centro de Estudios Judiciales, Cursos, n.º 12, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- RUIZ VADILLO, E., *Estudios de Derecho Procesal Penal*, Comares, Granada, 1995.
- SAAVEDRA RUIZ, J., «La iniciativa del Tribunal en el acto del Juicio Oral», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Cuestiones de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pp. 12-50.

- STAMPA BRAUN, J.M., «Los derechos de la defensa y los límites de su ejercicio», en Poder Judicial, n.º 14, marzo 1985, pp. 23-26.
- TAFUR LÓPEZ DE LEMUS, J., «Valor probatorio de las declaraciones de testigo no presente en el acto del juicio oral», en *Actualidad Penal*, n.º 18, Semana 4-10 de mayo 1992, pp. 161-170.
- TOMÁS Y VALIENTE, F., «*In dubio pro reo*, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 20, mayo-agosto 1987, pp. 9-34.
- URQUÍA GÓMEZ, F. y otros autores, *Ley de Enjuiciamiento Criminal. Comentarios y Jurisprudencia*, Edersa, Madrid, 1990.
- VALLE MUÑIZ, J.M., *Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras normas procesales*, Aranzadi, Pamplona, 1995.
- VÁZQUEZ SOTELO, J.L., *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, Bosch, Barcelona, 1984.
- VEGAS TORRES, J., «Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal», *La Ley*, Madrid, 1993.



# COSTES LEGALES Y HONORARIOS DE ABOGADOS EN EL PROCESO CIVIL

## Observaciones sobre la situación en los Estados Unidos y en Europa

Goretti Vadillo Robredo

*Sumario:* I. Introducción. II. *American Rule*. 1. Introducción. 2. Excepciones. 3. Argumentos a favor y en contra de la regla americana. III. Pacto de *cuota litis* o *contingent fee*. Reformas del Derecho de *tort* norteamericano. IV. Análisis de la situación en Europa. 1. Reglas europeas. 2. Situación en Europa de los *contingent fees*. 3. Algunos supuestos concretos (en particular, procesos civiles de reclamación de daños a la persona). V. Postura del análisis económico del derecho. VI. Reformas.

### I. INTRODUCCION

Las normas que regulan los costes legales y los honorarios de los abogados varían entre los países; no sólo en Europa sino también en los Estados Unidos. En la actualidad existe la creencia de que en Norteamérica se da un frecuente y sistemático abuso del proceso judicial, un exceso de demandas «no meritorias».

En los Estados Unidos gobierna la «regla americana» según la cual cada parte en el proceso corre a cargo de sus costes legales, junto con la aceptación total de los acuerdos de *cuota litis*. En Europa, de forma general, rige la regla «el perdedor paga», y los acuerdos de *cuota litis*, en muchos países, o están prohibidos o no se consideran éticos.

Resulta muy difícil, si no casi imposible, llegar a una conclusión firme sobre si la diferencia entre las reglas europeas y norteamericanas, en relación a los costes legales, tiene efecto en la congestión y en los retrasos de los tribunales. Sin embargo, un sector importante de la doctrina norteamericana apunta a que la existencia de estas prácticas son culpables, en cierta medida, de la obstrucción de los tribunales con demandas «no meritorias».

En este artículo analizaremos las reglas que se aplican en los Estados Unidos, ya que es aquí donde encontramos las diferencias más notables y donde, tanto la doctrina como la jurisprudencia se plantean desde hace dos décadas la posibilidad de sustituir su sistema por otro cercano al europeo.

## II. AMERICAN RULE

### 1. Introducción<sup>1</sup>

Según la «regla americana» cada parte en el proceso —en ausencia de un contrato o de una ley que indique lo contrario, o de circunstancias extraordinarias— es responsable de los honorarios de su abogado, gane o pierda el pleito. Los Estados Unidos son casi la única democracia industrializada que mantiene esta práctica<sup>2</sup>. En la mayoría de los países, incluida Inglaterra, el ganador —demandante o demandado— tiene derecho a que le sean indemnizados sus gastos legales por el perdedor, incluyendo los honorarios de su abogado<sup>3</sup>.

Durante el período colonial de los Estados Unidos, los honorarios de los letrados se regulaban por ley. Su propósito era el de prescribir tanto los honorarios de los abogados para con sus clientes, como aquellos que podían ser reclamados a la parte perdedora. Esta práctica provenía de Inglaterra, pero la diferencia entre ambos países se encontraba en que las escalas inglesas no se establecían por ley, sino por la costumbre. Parece que los primeros tribunales de la colonia norteamericana indemnizaban todos los costes de forma rutinaria, incluyendo los honorarios de los abogados, al litigante con éxito<sup>4</sup>. Una explicación

---

<sup>1</sup> Este nombre ha sido atribuido a GOOHART, A.L., «Costs», en *Yale Law Journal*, vol. 37, 1929, pp. 849-878.

El único estado norteamericano que ha adoptado la regla europea de indemnizar los honorarios de los abogados es Alaska; ver NOTE, «Award of Attorney's Fees in Alaska» en *UCLA-Alaska Law Review*, vol. 4, 1974, pp. 129 y ss.

<sup>2</sup> Japón sigue la regla americana, aunque contiene la importante excepción de indemnizar los honorarios del demandante ganador en los casos de *tort*. Ver KOJIMA y TANIGUCHI, *Access to Justice in Japan*, en Cappelletti y Garth (eds), 1978, *Access to Justice*, vol. 1, pp. 704-705.

<sup>3</sup> Ver PFENNIGSTORF, W., «The European Experience with Attorney Fee Shifting», en *Law and Contemporary Problems*, vol. 47, 1984, p. 37.

<sup>4</sup> Ver, por ejemplo, *Evrell v. Bradstret*, 3 *Records of the Court of Assistants, Colony of the Massachusetts Bay* 163 (1666) (publicado en 1928); *Clarke v. Davis*, en 130 (1662); *Hakins v. Gooden* en 163 (1660).

ofrecida para el abandono de esta práctica fue el rápido desarrollo de un ambiente de hostilidad y desconfianza hacia los profesionales del Derecho.

El Profesor Ehrenzweig<sup>5</sup> ha sugerido que el alejamiento americano de la práctica inglesa de honorarios pudo haber ocurrido por otro tipo de causas:

«De hecho, existen buenas razones para asumir que lo que ahora es entendido como un postulado notable es debido al simple hecho de que el Parlamento de Nueva York, en 1848<sup>6</sup>, en un intento de perpetuar lo que se consideraba una buena regla legal de recobrar los honorarios por la parte ganadora, cometió el error fatal de fijar la cantidad percibible en dólares y centavos en lugar de un porcentaje de la cantidad indemnizada. Fue este error probablemente el que causó que los tribunales y los abogados, cuando creció el coste de la vida, oscureciesen el propósito real de la cantidad legal de “costes”, olvidando gradualmente el significado de esas cantidades»<sup>7</sup>.

En opinión de Goohart<sup>8</sup>, si el Código de Nueva York de 1829, en lugar de establecer un honorario fijado para cada caso, hubiera permitido a la parte con éxito la indemnización de unos honorarios razonables, dependiendo de la naturaleza del proceso, el sistema se habría desarrollado según las líneas del Derecho inglés. Para el profesor Fleming<sup>9</sup>, tal vez debido a un origen y naturaleza erróneos, la regla fue aceptada sin que se diera ningún intento de explicación.

La primera declaración del Tribunal Supremo de los Estados Unidos sobre este tema es la de *Arcambel v. Wiseman*<sup>10</sup>, y en ella se negó el argumento de que los honorarios de los abogados deberían ser incluidos en la indemnización como un ítem legítimo y necesario para compensar a la víctima por todos sus daños legales<sup>11</sup>. En 1851, el Tribunal Supremo en *Day v. Woodworth*<sup>12</sup> de nuevo negó la posibilidad de considerar los honorarios de los abogados como ítem compensatorio. En

---

<sup>5</sup> EHRNZWEIG, A.A., «Reimbursement of Counsel Fees and the Great Society», en *California Law Review*, vol. 54, 1966, pp. 792-800.

<sup>6</sup> 1848, *NY Laws* 258.

<sup>7</sup> EHRNZWEIG, «Reimbursement of Counsel Fees...» cit., p. 799.

<sup>8</sup> GOOHART, «Costs...» cit., p. 875.

<sup>9</sup> FLEMING, J.G., *The American Tort Process*, Clarendon Press, Oxford, 1988, p. 189.

<sup>10</sup> 3 U.S. (3 Dall) 306 (1796).

<sup>11</sup> 3 U.S. (3 Dall) 306 (1796):

«The general practice in the United States is in opposition to (the allowance of attorney's fee) (...) and even if that practice were not strictly correct in principle, it is entitled to the respect of the court, till it is changed, or modified, by statute».

<sup>12</sup> 54 U.S. (13 How) 363 (1851).

1872<sup>13</sup>, aunque se continuaba citando los casos anteriores, el Tribunal, por primera vez, justificó la aplicación de la regla americana en el miedo a que las partes soliciten más asesoramiento del necesario y a que los abogados demanden unos honorarios mayores que los que habrían reclamado a su cliente. Seis años después, el Tribunal de nuevo trató directamente la cuestión de los honorarios<sup>14</sup>. La defensa de la regla americana, en este caso, fue distinta, ya que propuso que los honorarios no podían ser incluidos como parte de la indemnización, porque no eran causa próxima de la acción del demandado; es decir, no eran pre-  
visibles.

## 2. Excepciones

El descontento de ciertos sectores de la población hacia la aplicación de la regla general se ha plasmado en distintas leyes: la *Voting Rights* de 1870, la *Interstate Commerce Act* de 1887, la *Sherman Anti-Trust Act* de 1890, la *Security Act* de 1933<sup>15</sup>, la *Consumer Product Safety Act* de 1976<sup>16</sup>, la *Copyright Act*<sup>17</sup> y más de 70 leyes federales<sup>18</sup>. Este movimiento contrario a la regla americana se ha acelerado en las últimas décadas, tanto a nivel estatal como federal<sup>19</sup>.

Judicialmente se han creado dos excepciones basadas en el interés público: son las excepciones de *obduracy* (obstinación, terquedad) y la de «*common fund*». La primera, en interés de la eficiencia judicial, per-

<sup>13</sup> Ver *Oelrichs v. Spain*, 82 U. S. (15 Wall ) 211, 230 (1872).

<sup>14</sup> *Stewart v. Sonneborn*, 98 U.S. 187 (1878).

<sup>15</sup> 15 U.S.C. 77k(e) (1976).

<sup>16</sup> 15 U.S.C. 2059(e) (4) (1976).

<sup>17</sup> 17 U.S.C. 565 (1976).

<sup>18</sup> Ver NOTE, «Promoting the Vindication of Civil Rights Through the Attorney's fees award Act», en *Columbia Law Review*, vol. 80, 1980, p. 346.

<sup>19</sup> Ver, entre otros:

Los casos de *antitrust* (15 U.S.C. 15 (1970)), la *Communications Act* (47 U.S.C. 206 (1970)), la violación de leyes de *Copyright* (17 U.S.C. 116 (1970)), la *Fair Labor Standards Act* (29 U.S.C. 216 (b)(1970)), ciertas violaciones de comercio interestatal (49 U.S.C. 8, 908(b)(1970)), bajo la *Merchant Marine Act* (46 U.S.C. 1227(1970)), casos de la *Packers and Stockyards Act* (7 U.S.C. 210(f) (1970)), bajo las leyes de patentes (35 U.S.C. 285 (1970)), bajo la *Perishable Agricultural Commodities Act* (7 U.S.C. 499g(b) (1970)), bajo la *Railway Labor Act* (45 U.S.C. 153(p)(1970)), por violaciones de la *Securities Exchange Act* (15 U.S.C. 78i(e), 78r(a) (1970)), bajo la *Servicement's Readjustment Act* (38 U.S.C. 1822(b) (1970)), y la *Trust Indenture Act* (15 U.S.C. 77w(a) (1970)).

Ver NOTE, «State Attorney Fee shifting Statutes: are we quietly Repealing the American Rule?», en *Law & Contemporary Problems*, vol. 47, 1984, p. 321.



mite al litigante con éxito recobrar los costes legales de un adversario culpable de «obstinación», antes o durante el juicio. Sin embargo, la excepción mejor establecida es la conocida como el «*common fund*», que «(...) creció por el poder histórico de la equidad para permitir que la parte que preserva un fondo común para el beneficio de otros como para sí mismo recobre sus costes, incluidos los honorarios de los abogados (bien extrayéndolos del fondo o de la propiedad misma, o directamente de las otras partes que se benefician)»<sup>20</sup>. Esta doctrina creada judicialmente es muy importante para financiar la «*class action*»<sup>21</sup>, en la cual uno o varios demandantes representan a una clase compuesta por muchos demandantes. Algunos tribunales norteamericanos<sup>22</sup> han considerado que es injusto imponer al representante de una clase, el cual ha trabajado para otros y para sí mismo, unos honorarios de abogados de los cuales se han beneficiado otros, los cuales además no han incurrido en gasto alguno. Por último, los tribunales han considerado que en aquellos casos en los que el litigante contrario ha actuado con completa mala fe no se debe aplicar la regla americana, y por lo tanto indemnizan al litigante de buena fe sus costes legales<sup>23</sup>. Este argumento, como luego veremos, también lo encontramos en países europeos.

En *Alyeska Pipeline Service Co. v. Wilderness Society*<sup>24</sup> el Tribunal Supremo redefinió la *american rule* declarándose en contra de indemnizar los honorarios de los abogados a las partes ganadoras en casos

---

<sup>20</sup> *Alyeska Pipeline Service v. Wilderness Society*, 421 U.S. 240, 257 (1975).

<sup>21</sup> «Class action» hace referencia a las acciones de grupo en las que se hacen valer individualmente intereses compartidos por varios sujetos, por ejemplo en materia ambiental; acción popular.

<sup>22</sup> Algunos casos representativos son:

*Trustes v. Greenpugh*, 105 U.S. 527 (1881); *Central R.R. & Banking Co. v. Pettus*, 113 U.S. 116 (1885); *Sprague v. Ticonic Nat'l Bank*, 307 U.S. 161 (1939).

Ver, DAWSON, «Lawyers and Involuntary Clients: Attorney Fees from Funds», en *Harvard Law Review*, vol. 87, 1974, p. 1.597.

<sup>23</sup> Ver:

*Vaughan v. Atkinson*, 369 U.S. 527 (1962); *Toleo Scale Co. v. Computing Scale Co.*, 261 U.S. 399 (1923); *Bell v. School B.*, 321 F.2d 494 (4th Cir. 1963); *Universal Oil Prods. Co. v. Root Ref. Co.* 328 U.S. 575, 580 (1946); *Guardian Trust Co. Kansas C.S. Ry.*, 28 F.2d 233, 246 (8th Cir. 1928).

Esta excepción ha sido parcialmente codificada en el *Federal Review Civil Procedure* 37(b), (c) la cual permite a los tribunales imponer los honorarios de los abogados a la parte que no ha cooperado en las pruebas; *Federal Review Civil Procedure*, 41(d); la *Federal Review App. Procedure* 38 que indemniza los honorarios como parte de los costes en contra de la parte que apela con una apelación «frívola».

<sup>24</sup> 421 U.S. 240 (1975).

que no supongan ninguna de las tres excepciones reconocidas por la jurisprudencia<sup>25</sup>. Especialmente, el tribunal estuvo en contra de la excepción conocida como el «*private attorney general*». La razón alegada para la negativa se basaba en que la judicatura, con la creación de esa excepción a la regla general de la *american rule*, estaba «invadiendo el ámbito de la legislatura»<sup>26</sup>.

Cuando las jurisdicciones norteamericanas se han separado de la regla general no han adoptado la regla «el perdedor paga». La intención de los parlamentos y de los tribunales ha sido la de proveer una indemnización de honorarios para los demandantes si éstos ganan, pero no a los demandados. Usualmente, esas provisiones han sido «*one-way*» es decir, leyes que sólo favorecen al demandante vencedor (una excepción es el *Equal Access to Justice Act* que indemniza los honorarios a ambas partes<sup>27</sup>). La razón aparente para estas leyes de «*one-way*» es la de incentivar a las víctimas para que actúen como «fiscales privados»<sup>28</sup> o la de ajustar el desequilibrio entre los recursos de las partes<sup>29</sup>.

Como resumen, podemos decir que en la actualidad existen cuatro supuestos en los que la indemnización al demandante de los honorarios de su abogado es la regla general: 1) cuando se aplica la doctrina del fondo común, 2) cuando ha habido mala conducta o mala fe en la conducta del demandado, 3) cuando una ley lo autoriza, 4) cuando existe un contrato válido entre las partes que lo autorice.

---

<sup>25</sup> 421 U.S. 240 (1975), pp. 257-59.

Las tres excepciones son las comentadas anteriormente: a) mala fe de una de las partes, b) la doctrina del «fondo común», c) la doctrina de *obduracy*.

<sup>26</sup> 421 U.S. en 271. El Congreso reaccionó aprobando la *Civil Rights Attorney's Fees Awards Act* de 1976 (Pub.L.No. 94-559, 90 Stat 2641 (1976) (Codificada en 42 U.S.C. 1988 (1976)). La Ley contiene la sección 1988 del título 42 que permite la indemnización de los honorarios de los abogados a las partes ganadoras en aquellas demandas que tratan de poner en práctica el *United States International Revenue Code* o el título VI de la *Act of Civil Rights* de 1964. Los tribunales han llegado al acuerdo general de que el estándar de discreción de la sección 1988 para indemnizar los honorarios es el mismo que gobierna en provisiones legales similares de honorarios: la parte ganadora «deberá ordinariamente recobrar los honorarios de abogados a menos que circunstancias especiales conviertan a la indemnización en injusta». Ver *Newman v. Piggie Park Enterprises, Inc.*, 390 U.S. 400, 402 (1968).

<sup>27</sup> *Equal Acces to Justice Act*, Pub. L. No. 96-481, 94 Stat. 2325 (codificado en las secciones del título 5, 15, 28 y 42 del U.S.C.).

<sup>28</sup> Como se establece en la *Civil Rights Attorneys' Fees Awards Act*, 42 U.S.C. 1988 (1988).

<sup>29</sup> Ver la *Fair Labor Standards Act*, 29 U.S.C. 206-207, 216(b) (1988).

### 3. Argumentos a favor y en contra de la regla americana

Comúnmente se alega que la *american rule* fracasa en su intento por lograr uno de los principales objetivos del Derecho de daños: la compensación total de los daños sufridos. Se ha dicho que la indemnización de los honorarios (y otros costes razonables del proceso) es necesaria para proporcionar una compensación adecuada por las pérdidas económicas reales, así como para lograr la disuasión de comportamientos inaceptables<sup>30</sup>. El fin de asegurar que la víctima recibe una compensación total por, al menos, el neto de sus pérdidas económicas requiere una indemnización que cubra los costes legales. En otras palabras, un Derecho que ignore el coste real de la lesión estará lejos de proveer un consuelo total por el daño sufrido.

Parece claro que desde el punto de vista de la indemnización, las facturas legales son un candidato a la compensación tan legítimo como, por ejemplo, las facturas médicas.

La objeción tradicional alegada contra la adopción de un sistema similar al europeo («el perdedor paga») está basada en la visión de que el Derecho, en cierta medida, es una especie de juego, y por lo tanto es injusto penalizar a la parte perdedora. Se alega que es «injusto golpear a un hombre que está caído» y reclamar costes en contra de una persona que ha perdido en el proceso parece algo similar<sup>31</sup>.

El profesor Ehrensweig dijo que cuando discute con sus colegas la adopción de un sistema distinto del americano ellos invariablemente le contestan:

«Es suficientemente malo ver a alguien que ha perdido, el cual en justicia debería haber prevalecido. Hacer que pague los honorarios de la parte ganadora añadiría injusticia a la injusticia, supondría golpear a una persona, y haría que el hombre modesto no acudiese a los tribunales, tanto si es el demandado como el demandante»<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Hay que tener en cuenta que la generosidad tradicional de los jurados con la *collateral source rule*, los daños punitivos y la compensación por *pain and suffering* normalmente ha sido explicada y justificada como una forma de compensar la injusticia implícita de negar compensación por los necesarios honorarios de los abogados.

<sup>31</sup> Este argumento lo recoge SATTERWAITE, «Increasing Costs to be Paid by a Losing Party», en *New Jersey Law Journal*, vol. 46, 1923, p. 133:

«El sistema aducido (el perdedor paga todos los costes) está basado en la asunción totalmente infundada de que la parte perdedora en el proceso es siempre, u ordinariamente, la parte equivocada. Su única justificación debe estar en que un veredicto adverso o una decisión desfavorable del tribunal acarrea la necesaria conclusión de que la parte perdedora era moralmente culpable por entablar la acción, o por contestar a la demanda. Nada de esto se puede extraer de los hechos reales de la vida (...)».

<sup>32</sup> EHRENSWEIG, A.A., «Reimbursement of Counsel Fees and the Great Society...», cit., p. 796.

En su opinión, este argumento es claramente incorrecto:

«(...) ¿qué es esto de creer que los jueces se equivocan más de lo que aciertan? Como ha dicho el juez Goohart en respuesta a este argumento “Si la justicia en New Jersey es una cuestión de suerte, no parece que sea necesario tener tribunales y abogados. Sería más barato, y ciertamente menos dilatorio, tirar una moneda al aire”».

Una segunda crítica citada comúnmente es que la *american rule* no provee de incentivos suficientes para la disuasión de conductas ilícitas. Es decir, para que un agente ilícito se vea incentivado a adoptar las medidas de cuidado necesarias debe de correr con todos los gastos ocasionados por su actuar descuidado. Sin embargo, el análisis del efecto disuasorio de la *american rule* y el de la regla «el que pierde paga» es mucho más complicado de lo que a primera vista pudiera parecer, y no se han aportado datos empíricos por la doctrina norteamericana sobre esta cuestión<sup>33</sup>.

A favor del sistema americano se dice que evita muchas barreras de acceso a la justicia y promueve la negociación extrajudicial entre las partes. En los Estados Unidos existe la creencia de que un sistema similar al europeo es antidemocrático porque desincentiva a la clase más pobre, favoreciendo a los que poseen mayores recursos financieros<sup>34</sup>. El estudio realizado por el *American Law Institute* llegó a la conclusión de que la regla «el perdedor paga» crea una importante falta de incentivos en la persecución de demandas meritorias pero no claramente vencedoras, sobre todo en los casos en los que las víctimas son adversas al riesgo (por ejemplo, demandantes de clase media con algo que perder pero sin muchos recursos para afrontar la pérdida). Además, consideran que la regla americana proporciona un incentivo para que las partes lleguen a un acuerdo extrajudicial con rapidez y ahorren costes futuros<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> AMERICAN LAW INSTITUTE, *American Law Institute's Reporters' Study on Enterprise Responsibility for Personal Injury*, Philadelphia, 1991, pp. 267 y ss. El informe del *American Law Institute* hace referencia al efecto disuasorio pero no dice nada concreto, sólo apunta la posibilidad.

<sup>34</sup> Ver FLEMING, *The American Tort Process...* cit., p. 193.

<sup>35</sup> Son de esta opinión el AMERICAN LAW INSTITUTE, *The American Law Institute's Reporters' Study on Enterprise Responsibility for Personal Injury...* cit., p. 280 y LEUBSDORF, «Recovering Attorney fees as Damages», en *Rutgers Law Review*, vol. 38, 1986, pp. 456-57.

El argumento contrario: la regla «el perdedor paga» dará lugar a un mayor número de acuerdos extrajudiciales porque crea mayores costes legales y con ello hace que «existan mayores ganancias potenciales si se alcanza un acuerdo antes de llegar al tribunal» lo encontramos en HAUSE, «Indemnity Settlement, and Litigation, or “I'll Be Suing You”», en *Journal of Legal Studies*, vol. 18, 1989, pp. 157-58 y HERSCH, «Indemnity, Settlement, and Litigation: Comment and Extension», en *Journal of Legal Studies*, vol. 19, 1990, p. 235.

Sin embargo, la creencia de que la abolición de la regla americana daría lugar a un sistema antidemocrático fue desmentida por el juez Goohar ya en 1929<sup>36</sup>. Según este autor, la experiencia inglesa ha demostrado que es el demandado rico quien más sufre bajo este sistema, puesto que si pierde tendrá que abonar los costes legales de la víctima, mientras que si gana no será capaz de recibir sus propios costes de un adversario sin recursos<sup>37</sup>.

Fleming<sup>38</sup> señala que la adopción de una regla similar a la europea proporciona un incentivo y un desincentivo para el litigante de clase media: ofrece la posibilidad de no tener que recurrir a su propia indemnización para abonar los honorarios de los abogados, pero el riesgo de perder es considerablemente mayor por la responsabilidad potencial de abonar los honorarios de la otra parte. En su opinión, el efecto neto de esta combinación es incierto, pero parece más probable que desincentive las demandas y defensas de este grupo de litigantes, porque la aversión al riesgo es probablemente mayor entre los de renta media, mientras que los de renta alta y litigantes frecuentes tienden a ser neutrales al riesgo.

En un extenso artículo publicado por la Universidad de Pennsylvania<sup>39</sup> se llegó a la conclusión de que la regla europea incentiva a que una persona con una demanda justa, pero sin gran poder económico, la interponga. La práctica actual tiende a disuadir la persecución de demandas pequeñas pero claramente meritorias para aquellos litigantes que pueden resultar indemnizados con una cantidad menor a la de los honorarios de su abogado. Para los demandados, el costo de defenderse en contra de una demanda injusta y pequeña puede exceder fácilmente al coste de pagar simplemente lo que se le demanda. Sin embargo, el abandono de la regla americana incentivará la defensa de derechos legales claros con una alta probabilidad de éxito, pero añadirá un nuevo factor al elemento disuasorio del Derecho presente en los casos en los que la demanda es nueva. Es probable que las personas con pocos recursos económicos tengan miedo a la posibilidad de pagar ambos hono-

---

<sup>36</sup> GOOHAR, A.L., «Costs...», cit., p. 875.

<sup>37</sup> En apoyo de esta postura ver también a NOTE, «Promoting the Vindication of Civil Rights Through the Attorney's Fees Awards Act», en *Columbia Law Review*, vol. 80, 1980; TUNNEY, «Financing the Cost of Enforcing Legal Rights», en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 122, 1974, p. 632; NOTE, «Fee simple: a Proposal to Adopt a Two-way Fee Shift for Low-Income litigants», en *Harvard Law Review*, vol. 101, 1988.

<sup>38</sup> FLEMING, *The American Tort Process...* cit., p. 194.

<sup>39</sup> COMMENT, «Courts Awarded Attorney's Fees and Equal Access to the Courts», en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 122, 1974, pp. 636 y ss.

rarios y se vean más disuadidas por ello que los que poseen recursos económicos. Además, estos autores consideran que es probable que este grupo de litigantes (los de baja renta) sean manipulados en las negociaciones prematuras.

Ehrenzweig<sup>40</sup> tampoco comparte la idea de que la abolición de la regla americana dará lugar a un sistema antidemocrático. Considera que ésta es una posibilidad improbable, y que además el Derecho se verá beneficiado con la adopción de la regla «el perdedor paga», ya que disuadirá a un gran número de demandantes sin causa, puesto que con la norma actual sólo se enfrentan a sus propios gastos legales, mientras que con la abolición de la regla tradicional el riesgo en caso de pérdida de la demanda será mayor<sup>41</sup>.

En defensa de la regla americana encontramos declaraciones del Tribunal Supremo de los Estados Unidos<sup>42</sup>:

«Como soporte de la *american rule* se ha argumentado que debido a que los procesos judiciales son al menos inciertos, uno no debería ser penalizado por defender o plantear una demanda, y que el pobre puede resultar injustamente desincentivado para entablar una acción si la pena de perder incluye los honorarios del abogado de su oponente (...). También el tiempo, los gastos, y las dificultades de prueba inherentes a la valoración de los honorarios de abogado supondrá unas cargas importantes para la Administración de Justicia».

Como hace el Tribunal Supremo, algunos autores han defendido la regla americana en base a que reduce los costes de la Administración de Justicia. La demanda de honorarios parece ser un coste inevitable de la norma «el perdedor paga». También se ha dicho que otorgar a los jueces un amplio poder discrecional en la indemnización de los honorarios es contrario a la «concepción general norteamericana de una judicatura atada por reglas fijadas»<sup>43</sup>, la cual parece totalmente incorrecta porque el sistema judicial está repleto de ejemplos de discreción judicial.

Es evidente que las justificaciones para la *american rule* no sólo no son uniformes sino que además han perdido gran parte de su peso con

---

<sup>40</sup> EHRENZWEIG, «Reimbursement of Counsel Fees an the Great Society...», cit., p. 796.

<sup>41</sup> Parece claro lo que sugirió el MASSACHUSETTS JUDICIAL COUNCIL, «First Report of the Judicial Council of Massachusetts», en *Massachusetts Law Quarterly*, vol. 11, 1925, p. 63: «(...) la posibilidad de tener que pagar las facturas de los abogados de las dos partes en la acción, hace que el demandante se piense dos veces antes de demandar sin tener derecho y que el demandado se lo piense dos veces antes de defenderse de la acción que no debería ser defendida».

<sup>42</sup> *Fleischmann Corp. v. Maier Brewing Co.*, 368 U.S. 714, 718 (1967).

<sup>43</sup> GOOHART, A.L., «Cost...», cit., p. 877.

el paso del tiempo. En la actualidad, existen tantos argumentos a favor como en contra si se analiza esta norma de forma aislada. Aunque, debido a las reformas que han tenido lugar en otras normas del Derecho de daños («*Collateral Source Rule*», daños punitivos, «*pain and suffering*», etc.), la doctrina norteamericana se ha visto forzada a buscar nuevas alternativas, que luego trataremos.

### III. PACTO DE *CUOTA LITIS* O *CONTINGENT FEE*

Los acuerdos de *contingent fees* son conocidos en España como el pacto de *cuota litis*. Se ha dicho que una de las principales ventajas de la *american rule* son los acuerdos de *contingent fee*. La base de estos acuerdos es sencilla: el abogado y el demandante se ponen de acuerdo en que los honorarios del primero serán un porcentaje de la indemnización recibida por la víctima (el porcentaje depende del tipo de proceso o del estadio: negociación, juicio, apelación)<sup>44</sup>. En Europa, incluso en Inglaterra, este tipo de acuerdos entre abogados y clientes no se consideran éticos y en algunos países se consideran ilegales<sup>45</sup>.

El especial acuerdo de *contingent fee* entre la víctima y su abogado libera al demandante de los gastos de su abogado si pierde; es decir, traslada el riesgo de la pérdida de sí mismo a su abogado. Se considera que ésta es la razón por la que el demandante tiene que pagar un precio (o, mejor dicho, una prima) sobre el honorario si es que su abogado tiene éxito (normalmente una tercera parte de la indemnización).

La justificación principal aportada por la doctrina y jurisprudencia norteamericana para los *contingent fees* es que proporcionan un fácil acceso a la justicia para los demandantes sin tener en cuenta sus fuentes financieras. El *contingent fee* evita cualquier efecto disuasorio que pudiese tener en el demandante el hecho de correr con los gastos de su abogado en caso de perder la demanda. Sin embargo, se critica que esta situación privilegiada del demandante norteamericano tiene un precio,

---

<sup>44</sup> Ver MCKINNON, «Contingent Fees for Legal Services», en *A Report of the American Bar Foundation*, 1964.

<sup>45</sup> Ver, por ejemplo:

Inglaterra: *Solicitors Act 1974*, s.59(2)(b); *Wallersteiner v. Moir* (No.2), (1975) QB 373(C.A).

Alemania: BGHZ 22, 162 (1965); BGHZ 44, 183 (1965).

El acuerdo de *contingent fees* es aceptado en Canadá, ver WILLINSON, «The Contingence Fee in Canada», en *Albany Law Review*, vol. 6, 1968, pp. 184 y ss.; KRITZER, «Fee arrangements and Fee Shifting: Lessons from the Experience in Ontario», en *Law and Contemporary Problems*, vol. 47, 1984, pp. 125 y ss.

ya que en el supuesto de que la demanda tenga éxito, los honorarios del abogado serán mayores —que si se hubiesen calculado sobre otras bases— y deberán ser extraídos de la indemnización.

La cuestión principal para el abogado norteamericano, en opinión del profesor Fleming<sup>46</sup> es si el caso vale lo suficiente como para aceptar el riesgo. El abogado calculará lo que vale el caso: por ejemplo, la cantidad probable que se concederá como indemnización descontando la posibilidad del fracaso. Cuanto más grande sea la indemnización, mayor será su recompensa. Fleming llega a la conclusión de que, en términos prácticos, cuanto mayor sea, por ejemplo la lesión, más probable será que la víctima encuentre un abogado para su caso<sup>47</sup>.

De todas formas, los acuerdos de *cuota litis* no están reservados a las víctimas o clientes de baja renta, puesto que la mayoría de los abogados prefieren ofrecer sus servicios en bases contingentes sin tener en cuenta las fuentes financieras del cliente (presumiblemente porque el honorario es mayor que si cobrase por horas)<sup>48</sup>.

El *contingent fee* ha sido criticado con frecuencia por que se considera que supone un regalo desproporcionado para el abogado<sup>49</sup>. Aunque los términos del contrato no son uniformes, la media suele suponer un honorario del 33,3%<sup>50</sup>. La atención pública inevitablemente se fija en las indemnizaciones multimillonarias en las que los honorarios parecen excesivos<sup>51</sup>. Sin embargo, en la mayoría de los veredictos o negociaciones extrajudiciales la indemnización es mucho más modesta. De hecho, los costes legales de los demandados y demandantes no son tan distintos; al menos en los casos rutinarios, los abogados de las víctimas no ganan mucho más que sus adversarios con salarios establecidos según las horas de trabajo.

---

<sup>46</sup> FLEMING, *The American Tort Process...* cit., p. 197.

<sup>47</sup> FLEMING, *The American Tort Process...* cit., p. 198.

<sup>48</sup> El *American Bar Association Model Code of Professional Responsibility* EC-2 establecía que «un abogado debe rechazar un caso basado en un acuerdo de honorarios contingentes si el cliente tiene capacidad para abonar un honorario fijo razonable». Las *ABA Model Rules of Professional Conduct* (Rule 1.5) de 1981 ya no contienen esta norma.

<sup>49</sup> Ver, por ejemplo LEUBSDORF, «The Contingency Factor in Attorney Fee Awards», en *Yale Law Journal*, vol. 90, 1981, p. 473.

<sup>50</sup> Algunos acuerdos establecen un incremento en la escala dependiendo del lugar en el que termina el proceso, por ejemplo un 25% si el caso se negocia antes de entablar la demanda o un 50% en apelación. Otros proveen escalas separadas para tipos específicos de demandas.

<sup>51</sup> Según el *Wall Street Journal* del 9 de diciembre de 1985, los abogados de las víctimas de asbestosis recibieron un billón de dólares norteamericanos como consecuencia del acuerdo realizado con Manville Corporation.



En teoría, el supuesto «regalo» ocasional se justifica como una compensación retrasada por los casos sin éxito. Las víctimas o los demandantes, como clase, parece que también prefieren no tener que pagar por los honorarios si pierden, aunque tengan que pagar más si ganan.

En opinión del profesor Fleming<sup>52</sup>, el riesgo de estos acuerdos puede estar en que los abogados se dediquen casi exclusivamente a casos con una alta indemnización y altas posibilidades de ganar y nieguen sus servicios a otros con demandas meritorias pero sin grandes indemnizaciones. Sin embargo, para este autor el problema no es grave pues hay que tener en cuenta que éste es un campo en el que existe una alta competencia entre los abogados.

Finalmente, se han criticado los efectos adversos del *contingent fee* en el proceso judicial<sup>53</sup>. Se dice que incentivan de forma excesiva y poco profesional la conducta del abogado de «ganar a toda costa». Otro reproche es que estos acuerdos incentivan las demandas no meritorias, agravando el atasco y los retrasos en los tribunales. Pero, para Fleming<sup>54</sup>, el honorario establecido según las horas de trabajo parece ofrecer un mayor incentivo para esta forma de abuso.

### *Reformas del Derecho de tort norteamericano*

La regla americana y los *contingent fees* han tenido un efecto importante en el desarrollo de la doctrina jurídica norteamericana. La generosidad tradicional de los jurados en el cálculo de la indemnización ha sido explicada y justificada como una forma de remediar la injusticia implícita de negar compensación por los costes legales (en especial, los honorarios de los abogados).

En las últimas dos décadas, en los Estados Unidos, ha tenido lugar un movimiento de reforma del Derecho de daños inspirado, en parte, en limitar el *quantum* de las indemnizaciones y restringir el acceso de las demandas a los tribunales. Como resultado de la actividad legislativa y judicial de reforma los parlamentos estatales y los tribunales se han visto forzados a considerar los efectos que las nuevas leyes tienen sobre la regla americana y los *contingent fees*.

La *american rule* ha dado lugar a que en la práctica la víctima busque en la indemnización de daños de «*pain and suffering*» (similares a los daños morales o daños extrapatrimoniales) no sólo la forma de ser

---

<sup>52</sup> FLEMING, *The American Tort Process...* cit., p. 200.

<sup>53</sup> Ver MCKINNON, «Contingee Fees for Legal Services», en *A Report of the American Bar Foundation*, 1964.

<sup>54</sup> FLEMING, *The American Tort Process...* cit., p. 203.

compensado por sus lesiones intangibles, sino también una fuente para abonar los honorarios de su abogado<sup>55</sup>. Se ha convertido en una tradición norteamericana la idea de considerar la porción de la indemnización por daños morales, en lugar de una indemnización por pérdidas no económicas probadas, como la fuente primaria de retribución del abogado. Es decir, la parte de la indemnización que corresponde a las lesiones intangibles —en lugar de la indemnización total de la víctima— soporta la carga de la infracompensación inevitable producida por la regla americana<sup>56</sup>.

Algunos comentaristas han alegado que los jurados, cuando llevan a cabo la valoración del *quantum* indemnizatorio, tienen en cuenta que la víctima destinará parte de la indemnización para abonar los honorarios del abogado<sup>57</sup>. Sin embargo, un artículo del profesor Kalven (en el que hace un resumen de las conclusiones del *Jury Project de la University of Chicago Law School*) sugiere la opinión contraria<sup>58</sup>. De todas formas, el profesor Kalven reconoce que los jurados, frecuentemente son conscientes de los acuerdos de *cuota litis*, y debido a que este órgano llega a la indemnización global por un proceso no científico que refleja una mezcla de objetivos compensatorios y retributivos, la indemnización global podría incluir alguna dotación para honorarios que no puede ser detectada<sup>59</sup>.

A pesar de las dificultades conceptuales y de las incertidumbres sobre la valoración de la indemnización por el jurado se debe admitir que el papel que cumplen los daños no económicos en el abono de los honorarios de abogado es ampliamente reconocido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia norteamericana. La medida de limitar la in-

---

<sup>55</sup> Esta práctica la recogen, entre otros:

HICKS, G.A., «Statutory Damage Caps are an incomplete reform: A proposal for attorney fee shifting in tort actions», en *Louisiana Law Review*, vol. 49, 1989, pp. 763-801; FLEMING, *The American Tort Process...* cit., p. 224; DOBBS, D.B., *Remedies: Damages-Equity-Restitution, Hornbook Series*, St. Paul Minn., West Publishing Co., 1973, p. 550; MORRIS, «Liability for Pain & Suffering», en *Columbia Law Review*, vol. 59, 1959, p. 476; O'CONNELL, J., «A Proposal to Abolish Defendant's Payment for Pain and Suffering in return for Payment of Claimants' Attorney's Fees», en *University of Illinois Law Review*, 1981, pp. 333-369.

<sup>56</sup> Esta asunción parcialmente reconoce que las indemnizaciones morales carecen de legitimidad y que los jurados pueden fácilmente manipularlas para compensar pérdidas más demostrables.

<sup>57</sup> Ver INGBER, «Rethinking Intangible Injuries: A Focus on Remedy», en *California Law Review*, vol. 73, 1985, pp. 810-811; y MORRIS, *op. cit.*, en p. 477.

<sup>58</sup> Es de esta opinión, KALVEN, H., «The Jury, the Law, and the Personal Injury Damage Award», en *Ohio State Law Journal*, vol. 19, 1958, pp. 176-77.

<sup>59</sup> KALVEN, H., «The Jury, the Law, and the Personal Injury...», cit., pp. 176-77.

demnización por *pain and suffering* fue una de las más importantes durante todo el movimiento de reforma. Pero, esta decisión tiene efectos secundarios evidentes: poner un límite en la indemnización por *pain and suffering* supone no sólo una disminución de la indemnización por lesiones extrapatrimoniales, sino también un ataque a las pérdidas económicas sufridas por la víctima. Por ejemplo<sup>60</sup>, si una persona gravemente lesionada ha probado unos daños económicos por un valor de 1.500.000 dólares y daños no económicos por valor de 500.000 dólares, el efecto de un techo de 250.000 sobre la indemnización de daños no económicos disminuiría la indemnización de 2.000.000 a 1.750.000. Si la víctima y su abogado acordaron un *contingent fee* de un 30%, la indemnización de la víctima después de pagar los honorarios se reduciría de 1.400.000 a 1.225.000. Esta reducción tendrá como consecuencia que la indemnización neta de la víctima sea inferior a sus daños económicos probados (1.500.000 dólares).

Es cierto que los casos que se verán afectados por este límite son una minoría, pero son los casos que tratan las lesiones más graves<sup>61</sup>. Sin embargo, el efecto de los límites en el *quantum* indemnizatorio del *pain and suffering* no sólo afectará a la cantidad recibida por la víctima, sino que, además, menoscaba su posibilidad de encontrar abogado y por lo tanto de recibir indemnización. Reduciendo la indemnización total, las leyes estatales que imponen techos sobre la indemnización de los daños morales reducen la probabilidad de que la indemnización sea adecuada para cubrir los gastos del proceso<sup>62</sup>.

La doctrina norteamericana ha planteado diversas propuestas para evitar los efectos secundarios negativos, provocados por la combinación de las reformas adoptadas en las últimas décadas y la aplicación de la *american rule* y los *contingent fees* que tienen sobre las víctimas de los *tort*<sup>63</sup>. Por ejemplo, el profesor O'Connell sugirió que se limita-

---

<sup>60</sup> Ejemplo extraído del artículo del Profesor HICKS, «Statutory Damage Caps are an incomplete Reform...», cit., pp. 773-774.

<sup>61</sup> La AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Report of the Action Commission to Improve the Tort Liability System*, ABA, 1987, p. 13, propuso que los límites legales sobre las indemnizaciones morales debían ser abandonados. Su argumento era que los límites tienen efectos devastadores en los lesionados más gravemente. La comisión recomienda que el sistema siga como estaba.

<sup>62</sup> Ver MORRIS, «Liability for Pain and Suffering...», cit., p. 477; INGBER, «Rethinking Intangible Injuries...», cit., pp. 810-11; PECK, «Compensation for Pain: A Reappraisal in Light of New Medical Evidence», en *Michigan Law Review*, vol. 72, 1974, pp. 1.355 y ss.

<sup>63</sup> Entre las propuestas destacan las del profesor: O'CONNELL, *op. cit.*; la del profesor HICKS, en «Statutory Damage Caps are an incomplete Reform...», cit. y la del AMERICAN LAW INSTITUTE, *Study on Enterprise Responsibility for Personal Injury...* cit.

sen las indemnizaciones de daños no económicos a unas cantidades nominales y que se indemnizasen a los demandantes victoriosos los honorarios de abogados junto con la compensación de «*special damages*»<sup>64</sup>. Una consecuencia de abolir o limitar los pagos de *pain and suffering* es la de proveer una fuente alternativa para el abono de los honorarios del abogado y otros costes de entablar la demanda. Esta propuesta no sugiere que el demandante pague los honorarios del demandado en el caso de que pierda.

---

<sup>64</sup> O'CONNELL parte de la asunción de que el abogado normalmente demanda una cantidad que es tres veces la suma de todas sus facturas para lograr la compensación de su cliente de *pain and suffering* y el pago de sus facturas. La tentación de hacer dinero fácil, junto con la frágil línea entre los gastos apropiados y exagerados por cuidados médicos incentiva a mucha gente —incluyendo a doctores, abogados, y víctimas de accidentes— a explotar el sistema. La asociación de TRIAL LAWYERS OF AMERICA ofrece guías al cliente para maximizar su indemnización por *pain and suffering*, ver DUDKIK, R. & LEONARD, J., *Instructions to clients in Anatomy of a personal Injury Law Suit: A Handbook of Basic trial advocacy*, en Association of Trial Lawyers of America, 1968, pp. 20-21:

#### INSTRUCTIONS TO CLIENTS

##### «MY DAY»

1. «MY DAY»- We have talked to you about «MY DAY» when you were in the office. We would like to start keeping a diary at once. This record will be very valuable throughout your case. It will be kept strictly confidential.

2. HOW THESE INJURIES HAVE AFFECTED YOUR LIFE- We call it «My Day» because we want to take a normal day, from the time you get up until the time you do to bed, and explain in detail how this occurrence has changed your life. For example, the way you put on your clothes, the way you get in and out of bed, the way you take a bath, etc. By your life, we mean your work, your playtime, your hobbies, your life as a husband or as a wife, etc. This includes your disposition, your personality, your nervousness, etc. We need to know how your injury has affected the marital relations between you and your spouse.

3. YOUR PAIN AND SUFFERING- We want a description of your pain, both at the scene of the occurrence and at all times thereafter. We want to know whether or how it is a shooting pain, throbbing pain, etc. We want your words and not anyone else's.

4. START AT YOUR HEAD WHEN RECORDING YOUR COMPLAINTS AND INJURIES- A good rule to follow in order to remember all of your problems is to start at your head and, in detail, go down through all parts of your body, moving from your head, neck, shoulders, etc. Explain in detail any problem that you have with each part of the body. Also, give details with regard to the medications you are taking and what they are for, if you know.

5. DON'T USE THE WORDS «I CAN'T»- Please do not use the words «I can't» because «can't» means physical impossibility. For example, you can't use your left hand, if you haven't got one. Don't say «I can't do it»; «I don't do it», «I never do it». We would prefer you would use such words as «I am not able to do it as well» or some other words meaning the same thing. You should always work toward the idea that «I'm trying and I will continue to try to do more things». Everyone will admire you more if you try. In regard to yours activities such as your housework, your yardwork, your work at the office or factory, you should detail what things you are not able to do as well as before.

Una propuesta interesante ha sido la del *American Law Institute*<sup>65</sup>, que ha apuntado las siguientes medidas:

1) Los honorarios razonables de los abogados y otros gastos incurridos por el demandante vencedor deben ser tratados como categoría de la indemnización compensatoria, en línea con el papel principal del Derecho de daños de reembolsar a las víctimas sus pérdidas pecuniarias que no están cubiertas por otras formas de seguro.

2) Debe crearse un procedimiento de oferta de negociación («*offer-of-settlement*») bajo el cual una vez que el demandado hace una oferta de negociación formal, si se rechaza por el demandante y éste no recibe una cantidad mayor (o por lo menos igual) en la indemnización eventual, entonces se verá privado de su derecho a indemnización por los honorarios incurridos —después de un período razonable para considerar la oferta—.

3) Los tribunales utilizarán una fórmula basada en porcentajes sobre la indemnización como forma de calcular la indemnización de honorarios de la víctima.

#### IV. ANALISIS DE LA SITUACION EN EUROPA

Con la excepción de Gran Bretaña y los países Escandinavos, los países europeos cimientan los principios que gobiernan el procedimiento civil en el Derecho romano.

Durante el período clásico del Derecho romano, la Administración de Justicia mantenía la dignidad y el aura sacra de sus orígenes religiosos<sup>66</sup>,

---

6. «MY DAY» WITNESS- We would like for you to contact your friends, neighbors, associates at work, etc., and on a separate sheet of paper of each witness give us his name, address and telephone number. Have each describe, or you describe in detail, on a separate sheet of paper what he or she knows about how this injury has changed your life... It is better if these witnesses are not your relatives. It is alright if they are your friends, because they would be more likely to have observed you. It is impossible to be too detailed.

9. USE YOUR IMAGINATION- You know your own life better than we do. Use your imagination and go into all aspects of your life. Explain to us, in the greatest detail possible, how this occurrence has affected your life.

<sup>65</sup> AMERICAN LAW INSTITUTE, *The American Law Institute's Reporters' Study on Enterprise Responsibility for Personal Injury...*, vol. II, cit., pp. 315-316.

<sup>66</sup> En la *legis actio sacramentum*, cada parte tenía que hacer un depósito (un sacramentum) dentro del templo; cuando se alcanzaba una decisión, a la parte ganadora se le devolvía su depósito, mientras que el del perdedor quedaba para el templo (ENGELMANN, *The Roman Procedure en A History of Continental Civil procedure*, pp. 239-271 (R. Miller ed. & trans. 1927)). Este tipo de procedimiento se utilizaba antes de la compilación de las 12 tablas (sobre el 450 a.C.); las 12 tablas fijaron las cantidades de depósito (Ver M. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der Römische Civil prozess*, Erster Band: *Legis Actiones* 121(1864)).

y el procedimiento legal y el asesoramiento eran gratuitos<sup>67</sup>. En los tiempos de Justiniano, como consecuencia del alto desarrollo administrativo del Imperio Bizantino, los abogados comenzaron a percibir honorarios<sup>68</sup>. Cuando los costes legales se convirtieron en una realidad del proceso, con una regulación más detallada que determinaba la incidencia y cantidades, se extendió la práctica de requerir que la parte perdedora reembolsara al ganador sus costes en los casos de demandas frívolas y para los casos en los que se pruebe la existencia de mala fe. El emperador romano Zenón fue el que anunció por primera vez, en el 486 d.C., la regla de que el mero hecho de perder era base suficiente para imponer en el perdedor la obligación de pagar los costes legales del ganador. Cincuenta años después la regla pasó a formar parte del Código de Justiniano<sup>69</sup>. La presunción dominante era que la parte perdedora había actuado mal en insistir en su posición legal, ya que como la decisión del tribunal demostró, no estaba justificada. Sin embargo, el juez tenía poder para no aplicar la regla general cuando existían dudas suficientes sobre la mala fe de la parte perdedora.

Posteriormente, la regla fue adoptada por los tribunales eclesiásticos de la Iglesia Católica Romana, y eventualmente por los tribunales de las naciones europeas emergentes<sup>70</sup>.

En Inglaterra, la conexión con el Derecho romano es menos obvia, aunque no puede ser ignorada<sup>71</sup>. Las normas inglesas sobre costes legales evolucionaron de manos de una legislación parcial y con el ejercicio del poder discrecional del *Chancellor*.

## 1. Reglas europeas

No existe una regla que se pueda denominar la «regla europea». Las normas de los países europeos sobre los costes legales no son uniformes. Sin embargo, a excepción de Inglaterra (en donde el tribunal tiene poder discrecional sobre si conceder los costes o no) un gran número de códigos europeos prescriben que los tribunales deben imponer

---

<sup>67</sup> Ver WENGER, L., *Institute of the Roman Law of Civil Procedure*, pp. 330-331 (rev. ed. 1940).

<sup>68</sup> Para el tiempo de Diocletiano (300 d.C.) se consideró necesario regularlos.

<sup>69</sup> Código de Justiniano, 7.51.5.

<sup>70</sup> ENDEMANN, W., *Das Deutsche Zivilprozessrecht*, p. 507 (1868 & reprint 1969), citado en PFENNIGSTORF, W., «The European Experience...», cit., p. 42.

<sup>71</sup> Ver F. POLLOCK & F. MAITLAND, *The History of English Law*, 2ª de., University Press, Cambridge, 1952, p. 134.

los costes legales en la parte perdedora<sup>72</sup>. La regla se aplica tanto si la parte perdedora es el demandante como si es el demandado, aunque raramente se define esta situación en los códigos<sup>73</sup>.

Las razones que se han esgrimido en apoyo de este sistema de costes han variado con el paso del tiempo<sup>74</sup>. En un primer momento se alegó el castigo y la disuasión de ciertos comportamientos que suponían un abuso del sistema judicial por acciones no fundadas, vejatorias, o frívolas<sup>75</sup>. La razón más extendida en Europa es la de compensación total de la parte ganadora<sup>76</sup>. La idea que subyace bajo este principio —algunas veces conocido como el principio de «*net-of-cost*» o «valor total»— expresa que el litigante que se ve obligado a interponer una acción en los tribunales (o a defenderse) tiene derecho a recobrar el valor total de su demanda y no debería considerarse satisfecho con una cantidad menor debido a la necesidad de interponer una demanda (o una contestación). Este argumento ha sido utilizado en Italia<sup>77</sup>, en Francia<sup>78</sup> y recientemente en Alemania<sup>79</sup>.

<sup>72</sup> Ver, por ejemplo la sección 41 del Código de Procedimiento civil de agosto de 1895, Austria, sección 41:

«1) La parte que pierda totalmente en el proceso debe reembolsar al oponente, así como la parte que intervenga en el lugar del anterior, todos los costes que se le hayan causado al litigante y que fueran apropiados. Los costes que se consideren necesarios deben de ser determinados por el tribunal cuando se especifique su cantidad, sin permitir la presentación de pruebas, en base a su discreción guiada por consideraciones cuidadosas de todas las circunstancias.

2) Si los honorarios del abogado o el *quantum* de los costes está regulado en tablas, la valoración de la cantidad de costes debe estar basada en las tablas.»

Ver, también: Bélgica art. 1.017, Dinamarca, sección 321(1), Francia art. 696, Ginebra art. 122(1), Alemania sección 91(1), Italia art. 91, Holanda art. 56, Noruega sección 172, Suecia cap. 18, 1.

<sup>73</sup> La mayoría de los códigos se refieren a la parte ganadora o perdedora, sin determinar si es demandante o demandado.

<sup>74</sup> Por ejemplo, promover la justicia, hacer que la víctima sea compensada totalmente por el mal sufrido, castigar al demandado por su acto ilícito, incentivar los procesos que se consideran útiles para la sociedad, rectificar las grandes disparidades entre las partes, crear incentivos económicos para ciertos comportamientos deseables en el proceso.

<sup>75</sup> ENDEMANN, W., «Das Deutsche...», cit., pp. 505-506.

<sup>76</sup> El Código de Procedimiento de Finlandia en el capítulo 21, sección 1, recoge que la parte que pierde el caso tiene la obligación de reembolsar los gastos legales a su oponente, a no ser que se estipule otra cosa. La ley se basa en la asunción inicial de compensación total de los costes.

<sup>77</sup> VECCHIONE, *Spese Giudiziali (Diritto processuale civile) en 17 Novissimo Digesto Italiano* en 1124-25.

<sup>78</sup> *L'Association Nationale Des Avocats, Au Service de la Justice: La Profession Juridique de Demain.*, cit., en PFENNIGSTORF, W., «The European Experience...», cit., p. 47.

<sup>79</sup> GRUNSKY, *Empfehlen sich im Interesse einer effektiven Rechtsverwirklichung für alle Bürger Änderungen des Systems des Kosten- und Gebührenrechts?*, en *Verhandlungen Des Einundfünfzigsten Deutschen Juristentages*, A67, 1976.

También se ha alegado que la obligación de soportar los costes del proceso es necesaria para permitir un acceso no restringido a los tribunales. Para otros autores, como por ejemplo Endemann, la imposición de costes a la parte perdedora se ha considerado como algo «natural»<sup>80</sup>; es decir, que durante los siglos se ha convertido en parte de la percepción popular del Derecho y de los procedimientos legales por lo que no necesita justificación. Los largos períodos de prácticas y aceptación proveen de justificación suficiente.

«Derrotar, Vencer, Ganar» se entiende como pérdida completa de los aspectos principales del caso. Por lo tanto no es una excepción a la regla, sino una matización, cuando un código establece que si una parte prevalece en algunos aspectos, pero pierde en otros, los costes deben dividirse proporcionalmente entre ambos<sup>81</sup>.

Uno de los casos más importantes de victoria parcial es cuando la sentencia concede al demandante una cantidad menor de la pedida en la demanda. Se reconoce generalmente que con relación a la diferencia entre la cantidad pedida y la cantidad concedida, el demandante ha perdido y debe soportar una parte proporcional de los costes totales<sup>82</sup>. En Noruega, el Tribunal Supremo en 1985<sup>83</sup> en un caso en el que el demandante solicitaba 100.000 coronas noruegas como compensación por los daños sufridos y sólo se le indemnizó con 10.000 coronas noruegas, el tribunal consideró que esta situación representaba una pérdida total para el demandado y le condenó a cubrir sus costes legales.

Las reglas inglesas sobre costes legales tienen ciertas peculiaridades frente a la gran mayoría de los países estudiados. Normalmente, el demandante tiene derecho a que se le abonen todos sus costes legales, aun en el caso de que el tribunal le conceda una cantidad menor a la cantidad demandada, excepto cuando exista una mala conducta relacionada con la prosecución de una demanda excesiva<sup>84</sup>. En Inglaterra, el

---

<sup>80</sup> ENDEMANN, W., «Das Deutsche...», cit., p. 506. Ver PFENNIGSTORF, W., «The European Experience...», cit., p. 43.

<sup>81</sup> Por ejemplo la sección 43 del Código de Procedimiento civil en Austria, el artículo 92 del Código italiano y el art. 65(1) de la Ley holandesa.

<sup>82</sup> Ver, por ejemplo: art. 43(1) Código de Procedimiento civil de Austria, art. 179 del Código de Procedimiento civil de Grecia.

Algunos códigos establecen que los costes no necesitan ser divididos si la diferencia es menor y no causa costes adicionales. Ver, por ejemplo: El Código de Procedimiento civil austriaco, artículo 43(2); la sección 316(2) del Código de Dinamarca; la sección 174 del Código de Noruega.

<sup>83</sup> RT 1985/505.

<sup>84</sup> Ver, por ejemplo, *Pearman v. Baroness Burdett-Coutts*, 3 T.L.R. 719, 720 (1887) (al demandante se le negó la indemnización de los costes legales después de haber demandado 600 libras como indemnización y haber recibido por el tribunal sólo 50 libras).



demandado puede trasladar el riesgo del coste legal parcialmente al demandante mediante «el pago en el tribunal» (*«paying into court»*) de una cantidad que constituye su oferta de negociación, la cual el demandante puede aceptar o no. Si el demandante acepta, el caso se termina y tiene derecho a sus costes legales. Si se mantiene en la petición de una indemnización mayor y tiene éxito, también tiene derecho a sus costes legales por la cantidad total. Pero si la sentencia no es igual o es menor que la cantidad indemnizada por el tribunal, el demandante, aunque haya tenido éxito, debe reembolsar al demandado los costes en los que éste haya incurrido después del momento en que hizo el *«paying into court»*. El espíritu de esta norma es claramente el de incentivar las negociaciones entre las partes.

Aunque se reconoce que el hecho objetivo de perder es base suficiente para imponer los costes en la parte perdedora, también se reconocen ciertas excepciones y matizaciones a la regla general.

Las siguientes son algunas de las excepciones más comunes:

1. *Acción no provocada*: Si un demandado no ha provocado al demandante y reconoce la demanda inmediatamente, demostrando con ello que la acción no era necesaria, usualmente no sólo se verá libre de la obligación de pagar los costes del demandante<sup>85</sup>, sino que el demandante —aunque técnicamente sea el ganador— será obligado a pagar los costes legales del demandado<sup>86</sup>.

2. *Ignorancia excusable de hechos materiales*: Si el demandante gana en base a unos hechos que el demandado no conocía o no podía esperarse que conociera antes del comienzo de la acción, el Código sueco permite que los costes se repartan entre las partes<sup>87</sup>.

3. *Dudas substanciales mutuas sobre los hechos*: Estas dudas pueden justificar que la parte litigue de buena fe, así como justificar la decisión de repartir los costes entre las partes<sup>88</sup>.

4. *Dudas sobre la ley*: Los tribunales y parlamentos han sido reticentes a reconocer el valor de las dudas que sobre la ley tengan las partes del proceso. Sólo las reconoce el Código noruego<sup>89</sup>. En otros países,

---

<sup>85</sup> Por ejemplo, el Código de Suecia, capítulo 18, 3.

<sup>86</sup> Ver, por ejemplo, el Código de Procedimiento civil de Austria, sección 45.

<sup>87</sup> Ver el capítulo 18, 3 del Código de Suecia.

<sup>88</sup> El Código de Procedimiento civil de Grecia en el artículo 179 permite que no se indemnicen los costes legales si el tribunal llega a la conclusión de que el perdedor «tuvo dudas justificadas sobre el resultado del caso».

<sup>89</sup> Ver la sección 172 del Código de Noruega.

la doctrina ha declarado que las dudas sobre la ley aplicable no suponen una excepción a la regla general<sup>90</sup>.

5. *Apelaciones*: Parece justo que si se niega la apelación la parte perdedora corra con los gastos. Pero, si la apelación tiene éxito y la sentencia del tribunal menor es negada, la parte que ganó en el nivel menor y sólo ha perdido en apelación puede argumentar que al menos un tribunal estaba de acuerdo con su postura, por lo que no estaba del todo equivocado al interponer o contestar a la demanda. El argumento es más persuasivo cuando el caso, como consecuencia de la apelación, da lugar a un nuevo juicio. La regla general es que todos los costes legales incurridos en todos los niveles siguen al resultado final del caso<sup>91</sup>.

Existe una excepción importante: si la decisión apelada se basa en hechos nuevos que podían haber sido presentados en el tribunal menor (y presumiblemente habrían hecho la apelación innecesaria) los costes de la apelación pueden recaer sobre la parte ganadora<sup>92</sup>.

6. *Procedimientos innecesarios*: La parte ganadora tiene derecho a reembolso sólo por aquellos costes que fueran necesarios para ganar la acción<sup>93</sup>. Esto supone una limitación de los tipos y de las cantidades de gastos reembolsables. Limitar la aplicación de la regla a los costes legales necesarios ha hecho que estas reglas se conviertan en una herramienta para promover la economía procesal, la obligación de buena fe, la apertura y la cooperación entre los litigantes.

Consecuentemente, si la parte ha causado costes por procedimientos innecesarios, no sólo verá impedido el reembolso de sus propios costes, sino que deberá reembolsar los de la otra parte, sin tener en cuenta el resultado.

7. *Acciones entre parientes*: Los Códigos de Bélgica y Holanda contienen regulaciones expresas sobre esta cuestión<sup>94</sup>. La razón parece estar en los especiales lazos económicos y sociales que existen entre los parientes.

Respecto al procedimiento utilizado por los tribunales para calcular los costes legales, dos son las prácticas más extendidas. En algunas ju-

---

<sup>90</sup> Ver PFENNIGSTORF, W., «The European Experience...», cit., p. 50.

<sup>91</sup> Ver, por ejemplo:

La sección 50 del Código de Austria; la sección 318 del Código de Dinamarca; el capítulo 18, 15 del Código de Suecia.

<sup>92</sup> Ver la sección 97 (2) del Código de Alemania.

<sup>93</sup> Ver la sección 41(1) del Código de Austria; la sección 312(2) del Código de Dinamarca; la sección 91(1) del Código de Alemania.

<sup>94</sup> Ver el artículo 1.017 del Código de Bélgica y el artículo 56(1) del Código de Holanda.

jurisdicciones, el tribunal, en la sentencia, decide qué parte tiene que soportar los costes totales o qué fracción de los costes totales debe nacer en una u otra parte. En estos casos, la cantidad precisa por costes legales se concreta posteriormente por los oficiales del tribunal. Así se hace en Inglaterra, Alemania e Italia. En un segundo grupo de jurisdicciones, es el tribunal el que decide la cantidad económica concreta de costes legales que debe ser indemnizada<sup>95</sup>. El código francés diferencia entre los costes del tribunal que son valorados en la sentencia<sup>96</sup> y otros gastos incurridos por la parte ganadora que son determinados por los oficiales del tribunal<sup>97</sup>.

En España, el movimiento a favor de establecer la regla del vencimiento en el tema de las costes legales se plasmó en la Ley de Reforma Urgente de la ley de Enjuiciamiento Civil del 6 de agosto de 1984. Esta Ley incorporó una nueva sección en el capítulo dedicado a las Disposiciones Generales de los juicios declarativos compuesta de un solo artículo, el 523, bajo la rúbrica «De la Condena en Costas». Antes de la Ley del 6 de agosto de 1984, la Ley de Enjuiciamiento Civil carecía de una regulación general sobre el pago de costas. Sólo en algunos juicios o instancias se imponían las costas al litigante vencido<sup>98</sup>. El Tribunal Supremo había resuelto esta laguna legal con la regla general de que cada parte debía satisfacer sus costas y las comunes por mitad. La excepción a la regla general consistía en que se imponían las costas sobre el litigante en que se apreciara temeridad o mala fe en su actuación procesal, bien al demandar o al oponerse<sup>99</sup>.

A partir de 1984, la regla general es que se imponen las costas de primera instancia a la parte cuyas pretensiones hubieran sido totalmente rechazadas<sup>100</sup>. Excepcionalmente, la Ley permite que el Juez, aun desestimando totalmente las pretensiones de una parte, no imponga las costas por concurrir «circunstancias excepcionales». La Ley no señala cuáles pueden ser esas «circunstancias excepcionales», lo cual deja un amplio margen a la discrecionalidad judicial.

Para los casos en los que se estima o desestima de forma parcial las pretensiones de las partes, la Ley señala un criterio general y otro ex-

---

<sup>95</sup> Por ejemplo la sección 53 del Código de Austria; la sección 312(2) del Código de Dinamarca; el artículo 56(3) del Código de Holanda.

<sup>96</sup> Ver el artículo 710 del Código de Francia.

<sup>97</sup> Ver los artículos 704-708 del Código de Francia.

<sup>98</sup> Por ejemplo el art. 1.582 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

<sup>99</sup> El fundamento para esta excepción estaba en la responsabilidad extracontractual recogida en el art. 1.902 del Código civil.

<sup>100</sup> El criterio objetivo de vencimiento rige también para las costas causadas en la segunda instancia o alzada.

cepcional. El criterio general es que en estos casos cada una de las partes debe pagar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad. El criterio excepcional es que, no obstante, aun con estimación parcial de las pretensiones de las partes, se pueden imponer las costas a una sola que hubiese litigado con temeridad.

## 2. Situación en Europa de los *contingent fees*

Existe un punto de acuerdo general entre los países europeos sobre los acuerdos de *cuota litis* —del tipo comúnmente utilizado en los Estados Unidos en los casos de responsabilidad por lesiones personales— según el cual están, o bien prohibidos expresamente, o bien no se consideran éticos.

La práctica jurídica norteamericana parece aceptar los honorarios contingentes como una alternativa preferible a la ayuda legal. Los europeos, en contraste, parecen considerar la ayuda legal como respuesta preferible y están menos inclinados a abandonar posturas éticas tradicionales en relación a los acuerdos contingentes<sup>101</sup>.

La aceptación de los *contingent fees* en los Estados Unidos no plantea serios problemas porque, bajo la regla americana, el litigante sólo tiene que preocuparse por sus propios costes, y los acuerdos contingentes ofrecen una respuesta, gane o pierda. Un demandante europeo, en contraste, si pierde el caso debe abonar los honorarios de la otra parte, y para esta posibilidad, el acuerdo *cuota litis* no parece una respuesta adecuada. En opinión del profesor Pfennigstorf<sup>102</sup>, se podría decir que los europeos, en contraste con los norteamericanos, desarrollaron el seguro de gastos legales con anterioridad. Este seguro resuelve los problemas del demandante europeo mejor que el *contingent fee*, puesto que no sólo cubre los honorarios de su propio abogado —sin reducir la cantidad de la indemnización recibida por el demandante— sino que también los costes legales del oponente en el caso de que pierda<sup>103</sup>.

Finalmente, mientras que las jurisdicciones europeas son uniformes<sup>104</sup> en cuanto a negar la práctica de los *contingent fees*, en al menos

---

<sup>101</sup> Ver VIGORITI, «Access to Justice in Italy», en *Access to Justice*, vol. 2, 1979, pp. 649 y ss.

<sup>102</sup> PFENNIGSTORF, W., «The European Experience...», cit., p. 61.

<sup>103</sup> PFENNIGSTORF, W., «The European experience in Legal Expense Insurance», en *Legal Services Plans: Approaches to Regulation*, 1977, pp. 487 y ss.

<sup>104</sup> Por ejemplo, en Austria los pactos de *cuota litis* están prohibidos en el art. 879 del Código civil general. También en Bélgica (art. 459 del Código Judicial), Holanda (*Code of Conduct od Advocates* 1992, rule 25).

algunas de ellas las reglas existentes sobre la forma de calcular los honorarios de los abogados producen resultados que en muchos aspectos son similares a los acuerdos de *contingent fee*, especialmente si se contempla a los litigantes de baja renta.

El criterio más importante para establecer los honorarios de los abogados en muchos países europeos es la cantidad en controversia. La cantidad de trabajo realmente realizado es raramente considerada. Así, el honorario de un abogado que representa una demanda de lesiones personales es mayor si la cantidad indemnizatoria reclamada y concedida es notable. Si la indemnización es pequeña, los honorarios del abogado también serán pequeños, sin tener en cuenta el número de horas invertidas en el caso.

El resultado es, en opinión de Pfennigstorf<sup>105</sup>, y desde la perspectiva del abogado, no muy diferente al de la regla americana de honorarios contingentes. Desde la perspectiva del cliente, existe una diferencia importante. Si el tribunal decide a su favor, recibe el 100% de la cantidad indemnizatoria dada por el tribunal, y los honorarios de su abogado serán abonados por su oponente. Si el tribunal rechaza la demanda, se enfrenta a las obligaciones legales tanto de su abogado como a las del abogado del demandado.

### 3. Algunos supuestos concretos (en particular, procesos civiles de reclamación de daños a la persona)<sup>106</sup>

En Australia los acuerdos de *cuota litis* están prohibidos. Sin embargo, existen algunas firmas de abogados que aceptan casos de lesiones a la persona en base a «si no se gana no se cobra».

En Austria el derecho del abogado a recibir remuneración se recoge en la *Attorney's Fee Ordinance* y depende no sólo del tipo de trabajo realizado sino también de la cantidad en disputa. No se permiten los acuerdos de *contingent fees*, la prohibición se recoge en el Código civil general, artículo 879.

En Alemania los acuerdos de *contingent fees* están prohibidos. El principio general es que los costes legales (incluidos los honorarios del abogado) forman parte de la demanda. Todos los casos por lesiones personales siguen un catálogo de honorarios establecido por ley, aunque se permite la posibilidad de un acuerdo separado entre el abogado

---

<sup>105</sup> PFENNIGSTORF, W., «The European Experience...», cit., p. 61.

<sup>106</sup> Para más información ver, *International Personal Injury Compensation*, General Editor: CAMPBELL, D., Swett & Maxwell, London, 1996.

y su cliente. Si hay acuerdo entre el abogado y el cliente, por ejemplo que los honorarios del primero serán de 10.000 marcos, pero el catálogo legal establece un pago de 4.000 marcos, si asumimos que ganan el caso, la parte perdedora esta obligada a pagar sólo la cantidad que establece el catálogo. Si pierden el caso, el cliente está obligado a pagar los 10.000 marcos acordados, así como los costes de la otra parte establecidos según el catálogo

En Bélgica también se prohíben los acuerdos contingentes (Código Judicial, art. 459). Para el cálculo de los honorarios se utilizan los criterios de: situación final del cliente, la importancia y urgencia de la cuestión, la dificultad del caso y el resultado y, por último, la experiencia y conocimientos del abogado.

En Dinamarca, la *Det Danske Advokatsamfund* ha establecido ratios fijos para el cálculo de los honorarios. El honorario es un porcentaje del valor del caso, pero puede ser alterado dependiendo de la naturaleza del caso y de factores como la complejidad e importancia del mismo y el tiempo dedicado. En Dinamarca se permite el acuerdo entre el abogado y el cliente para que los honorarios del abogado sean mayores si el caso se gana. Sin embargo, está prohibido el acuerdo por el que el honorario constituiría una parte concreta de la indemnización de la víctima.

En Francia, no hay una regla general que gobierne los honorarios de los abogados. Algunos abogados basan sus honorarios en un ratio horario, otros acuerdan con sus abogados una cantidad fija más un plus basado en los resultados alcanzados. La parte del honorario basada en los resultados alcanzados debe ser «razonable». Como regla general, los acuerdos de *cuota litis* están prohibidos. En los casos civiles, el abogado tiene derecho a *moluments*; es decir, a un tipo de remuneración establecida de acuerdo con una escala nacional. Parece que en la práctica los abogados, en los casos de lesiones personales normalmente basan sus honorarios en el resultado obtenido más que en la escala nacional, ya que las cantidades que resultan de esta última son pequeñas.

En Holanda los honorarios indemnizados por el tribunal tienen que estar basados en la *Liquidatie-tarief Rechbanken en Hoven*. El punto de partida de esta tarifa es que un cliente nunca resultará indemnizado con el 100% de sus costes legales. La tarifa no es muy generosa, y usualmente sólo el 10% o el 15% de los honorarios serán reembolsados a la parte ganadora. Los honorarios se establecen teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, y según el Código de conducta de los abogados de 1992, regla 25, no pueden ser muy altos pero tampoco muy bajos. En este código también se recoge la prohibición del pacto de *cuota litis*. Sin embargo, en Holanda sí encontramos una tarifa básica

horaria que se revisa cada pocos años (el 1 de enero de 1996 la tarifa era de 290 NGL). En un futuro cercano, los honorarios quedarán al arbitrio de cada firma en particular.

En Nueva Zelanda, aunque los acuerdos contingentes no están prohibidos de forma expresa por la regla 3.01(4) de la *Rules of Professional Conduct for Barristers and Solicitors*, la decisión del Tribunal de Apelación inglés de *Wallersteiner v. Noir*<sup>107</sup> y la de Tribunal de Apelación de Nueva Zelanda de *Mills v. Rogers*<sup>108</sup> han hecho que para algunos supuestos los acuerdos de *cuota litis* se consideren contrarios al orden público. Como resultado, no es común que las firmas de abogados de Nueva Zelanda basen sus honorarios en acuerdos contingentes, sino más bien en las horas dedicadas y el tipo de caso.

En Noruega tampoco se permiten los acuerdos de *cuota litis*, llamados «*no cure, no pay*», y el honorario normalmente se establece en base al trabajo realizado por el abogado.

En la provincia de British Columbia de Canadá existen tres métodos convencionales para retribuir el trabajo del abogado: el acuerdo de un honorario fijo, un ratio horario, y los acuerdos de *contingent fee*. El método más común en los casos de lesiones a la persona es el del *contingent fee*. Los porcentajes varían, pero se suelen mover entre el 25% y el 33,33%, dependiendo de la magnitud y de la complejidad de la demanda. El porcentaje raramente excede del 40%. Para cuestiones distintas a las lesiones a la persona el método comúnmente utilizado es el del ratio horario.

En España, los honorarios de los abogados se fijan libremente, teniendo en cuenta diversos factores: cuantía económica del asunto, dificultad, éxito, etc. No existe ninguna regla general, aunque los Colegios de Abogados acostumbran a promulgar unas normas, bien de orientación, bien fijando unos honorarios mínimos, para evitar la competencia desleal. Las normas colegiales no tienen carácter vinculante.

El Real Decreto Ley 5/96, de 7 de junio, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios Profesionales (BOE n.º 139) modifica la Ley 2/1974, de 13 de febrero, reguladora de los Colegios Profesionales. Se modifica el art. 2.1. que queda redactado de la siguiente forma:

«El Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, garantizan el ejercicio de las profesiones colegiadas de conformidad con lo dispuesto en las Leyes.

---

<sup>107</sup> (No. 2) (1975) Q.B. 373.

<sup>108</sup> (1899) 18 N.Z.L.R. 291.

El ejercicio de las profesiones colegiadas se realizará en régimen de libre competencia y, sin perjuicio de la legislación general y específica aplicable en la ordenación sustantiva propia de cada profesión, estará sujeto, en cuanto a la oferta de servicios y fijación de su remuneración, a la Ley sobre Defensa de la Competencia y a la Ley sobre Competencia Desleal.»

Se introduce un nuevo apartado 4 en el artículo 2, con la siguiente redacción:

«Los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios con trascendencia económica observarán los límites del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, sin perjuicio de que los Colegios puedan solicitar la autorización singular prevista en el artículo 3 de dicha Ley.»

Se modifica el párrafo ñ) del artículo 5, que queda redactado de la siguiente forma:

«ñ) Establecer baremos de honorarios, que tendrán carácter meramente orientativo.»

Para evitar el posible abuso —por parte del vencedor o su letrado— en el momento de fijar sus honorarios, se establece un límite en el caso de condena en costas: el condenado sólo estará obligado a pagar —de la parte que corresponde a los abogados, peritos y demás funcionarios que no estén sujetos a aranceles— una cantidad total que no exceda de la tercera parte de la cuantía del proceso; a estos efectos las pretensiones inestimables se valorarán en un millón de pesetas<sup>109</sup>.

## V. POSTURA DEL ANALISIS ECONOMICO DEL DERECHO

Resulta muy difícil —si no imposible— contestar a la pregunta de si la diferencia entre las reglas europeas y norteamericanas suponen una diferencia real en el mundo de las demandas judiciales, en la congestión de los tribunales y los retrasos. En otras palabras, ¿tienen las reglas europeas sobre costes legales un mayor efecto disuasorio para los posibles litigantes o por el contrario incentivan estas reglas un mayor número de demandas?

La búsqueda de una respuesta para esta pregunta nos llevaría en primer lugar a analizar qué se considera por demanda «buena» o «mala», lo cual es casi imposible de contestar con criterios objetivos.

<sup>109</sup> Este límite no rige cuando el Juez estime la temeridad del litigante condenado a costas, Ley de Enjuiciamiento civil, art. 523.4º.



En los Estados Unidos existe una amplia literatura, dentro del campo del análisis económico del Derecho, que ha tratado de responder a estas cuestiones. El Juez Posner y el profesor Shavell llegaron a la conclusión de que la regla inglesa reduce la probabilidad de la negociación entre las partes<sup>110</sup>, es decir, que da lugar a un menor volumen de negociación extrajudicial.

Posner y Shavell comienzan con la asunción de que las partes en el proceso estimarán en términos económicos cuál será la tarifa si es que van a juicio<sup>111</sup>. Estos autores asumen que son tres los factores relevantes en la toma de esta decisión: la probabilidad de que el demandante tenga éxito en el proceso, la cantidad en controversia, y los costes legales de ambas partes. De acuerdo con esta premisa, pongamos que  $P_p$  representa la estimación del demandante de su probabilidad de tener éxito en el juicio,  $P_d$  la estimación que hace el demandado de que el demandante tendrá éxito en el juicio,  $D$  será la indemnización que se concederá por el tribunal si el demandante tiene éxito, y  $C_p$  y  $C_d$  los costes legales en los que incurrirán el demandante y el demandado respectivamente.

*La regla americana:* El beneficio esperado para el demandante (BEp) y el coste esperado (CEd) para el demandando por ir a juicio serán:

- (1)  $BEp = P_p \times D - C_p$
- (2)  $CEd = P_d \times D - C_d$

Posner y Shavell asumen que el caso será negociado si  $BEp < CEd$ , porque en este caso la cantidad resultante de la negociación colocará a las partes en mejor posición de la que esperan estar si van a juicio. Por lo tanto, la condición para que se dé la negociación es:

- (3)  $P_p \times D - C_p < P_d \times D + C_d$ , o de forma equivalente
- (4)  $P_p - P_d < (C_p + C_d) / D$  (división)  $D$ .

*La regla inglesa:* El requisito de que la parte perdedora deba pagar los costes de ambas partes afectará a los costes y a los beneficios esperados de ir a juicio. Los costes legales esperados de cada parte deberán estimarse en base a la probabilidad de que pierda, y ser luego multipli-

---

<sup>110</sup> POSNER, *Economic Analysis of Law*, 3.<sup>a</sup> ed., Little Brown and Company, Boston, 1986, pp. 537-40; SHAVELL, *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, Cambridge, Mass, 1987, p. 65.

<sup>111</sup> Ver POSNER, *Economic Analysis of Law...* cit, p. 523; SHAVELL, *Economic Analysis of Accident Law...* cit., p. 56.

cados por la suma de  $C_p$  y  $C_d$ . Teniendo en cuenta este hecho, podemos computar los beneficios esperados para el demandante y los costes esperados para el demandado de ir a juicio:

$$(5) \text{ BEp} = P_p \times D - ((I) - P_p) (C_p + C_d)$$

$$(6) \text{ CEEd} = P_d \times D + P_d (C_p + C_d)$$

Nuevamente, la condición para que se dé la negociación es que  $\text{BEp} < \text{CEEd}$ , o

$$(7) P_p \times D - ((I) - P_p) (C_p + C_d) < P_d \times D + P_d (C_p + C_d)$$

lo que da lugar a la siguiente condición:

$$(8) P_p - P_d < ((I) - P_p + P_d) (C_p + C_d) \text{ (división) } D.$$

La primera cuestión a resaltar sobre las diferencias en (4) y (8) es que si  $P_p = P_d$ , las dos condiciones son equivalentes. En otras palabras, el resultado bajo la regla americana o bajo la regla inglesa será idéntico cuando las partes tengan la misma visión sobre la probabilidad de éxito en el tribunal. Segundo, debido a que las fórmulas del (4) y del (8) difieren en su parte derecha, parece claro que cuando  $P_p$  y  $P_d$  no sean iguales, las condiciones de negociación son diferentes bajo la regla americana y bajo la regla inglesa. Sin embargo, con este análisis todavía no está claro si el paso del sistema americano al sistema británico incrementará o descenderá el nivel de negociaciones entre las partes.

Supongamos que los costes totales son aproximadamente la mitad de la indemnización total en caso de que se llegue a un proceso. En otras palabras  $(C_p + C_d): D = 0,5$ . Colocando esta suposición en (4) y (8) nos da las siguientes condiciones de negociación:

*Regla americana*

$$(9) P_p - P_d < 0,5.$$

*Regla inglesa*

$$(10) P_p - P_d < ((I) - P_p + P_d) \times 0,5, \text{ lo cual es equivalente a:}$$

$$(11) P_p - P_d < 0,33.$$

Bajo ambos regímenes legales, cuando el demandante sea menos optimista que el demandado sobre sus posibilidades de éxito —es decir si  $P_p < P_d$ — el caso se negociará porque las condiciones (9) y (11) se ven satisfechas. Pero en los casos en los que  $P_p > P_d$ , casos en los que las partes son ambas relativamente optimistas, la sección (9) indica que, bajo el sistema americano, la diferencia entre las estimaciones del demandante y del demandado sobre la posibilidad de éxito en el proce-

so tiene que exceder del 0,5 para que el caso vaya a juicio. La sección (11) revela que, bajo la regla inglesa, el nivel de desacuerdo dentro del cual la negociación tendrá lugar es sólo de 0,33. En otras palabras, lo que Posner y Shavell están diciendo es que el nivel de negociaciones en los Estados Unidos descenderá si se adopta la regla inglesa sobre costes legales. De acuerdo con estos autores, la oportunidad de evitar costes legales sirve como incentivo para la negociación<sup>112</sup>.

## VI. REFORMAS

En las últimas dos décadas algunos parlamentos estatales norteamericanos han reformado las reglas que tratan los honorarios de los abogados. Sin embargo, no existe uniformidad sobre las normas adoptadas. Algunos estados han creado escalas móviles de honorarios, otros han impuesto un límite máximo sobre el porcentaje de la indemnización que puede corresponder a los honorarios, y por último, varios estados han instituido la posibilidad de que el tribunal revise los honorarios del abogado si no lo considera razonables.

Por ejemplo, en Illinois según los *Illinois Review Statutes*, capítulo 11, sección 2-1114, de 1985:

«En todas las acciones por negligencia médica, el honorario contingente total del abogado del demandante no excederá de las siguientes cantidades: (1) 33,33% de los primeros 150.000 dólares de la indemnización; (2) 25% de los siguientes 850.000 dólares; (3) 20% de cualquier cantidad que supere el millón de dólares.»

En Idaho (*Idaho Code* 39-4213, 1975) se optó por establecer un porcentaje máximo:

«En el caso de un demandante que solicite indemnización por lesiones médicas firme un contrato *contingent fee* con su abogado, los honorarios iguales o superiores al 40% de la cantidad indemnizada se presumirá que son irrazonables.»

Una medida similar fue la adoptada en Florida (*Florida Statutes* 766.207.209, 1988):

---

<sup>112</sup> El análisis realizado por Posner y por Shavell fue duramente contestado en el comentario de *Harvard Law Review* (vol. 104, 1990-91, p. 1.119) alegando que este razonamiento estaba equivocado porque no se había tenido en cuenta el Teorema de Coase. Según este último artículo una correcta aplicación del Teorema de Coase al modelo de Posner y Shavell revelaría que las partes tomarían las mismas decisiones en relación a la negociación extrajudicial, tanto bajo una regla como bajo la otra.

«Cuando las partes de una demanda por negligencia médica han acordado voluntariamente el arbitraje, los honorarios del abogado del demandante y otros costes no excederán del 15% de la indemnización. Cuando el demandante ha rechazado la oferta de arbitraje, los honorarios de su abogado no excederán del 25% de la indemnización.»

Por último, en Hawai encontramos el ejemplo de un Estado que ha optado por permitir que sea el tribunal el que determine si los honorarios son razonables o no (*Hawaii Review Statutes* 607-15.5 (1986)):

«En todas las acciones de daños en las que se emita una sentencia por el tribunal, los honorarios de los abogados del demandante y del demandado deberán limitarse a una cantidad razonable aprobada por el tribunal.»

La reforma de los *contingent fees* no se ha aceptado de forma pacífica, y ha sido sometida a recursos de inconstitucionalidad. La mayoría de estos recursos han fallado a favor de la constitucionalidad de la reforma. En *Bernier v. Burris*<sup>113</sup>, el Tribunal Supremo de Illinois declaró la constitucionalidad de la ley que creaba límites sobre los honorarios de los abogados. En opinión del Tribunal, el Parlamento de Illinois no había interferido en la autoridad del tribunal de supervisar los acuerdos contingentes, ya que la ley permite a éste establecer un honorario mayor en los casos en los que se considere apropiado.

---

<sup>113</sup> 497 N.E. 2d 763 (Ill. 1986).

# EFICACIA Y EFECTIVIDAD DEL DERECHO

Manuel María Zorrilla Ruiz

Catedrático de la Universidad de Deusto  
Profesor Visitante de la Universidad «Montesquieu» de Burdeos (Francia)  
y de la Universidad de Łódz (Polonia)

## 1. Perspectivas generales de la eficacia del Derecho

La aptitud del Derecho para desencadenar las transformaciones que se esperan de la vigencia de sus normas, depende de *la dosis de voluntad y de interés* con que el poder público las hace cumplir y consuma satisfactoriamente sus efectos. El poder que así actúa, se conduce al modo de un *poder-función* que —al contrario de la desnudez del *poder-fuerza-física* o de la compulsión desmedida que refleja su *rostro diabólico*— persigue objetivos morales y sociales, cuyo alcance y conservación prueban su eficacia, y se caracteriza por la tenacidad con que va en busca de ellos y por la energía con que, una vez logrados, los defiende.

Las expresiones del Derecho que tienen la naturaleza de *normas jurídicas*, se proponen servir al *interés general* o, lo que es lo mismo, facilitar el acceso de la sociedad al *bien común* que se traduce en el *conjunto de exigencias de la coexistencia, de la colaboración y de la participación*. Reflejo, todas ellas, de los frentes o espacios sociales en que se localizan los procesos de crecimiento individual y de desarrollo de los grupos de personas físicas que se integran en las comunidades respectivas.

El Derecho produce sus efectos gracias a la fuerza moral y el vigor lógico de los *presupuestos intelectualistas* —que prefieren un futuro basado en el decisionismo justo del legislador— o a la insistencia —fanática en ciertas ocasiones— con que las *actitudes voluntaristas* adoptan posiciones coyunturales o pragmáticas que no comulgan con la continuidad de las inspiraciones éticas.

El Derecho adquiere una *virtud transformadora* cuando sus esfuerzos de disuasión preventiva y corrección terapéutica no se disipan en

pos de objetivos falsos o mal seleccionados, sino que fijan acertadamente las *condiciones de generalidad* con que se intenta responder a las demandas sociales significativas y dignas de atención. Esta pulcra *tarea de racionalización* —que, a primera vista, se desentiende de las cosas concretas y apuesta por vastos horizontes— incluye un *ingrediente de eficacia*, cuya tenacidad constructiva garantiza la calidad de las fórmulas a que se recurre para afrontar los problemas nacidos de los conflictos que el Derecho compone o trata de evitar.

La causa de un *Derecho eficaz* —llamado a confiar en la contribución valiosa de los moralistas a la *faena existencial* de su saludable formación— se ha visto entorpecida siempre por la incomunicación, irreversible e infeliz, que ha existido entre aquéllos y las comunidades de juristas. Alienados, los unos, en la fabricación simulada de una historia a cuyos *episodios retadores* han vuelto la espalda, no sin temer su proliferación y estar informados de su frecuencia abrumadora. Dedicados, los otros, a encontrar soluciones que, unas veces, contienen *medidas de socialidad superficial* y, otras, acusan un *hipergarantismo de desolación y desgaste sociales*, siempre indecisos ante la vocación de las razones éticas con las que no se identifican comprometidamente.

Las reacciones de la *comunidad internacional* son la demostración —escandalosa, cuando más, o desedificante, cuando menos— de la distancia que separa sus cuerpos morales de doctrina —auténtico depósito de las *verdades del orden natural*— del escaso fuste de las medidas ejecutivas que se adoptan, si llega el momento —pospuesto indefinidamente o aplazado demasiadas veces— de emprender las acciones jurídicas que reclaman los atentados contra la vida humana y la existencia de las comunidades.

El Derecho gana en eficacia porque, apoyándose en la indispensable *solidaridad colectiva* (art. 45.2 CE), intenta repartir, fuera de todo agravio comparativo, los *bienes escasos* en que consisten una *libertad* y una *igualdad* cuya síntesis —ni mezquinamente igualitaria ni desmesuradamente liberal— muestra la imagen de la *justicia plena y no desfigurada* que de antiguo se viene propugnando.

El Derecho es denostado por quienes sólo aciertan a ver en sus operaciones lo complejo y, a veces, esotérico de unos tecnicismos que, lejos de cualquier arbitrariedad, se explican por la necesidad de aunar los valores de la justicia y la seguridad jurídica (arts. 1.1 y 9.3 CE). El Derecho merece y recibe el elogio de cuantos le juzgan insustituible para promover, flexibilizar y acrecentar los vínculos entre los individuos y/o las comunidades. Si el Derecho gana en aceptación y prestigio, es porque sabe estar al servicio de los *intereses generales* que, en cada círcu-

lo o sector de las sociedades pluralistas (art. 20.3 CE), reclaman el auxilio de las normas jurídicas que cuidan de esas exigencias. El Derecho impera merced a la coerción —que se atiende a criterios de sana posibilidad— de la autoridad —que se acata por razones múltiples, cuya definición y deslinde son harto difíciles— y a la *aceptación reflexiva*, todo lo contrario del *buen obedecer*, de los destinatarios de sus normas.

El Derecho obtiene resultados positivos en la medida que sus soluciones se adaptan a los *criterios razonables* que justifican la intervención coactiva de los poderes públicos. Para que así sea, el Estado social y democrático de Derecho —que se inspira en pautas de tecnificación jurídica y progreso social— necesita de los controles destinados a disuadir de las tentaciones de *ejercicio abusivo* del poder. Utiliza fórmulas que —como la censura jurisdiccional ordinaria de los actos del poder ejecutivo o la fiscalización de las decisiones inconstitucionales (arts. 106.1 y 161.1 a CE)— aquí y ahora pasan a ocupar el lugar del que, según un viejo postulado de la doctrina del orden natural, era el *derecho histórico de resistencia* frente a las demasías del poder injusto. La atenuación de las *tentaciones totalitarias* del Derecho no sólo obedece a las razones éticas que aconsejan ir detrás de sus pasos, sino también a las condiciones racionalizadoras que aparecen cuando el Derecho del Estado coexiste con uno o más ordenamientos jurídicos extraestatales y reclama un *sistema de interrelaciones* que garantiza su equilibrio mutuo.

El Derecho intensifica su eficacia cuando las conexiones del *Estado-ordenamiento* y el *Estado-comunidad* fomentan la prosperidad de sus *reservas éticas* y aumentan las oportunidades de ajustarse a estos imperativos. El Estado-comunidad —que procede de la conversión de las colectividades de origen en comunidades reflexivas y del advenimiento de éstas a otras formas de cooperación y convivencia más perfectas— esboza las *líneas de fuerza* de los proyectos sociales que el Derecho objetivo acoge, depura y asimila. El Estado-ordenamiento logra, a costa de las precisiones y reajustes que posibilitan la distensión normalizadora de los conflictos sociales, un *óptimo de organización* que armoniza la *paz social* —uno de los elementos de la noción tradicional de *orden público*— con la autonomía de los grupos que nacen y crecen en su seno (arts. 9.2 y 10.1 CE). El *esfuerzo de transformación* —debido a incentivos variables y superadores de las tentaciones de sometimiento o de rutina— revela cómo, más allá del *concepto jurídico determinado de eficacia*, interviene un *concepto jurídico indeterminado de efectividad*. La *eficacia* implica, entre otras acepciones, que el Derecho beneficia a cuantos ostentan la cualidad de portadores de un

*interés legítimo* —signo de la utilidad o ventaja pretendida— que les introduce en la esfera protectora del ordenamiento jurídico. La *efectividad* significa que, sólo si hay verdaderas oportunidades de acceder a tales beneficios, el Derecho rinde un servicio auténtico a la comunidad y acredita su sincero propósito de tutela y de cambio. Cambio que no es, al uso civilístico de las *obligaciones de medios* o de simple actividad, un estéril y vano despliegue de energías, caracterizado por el predominio de lo testimonial o lo retórico, sino que exige la *constancia* —algo más y distinto de la añoranza o las predicciones optimistas— de unas dosis de libertad y de igualdad que, sabia y serenamente ponderadas, arrojan un *saldo de justicia*. A medida que esta orientación gana terreno, se afianzan la buena voluntad y el optimismo de unos *poderes sociales* —inventores y protagonistas de la biografía del Estado-comunidad— a los que los *poderes públicos* transmiten un plus de regeneración que explica la razón de ser y, en su caso, el éxito de la *revolución desde dentro*. La revolución creadora de un Derecho eficaz se ha llamado *razón sin historia*, y la contrarrevolución —su hermana gemela— ha soportado el rótulo de *historia sin razón*. La *revolución desde dentro* consiste en innovar, sin merma de la sujeción de los pobres públicos al ordenamiento jurídico, los adelantos que demanda su voluntad transformadora.

## 2. Eficacia del Derecho en el marco de las posibilidades y dimensiones del ordenamiento jurídico

La acción transformada del Derecho es impensable sin la fuerza que emana del proceso creador emprendido por las colectividades inorgánicas y las comunidades primarias para acondicionar su futuro —todo un proyecto impregnado de perfección y de aventura— mediante los *factores de racionalización* que lo permiten. El Derecho —solución cultural que procede del concepto y funciones del ordenamiento jurídico— es la *causa formal* de las comunidades que, gracias a sus peculiares experiencias históricas, alcanzan el óptimo de organización que caracteriza al modelo del Estado social y democrático de Derecho (arts. 1.1 y 9.3 CE). No faltan posturas particularistas que —abundando en los excesos de los *nacionalismos resurgidos* o las torpezas de los *fundamentalismos implacables*— deterioran muchas de las adquisiciones logradas en este orden de cosas.

La máxima de que *nunca es bueno ni saludable el cálculo de los egoístas*, lo dice todo sobre las opciones del Derecho que aspiran a una eficaz aplicación de sus normas. Un Derecho moralmente devaluado



—cuando es vano el intento de hallar en sus proposiciones un atisbo de sensibilidad ética— nunca será eficaz, porque le falta el mínimo del impulso preciso para subordinar las preferencias del legislador a los requerimientos del interés general y del bienestar individual. Sólo a corto plazo puede dar la impresión —que se esfuma en seguida— de un efímero triunfo y un no menos caduco reconocimiento. El crudo voluntarismo del legislador —plasmado en consignas y promesas de escaso fuste intelectual y moral— nunca va más allá de sus designios maximalistas o domésticos, por mucha publicidad o adorno demagógico que acompañe a sus experimentos. La grandeza moral —intuida y/o adivinada, sin esfuerzo, en las acciones y reacciones que verdaderamente la llevan consigo— no es sólo una condición cualitativa del Derecho que, para el buen fin de sus operaciones, necesita de las aportaciones éticas. Representa también, andando el tiempo, el mejor y más sólido aval de su eficacia. Hay, en el fondo de las cosas, cierto recelo o resistencia —individual y social— a consumir un Derecho de mala calidad que, cuando no se rechaza de entrada, se resiente, a la larga, de ese vicio y se ve abolido por la apatía o el desuso de sus destinatarios (arts. 2.2 y 3.1 C.c.).

El Derecho triunfa y culmina la lucha emprendida en pro de su causa y sus finalidades, si, además de acoger esas inspiraciones éticas, acomoda las normas jurídicas al *pluralismo político* o, más bien, a las múltiples expresiones que este valor —ideológicamente variable— adquiere con motivo de las operaciones de animación y población del ordenamiento jurídico (arts. 6 y 66.2 CE). El Estado social y democrático de Derecho deja, por definición, de ser tal, si su estructura pelagra o se resiente ante una variedad de preferencias ideológicas, cuyas sucesiones o cambios, lejos de acarrear riesgo alguno *para su subsistencia*, deben conservar su excelencia juridicopolítica y convertirse en factores de regeneración y creatividad (arts. 1.1 y 9.3 CE).

Esos cambios acusan las variaciones naturales de la voluntad popular —en que reside originariamente la soberanía política (art. 1.2 CE)— y aportan un dato de ponderación que permite conservar un equilibrio indispensable. Los individuos y grupos intermedios imponen sus predilecciones cuando, en virtud de los procesos de actuación parlamentaria, las mayorías reflejan el mensaje vinculante de esa voluntad y las minorías defienden, a su vez, que la eventual dominación de las primeras no puede suplantarse sus determinaciones ni secuestrar sus derechos individuales y colectivos (arts. 68.1 y 69.1 CE). Ello es así porque, sin desdibujar los rasgos permanentes del Estado social y democrático de Derecho, *está fluyendo siempre* —con la ductilidad característica de su incesante retorno— *un orden natural de contenido variable* que, respetando axiomáticamente las que nunca han dejado de

constituir sus verdades centrales, evoluciona al ritmo de un espíritu móvil que facilita la *adopción existencial* de las soluciones convenientes a cada circunstancia de tiempo y de lugar. Hay una suerte de *obligación de atención y cuidado* que tiene por objeto asegurar el éxito de estos objetivos.

El vigor del Derecho se refleja en las garantías que su aplicación extrae de la síntesis de los valores de la justicia y la seguridad jurídica. El examen de las decisiones de los jueces, en particular, y, en general, el análisis de las operaciones de aplicación del Derecho, muestran que esa eficacia está favorecida por la propensión —discreta, en un principio, y creciente después— a mitigar el rigor de los preceptos positivos e incluso de las ataduras del sistema de fuentes (art. 1.1 C.c.). Esta eficacia del Derecho reclama un *uso evolutivo* o divergente que asume sus responsabilidades cuando han quedado atrás la coyuntura histórica y la oportunidad del que fue novedoso ejercicio del *uso alternativo del Derecho*. El Derecho eficaz —cuyos modos de aplicación siguen expuestos a la seducción del pluralismo político y a los toques de atención del orden natural— puede alejarse, pese a la servidumbre y el pie forzado del sistema de fuentes (art. 1.6 C.c.), de las formas rígidas de un *Derecho de preceptos* y convertirse en un *Derecho de principios* que apuesta por un sugestivo porvenir. De este futuro forman parte la simplificación del aparato normativo, la espiritualización lineal de los mensajes del legislador y el recurso —propio del *uso constitucional del Derecho*— cada vez más frecuente a los principios y/o preceptos de la legalidad fundamental. Se condesciende así con soluciones que —emanadas de la justicia constitucional y de los jueces ordinarios— parecen *menos complementarias del elemento normativo* y más *reveladoras de una costumbre judicial*, pues, lejos de resignarse a ser el eco de las palabras de las leyes, las sustituyen y transforman para actualizarlas saludablemente. La sumisión exclusiva al imperio de las normas constitucionales y ordinarias (art. 117.1 CE) es uso y aprovechamiento de las oportunidades que el ordenamiento jurídico brinda para reemplazar, a *título corrector* y no sólo interpretativo, el contenido —siempre inteligible e inequívoco— de unas reglas de Derecho en vez de las cuales se aplican los *principios resultantes de su reconversión*. Principios que, sobrepasando su identidad con esas normas, las reformulan en función de la finalidad y espíritu novísimos que les comunican las realidades sociales del tiempo y del lugar, a las que *debe atenderse fundamentalmente* (art. 3.1 C.c.), evitando toda consideración o referencia que debilite el vigor de este interesante discurso.

La penetración de las regulaciones jurídicas en los ámbitos de la vida social se debe al celo y diligencia con que los poderes públicos

cuidan de ordenar sus más importantes aspectos, no tanto para invadir esos espacios por derecho de conquista, cuanto para atisbar los horizontes abiertos al aliento y el ejercicio de las libertades. El Derecho es doblemente eficaz, porque, de una parte, confiesa el propósito de sus regulaciones y, de otra, invita al *compromiso de transformación* inseparable de cualquier proyecto solvente de progreso individual y social (art. 9.2 y cap. 3.º, tít. I CE). La eficacia del Derecho desborda el juego de las *operaciones lógicas* en que se alienan los juristas propensos a rehuir los desafíos de las realidades sociales cuya complejidad empaña la transparencia y —¿cómo no?— supera el simplismo del pensamiento deductivo, y excita a la *aventura de la busca del Derecho justo*. No basta que, usando de este pretexto aséptico e interponiendo la premisa menor de la *pequeña historia*, se llegue a la conclusión de un silogismo en que la ley, la costumbre, y los principios generales del Derecho han estampado —como elemento jurídico que individualiza la causa de pedir identificadora de la acción— la premisa mayor de ese discurso. A la hora de acondicionar las relaciones humanas, el Derecho no elude las dificultades de semejante empresa y, para superarlas, *inventa* —es decir, *descubre razonablemente*— soluciones que van integrando iniciativas expresas y tácitas, conscientes e inconscientes, predeterminadas y difusas. Todas ellas componen una *síntesis de intelección y de emoción* que no se reduce a la visión instantánea que exige la tarea de los aplicadores del Derecho. Coinciden en la medida común de la eficacia que esos protagonistas juzgan imprescindible para defender *intereses legítimos* de fisonomía y espectro variables. El *enigma de la construcción del Derecho* obliga a operaciones numerosas de distensión y ajuste, sin cuya intervención y auxilio —fruto, no pocas veces, del reflejo intuitivo o la *feliz idea*— la eficacia de las normas jurídicas se frustra o está en tela de juicio.

La eficacia del Derecho se predica también de su aptitud para administrar —mitigándolas en lo posible— las tensiones que caracterizan a los conflictos sociales. Su tratamiento no consiste en liquidarlos apresuradamente con arbitrios que se precipitan a presumir la bondad de las acciones individuales, pero que, a cambio, no computan las *dosís de flaqueza* de la condición humana. El Derecho no puede imponer, so pena de fracaso y descrédito, comportamientos o reacciones cuya imposibilidad o extraordinaria dificultad de ejecución lleve a incurrir, por exceso o defecto, en el grave *pecado de la desesperación civil*. La idea prosaica de que *lo mejor es enemigo de lo bueno*, cuenta a la hora de *condescender equitativa y razonablemente* con el dato de los desfallecimientos que debilitan el ejercicio de las potencias del alma.

### 3. Eficacia técnica de las soluciones del Derecho

La calidad y eficacia del Derecho dependen del *cuanto de animación política* que, en función de unas u otras opciones ideológicas, inspira los procesos de ideación y creación de las normas jurídicas. La elevación del *pluralismo político* al rango de *valor superior del ordenamiento jurídico* (art. 1.1 CE) significa que, aceptando los riesgos de los imponderables y/o sorpresas de esta postura novedosa, el Derecho objetivo se mantiene fiel a su *consigna de permanecer* y asegurar la aplicación —satisfactoria y duradera— de sus normas. El peso del pluralismo político no es un factor anómalo que ahuyenta, desorienta o desintegra, sino que facilita el hallazgo de nuevas *fórmulas de síntesis*, al mostrar la importancia de las aportaciones cuya fisonomía explica la contribución central que los ensayos creadores del Derecho reciben de los agentes políticos responsables de sus iniciativas. Reducir esta fecunda posibilidad a un *monismo inservible y empobrecedor*, es fomentar un fundamentalismo encubierto que no siempre cae en la cuenta de la antisocialidad de su proyecto.

A la calidad y eficacia del Derecho cooperan la correlación y consecuencia de las normas jurídicas con las orientaciones de la Historia, cuyos episodios ejemplifican el ejercicio del *don del consejo* en punto a la acogida o la repulsa de las soluciones que se miran en el espejo de sus experiencias. El Derecho objetivo comulga, así las cosas, con las enseñanzas históricas que le instruyen y ayudan a descifrar los *signos de los tiempos*. El pasado no ha quedado atrás solamente para imprimir al Derecho la nota de evocación o de nostalgia que se desinteresa de sus necesidades de eficacia, sino también para que los participantes en los procesos de perfección jurídica sepan de los aciertos que, a causa de ese aprendizaje, hay que reconocer y asimilar, y de las experiencias positivas que, liberando del error, abren los caminos de la verdad. Los testimonios de la Historia arrojan luz sobre las *empresas de reforma social* que incluyen operaciones de creación y redefinición legislativas. Dan cuenta, con lucidez abrumadora, de los datos que, según las circunstancias, son decisivos para reaccionar en clave de optimismo, de decepción o de escarmiento. La Historia registra los fenómenos de inutilización de las normas jurídicas —neutralizadas por el desuso o abolidas por las realidades sociales que, al fin, pierden su capacidad de actualizarlas— e insinúa las alternativas con que cabe renovarlas o sustituirlas. La Historia levanta también acta de las peripecias en que el Derecho —cuya eficacia se reclama— resulta imprescindible. La Historia es, en fin, una obra dramática cuya *puesta en escena* se ensaya y se repite en todas las tentativas ulteriores de análisis y de comparación.

La calidad y eficacia del Derecho mejoran cuando, al dar un paso adelante, la llamada *legislación en sentido material o vertical* (art. 149.1 núms. 6.º a 9.º, 12.º, 18.º y 22.º CE) accede a los espacios no regulados hasta entonces por las normas jurídicas escritas y penetra en ellos para desplazar a las fuentes secundarias que evitan la formación de las llamadas *lagunas del Derecho* (art. 1.1 a 3 C.c. y § 8 EMTPC.c.). Resta por estar cierto de si un Derecho objetivo que se entrega a operaciones de *regulación exhaustiva*, es más eficaz que un Derecho cuya *sobriedad normativa* genera y/o agranda otro fenómeno. El de la emergencia de *ordenamientos jurídicos extraestatales* que, aduciendo necesidades de *eficiencia y subsidiariedad*, se ocupan de aquellos conflictos que razones de origen muy vario —abundancia de cláusulas convencionales, exigencia de conocimientos técnicos especializados y/o inconvenientes de demora— aconsejan sustraer a la intervención de los poderes públicos. La demora del legislador justifica el *voto de castigo* que le recuerda el deber diligente de crear un Derecho apto para el remedio de esas situaciones, o que, ante el éxito de las alternativas de sustitución, le disuade de agotar semejante propósito y le permite entregarse a otras atenciones.

Un Derecho pretendidamente eficaz tiene que elegir sabiamente los objetivos de las acciones reguladoras que pretende llevar al mejor de los fines. Esta virtud depende de su acierto en el diagnóstico de las necesidades apreciables para satisfacerlas. No deja de ser sorprendente y paradójico que, aunque la posesión de las libertades pertenece a la intimidad de la persona y escapa al control de los sentidos, su dependencia de la realidad cosmológica las configura como *bienes que, al adquirirse y disfrutarse en condiciones de colimitación y escasez, ocupan lugar y requieren un equitativo reparto*. La eficacia del Derecho se mide también por el tino de que hace gala al regular los *intereses* —apetencia o afán de la utilidad o beneficio que cada sujeto individual o colectivo obtiene del goce de una situación a cuyo disfrute no renuncia— que la persona defiende, en cada caso, como parte del acervo de sus *bienes de vida*. El Derecho no puede permitirse la licencia de incurrir en error sustancial al realizar la *elección de los bienes y valores* cuyo régimen de reparto satisface alguno de los *intereses generales* confiados a la competencia normativa y el acierto técnico del legislador. Un *bien* es, en sentido amplio, la *parte de la realidad*, absoluta o relativamente sensible, que gratifica y acrecienta las expectativas de quienes cuentan con su contribución y, andando el tiempo, la juzgan indispensable para asegurar el cuanto de utilidad a que se aspira. Alguna relación guarda ello con la *ley del crecimiento rítmico de las necesidades*. El *valor* constituye un *bien inmaterial* cuya utilidad se percibe mediante la comprensión y la emoción, al sintetizar la *concepción natural*

de lo que significa y la *espontánea inclinación* que su aliciente está causando. Cada sector del ordenamiento jurídico que se precia de eficacia social, debe regular —por razones de propensión individual y de escasez— la suerte de los intereses comprendidos en el *círculo de bienes y derechos subjetivos* que el Derecho objetivo cuida de elegir y ordenar con alguna racionalidad.

La eficacia del Derecho es también obra de las preferencias —razonables y no descabelladas— de los destinatarios que propugnan unas u otras de las soluciones que se les debe deparar. El Derecho no puede salir al mercado como quién sabe qué bien perecedero cuya oferta se supedita a lo frívolo y veleidoso de la moda. Vicio de que adolecen las promesas y consignas radicales de los modos de actuar propios del *voluntarismo político*, pues, a la larga, es deplorable que la política legislativa no acierte a trazar la *línea de mínima continuidad y continencia*, compatible con los giros —discretos y no copernicanos— de las orientaciones ideológicas que penetran en la legislación. La *evaporación rápida* de las soluciones del Derecho deja de ser un mérito si, en favor de otra u otras comunidades o grupos, una parte del cuerpo social se ve destituida de las ventajas legítimas y razonables que el legislador le ha procurado. Uno de los aspectos criticables de la *soberanía de la ley* es la negación de la garantía expropiatoria frente a las disposiciones legislativas de carácter general (arts. 33.3 y 67.1 CE). Una de las servidumbres y grandezas del Derecho —porque haberlas, las hay y de fisonomía variopinta— es la síntesis de su *pretensión de modernidad* y del *componente conservador* de las soluciones en que abunda. La eficacia del Derecho dimana, en este punto, de combinar un *principio doctrinal de continuidad* con una *regla histórica de progreso*. El ritmo deseable de perfección para el Estado social y democrático de Derecho, presupone el normal ejercicio de los poderes públicos y, llegado el caso, la adopción de iniciativas que animan y completan los episodios descriptivos de la *revolución desde dentro* (arts. 9.2 y 10.1 CE). La elasticidad históricoevolutiva resulta decisiva para asegurar ese delicado equilibrio, porque el Derecho es, a la vez, igual a sí mismo y exponente de las demandas de un cambio que, sin merma de sus identidades, debe ocurrir sin pausas ni demoras. La eficacia del Derecho resalta la susceptibilidad de un uso provechoso que, lejos de reducir las normas jurídicas al marco de un mensaje caduco a corto plazo, extrae de ellas las *propuestas flexibles* que agilizan, mejoran o enmiendan la estrechez y el rigor de sus *propuestas originalistas*. Toda norma dúctil acoge la *voluntad que fluye* de un legislador que —si sabe actuar prudentemente y no cegado por su obsesión de omnipotencia— se adelanta a los inconvenientes de una *voluntad inmovilista* que no es del momento. Deja de

refugiarse en las motivaciones elementales de la ley y, desde su nacimiento, le transmite —como conviene a la *obra bien hecha*— la capacidad de adaptación que las tesis del *originalismo a ultranza* proscriben por sistema. Un legislador sensible a estos aspectos cuida de que la norma jurídica contenga los *elementos de flexibilidad* que facilitan los ejercicios de su interpretación correctora, liquidando los entorpecimientos del inmovilismo estéril que se resiente de todos los vicios de la *letra que mata*, y no posee ninguna de las virtudes del *espíritu que vivifica*.

Es insincero y falso el prejuicio de que la eficacia del Derecho está en razón directa de su respuesta y fidelidad incondicionales a las *demandas sociales* que reclaman su intervención en cada caso. Muchas de ellas no se recatan en exhibir un *rostro aberrante* que les priva de la razonabilidad elemental y condena a *muerte jurídica* sus pretensiones de protección legislativa. El análisis legislativo de un problema de interés general se considera justo, si la opinión pública —que ha de ser *informada y activa*, como reza una regla ya clásica, y nunca incurrir en el defecto de mostrarse *desorientada o apática*— está rotundamente convencida de que la solución deseable no puede aplazarse sin riesgo de dañar gravemente los intereses de las personas o grupos afectados. Hay razones de peso para defender que una demanda social no es justa, si la opinión pública entiende que la demora en atenderla no crea un riesgo grave de inestabilidad para los intereses en juego, ni produce suerte alguna de alarma social. El legislador debe probar que la *ley puesta en la ciudad* cuenta con vocación y probabilidades de eficacia, y que no se reduce a ser el eco de previsiones intemporales, frivolidades políticas o circunstancias que la destituyen del *valor vital* que ha de acompañarla en todo tiempo.

Un aspecto central de la eficacia del Derecho es el cumplimiento de las misiones que le incumben en punto al tratamiento de los conflictos sociales. El ordenamiento jurídico reacciona en función de la fuerza creadora y del ímpetu transformador de los distintos hechos conflictivos. Hay conflictos sociales privativos de *grupos apáticos*, a los que el Derecho ayuda en la medida necesaria para regenerar las libertades que no aciertan a promover, si bien, a causa de esta insuficiencia, el legislador regula no pocas de sus peripecias y suple las omisiones de sus protagonistas. Hay conflictos sociales de *vibración ponderada*, a los que los sectores del ordenamiento jurídico en que surgen y se desarrollan, no pierden de vista ni, por decirlo así, dejan de la mano. Hay, en fin, conflictos de *dinámica torrencial*, cuya autonomía y ansias de libertad les hacen inmunes a cualquier esfuerzo de regulación jurídica, e incluso llevan a abolir el Derecho constituido. La eficacia del Derecho difiere en unos y otros. El conflicto social no

está llamado —salvo si la exageración febril de sus tensiones degrada o disuelve toda o una parte de la sociedad en que se localiza— a disiparse, sino a prevalecer como *clave de la liberación* de los grupos y de las personas integradas en éstos (art. 9.2 CE). Son otros los rasgos distintivos del conflicto individual, que *pertenece a la patología de las relaciones humanas*, que *viola la consigna de que se puede y se debe vivir en paz con todos*, si así se lo proponen y tratan de lograrlo la recta intención y la buena voluntad de cada uno, y que *espera del Derecho el paliativo de los males que*, sin mérito alguno para la causa de lo bueno, se siguen comúnmente de su enrarecimiento.

La eficacia del Derecho depende también de la medida en que las *normas de orden público* cumplen, más o menos enérgicamente, sus cometidos de rectificación y garantía. El Derecho no puede abstenerse de limitar, llegado el caso, ciertas expansiones de la libertad, porque sólo se *vive en dignidad* cuando la idea de que *el ejercicio de las libertades —escasas y necesitadas de un reparto justo— ocupa lugar*, se coherente con la de que el Derecho puede y debe sentar las condiciones básicas que procuren esa distribución. La eficacia de las normas de orden público admite dos intensidades, según que prepondere la *concepción liberal* o prime la *configuración autoritaria* de sus regulaciones.

La eficacia del Derecho es incompleta, si la atención no se detiene en las reacciones y efectos que se siguen de sus perspectivas económicas. Una de ellas es la prioridad que, al adoptar una decisión legislativa, se fija en función del que cabe llamar *coste de inversión económica* de la norma jurídica. Algunas de éstas obedecen ciegamente las consignas de la voluntad política, imponen, sin prudencia ni pausa, sus predilecciones y constituyen, desde el punto de vista económico, una inversión infeliz e irrecomendable (arts. 31.2 y 128.1 CE). Hay leyes cuya eficacia no requiere el concurso de auxilios económicos, porque los intereses generales —a que, en su caso, atienden— se satisfacen con actos específicos o abstenciones de los poderes públicos, mientras que otras leyes sugieren proyectos inviables sin los medios de financiación que necesitan (cap. 3.º, tít. I CE). Las leyes quedan abolidas si su inadecuación a las realidades económicas —parte integrante de las realidades sociales— impide utilizar éstas como elementos de interpretación que hacen posible la sobrevivencia y, en su caso, la reformulación de la norma jurídica (art. 3.1 C.c.). La eficacia del Derecho decae si sus destinatarios actúan en clave de entendimiento económico y, tras las oportunas previsiones, concluyen en favor de la *productividad de la desobediencia*, porque la utilidad material, derivada de desatender sus mandatos y prohibiciones, compensa lo ingrato y oneroso de los efectos sancionadores a que el incumplimiento da lugar.



El Derecho *es eficaz* cuantas veces la prueba del supuesto de hecho de las normas jurídicas facilita la producción de los efectos que establecen. Lo contrario es ineficacia, desuso o abolición de las normas jurídicas que lo integran (arts. 2.2 y 3.1 C.c.). El Derecho *es efectivo si su eficacia se eleva a la segunda potencia*, porque sus resultados no sólo se dan en la medida autorizada por la iniciativa de los particulares o la coyuntura económicasocial, sino que dependen del ritmo de aceleración de la *acción transformadora* de los poderes públicos (art. 9.2 CE). De ahí lo imperioso de poner fin a las discriminaciones y depresiones llamativas, y *alienarse sin tregua* en esas operaciones de progreso y de cambio.

El Derecho es eficaz por excelencia, cuando la *voluntad general* de la ley se traduce en la *voluntad concreta* de las sentencias judiciales que llevan a cabo su mandato. La protección jurisdiccional es efectiva, porque, *respondiendo a una variante del derecho fundamental de petición* (arts. 24.1 y 29 CE), satisface la singularidad de su ejercicio ante jueces independientes, responsables y sometidos exclusivamente al imperio de la ley (art. 117.1 CE). Hay, así las cosas, efectividad, porque la síntesis del valor superior de la justicia y del favor de la seguridad jurídica (arts. 1.1 y 9.3 CE) exige que, huyendo de lo superficial o dilatorio, la decisión judicial dilucide, de una vez por todas, el conflicto que enfrenta a los interesados. El respeto debido a la dignidad de la persona —que deriva de una existencia acorde con la inviolabilidad de los derechos que le son inherentes (art. 10.1 CE)— explica que la efectividad del Derecho incluya *un poder de persuasión intelectual* que no viene de la *imposición del Estado* para resolver el conflicto pendiente, sino del *imperio de la ley* que obliga a manejar criterios razonables y exentos de arbitrariedad.

#### 4. **Variantes de la eficacia del Derecho en la esfera jurídicopolítica**

La eficacia de un ordenamiento jurídico ha dependido, algunas veces, de la necesidad y el compromiso históricos de superar las experiencias de un sistema de Derecho estatal al que sucede otro que se constituye en virtud de un cambio político de *reforma pacífica* o de *ruptura traumática*. La instalación del nuevo Derecho eficaz —al que sus protagonistas atribuyen efectos socialmente positivos— puede ser fruto de una *eficacia convulsiva*, de una *eficacia regresiva*, de una *eficacia nostálgica* y de una *eficacia reconstituyente*. Todos ellos tienen de común la pretensión de erigir un Derecho que mejora las condiciones del estado jurídico de cosas que le ha precedido.

El Derecho adquiere *eficacia convulsiva* merced a la experiencia revolucionaria que se da cuando, para poner fin a la inestabilidad y/o la ilegitimidad de un sistema, una o más minorías —que se adjudican la representatividad del cuerpo social— movilizan al pueblo que derroca violentamente el sistema establecido. El concepto clásico de revolución convive con la especie de la *revolución institucionalizada* o *revolución desde dentro* —distinta de la simple reforma y tan radical y agresiva como la revolución misma— que, a la larga, goza de alguna tradición histórica (arts. 3, 27, 123 y 130 CM) e inspira soluciones constitucionales que, andando el tiempo, no han consumado los cambios sustanciales a que obedecía su propósito. La eficacia revolucionaria del Derecho puede mudar un modelo cultural e inaugurar un ciclo histórico (arts. 1 a 6 DDHC), transformar notablemente la sociedad (arts. 3 II CI y 9.2 CE) o modificar la estructura del Estado creador del Derecho cuya excelencia se propugna (Pr. CN).

La *eficacia regresiva* del Derecho surge si, a causa de objeciones distintas de las relativas a la inestabilidad o ilegitimidad de un sistema, una minoría carente de representatividad invoca otros valores o arguye pretextos que movilizan poderes de hecho extraños a la voluntad y participación populares —situadas al margen de estos movimientos— para perfeccionar las operaciones típicas de un *golpe de Estado* y abatir el poder constituido. Mientras que la eficacia del Derecho nacido de la revolución pertenece al proyecto de los agentes revolucionarios, los efectos jurídicos del golpe de Estado son imprevisibles y abocan a formas degeneradas o inauténticas de estabilidad.

La *eficacia nostálgica* del Derecho reacciona, al modo de denuncia, contra la frustración de los designios de regeneración asumidos por la revolución o, menos frecuentemente, por el golpe de Estado. La regresión que sobreviene a consecuencia de ello, apela al desengaño de esas soluciones y restaura el Derecho estérilmente sustituido por el que procedía de la eficacia revolucionaria o la eficacia regresiva de su acervo de normas jurídicas.

La *eficacia reconstituyente* del Derecho aparece cuando el marco fundamental sufre una revisión que actualiza los supuestos inspiradores del Derecho eficaz anterior. El carácter de la operación depende de las facilidades que, según la naturaleza rígida o elástica de sus regulaciones respectivas, ofrecen los procedimientos de reforma constitucional. Cabe incluso las opciones de *revisión informal* que emanan de la riqueza de oportunidades que depara el valor superior del pluralismo político (art. 1.1 CE). La indeterminación de no pocos conceptos y proposiciones jurídicas concede un amplio margen de maniobra

para ensayar cambios de rumbo legislativos que se logran mejor intentando nuevas interpretaciones de las normas constitucionales flexibles, que a través de una revisión modificativa que no es indispensable para reducir las incompatibilidades e intransigencias ideológicas (tít. X CE).

Las opciones constitucionales —dirigidas, por definición, a instituir y fomentar un Derecho eficaz— descansan en *tres proposiciones notables*. La primera formula un *elogio de la tolerancia*, virtud civil por excelencia, que, de una parte, implica la renuncia a exigir de los demás el acatamiento de las propias ideas, y, de otra, justifica la oposición de la resistencia más enérgica frente a cualquier tentativa exterior de sofocar las libertades individuales y colectivas. La tolerancia se asocia a la promoción de la igualdad —acceso a las opciones compartidas por cuantos proclaman su voluntad de ser libres— y de la libertad, como ausencia de trabas a la iniciativa creadora de las personas y comunidades en cuya igualación se persevera. La actitud tolerante se sitúa en la cosmovisión de este horizonte, estimula sus posibilidades y se congratula de sus éxitos.

La segunda idea resalta el *predominio del Estado-Comunidad sobre el Estado-ordenamiento*, cuyo aparato debe ir cediendo su protagonismo a las personas y grupos sociales que forman el primero, de suerte que el Derecho anime y robustezca sus iniciativas, sin limitarse a sanar o suplir sus actitudes de indiferencia o apatía. De ahí el incremento y arraigo de los poderes sociales que llegan a crear ordenamientos jurídicos extraestatales o paralelos, cuya eficacia desafía y compite con la del Derecho del Estado (arts. 9.2, 20.3 y 37.1 CE).

La tercera idea concierne a la *devaluación del concepto de soberanía*, que interiormente se refleja en las variantes de descentralización políticoadministrativa —basadas en un *principio de subsidiariedad* o de eficacia (arts. 2, 103.1 y 137 CE)— y que exteriormente se traduce en *cesiones o limitaciones* que afectan a dicho atributo del Estado (arts. 93 y 94 CE).

Los poderes del Estado o de la mayoría política que refleja y expresa legítimamente la voluntad general (art. 1.2 CE), se morigeran gracias al testimonio de la eficacia del Derecho objetivo que suponen los *derechos subjetivos constitucionales* cuya inviolabilidad se pone de relieve (art. 10.1 CE). Derechos que, a causa de su efecto inmediato y sin perjuicio de sus variantes de desenvolvura, pertenecen al acervo del Derecho positivo (art. 53.1 CE) y se garantizan por las vías de efectiva tutela judicial que representan las acciones de la justicia constitucional y de la jurisdicción ordinaria (arts. 24.1, 53.1 CE y 161.1 a CE). Sobre estos derechos gravita axiológicamente el haz de los valores superiores

del ordenamiento jurídico, comprometido con el *componente de moralidad legalizada* que, una vez más, acredita el retorno incesante del cuerpo de doctrina del *orden natural* (art. 1.1 CE). Tales valores exigen que los poderes públicos —llamados a preservar la igualdad y la libertad en que se resume la justicia— cumplan la *obligación natural* —dependiente de su iniciativa y privada de la pretensión que la convierta en jurídicamente exigible— de alcanzar las condiciones óptimas que lo posibilitan.

El recurso a las normas de Derecho de Gentes (art. 10.2 CE) facilita la interpretación e integración de la parte de los derechos constitucionales que proceden del acervo de *principios del orden natural* y que se denominan *derechos fundamentales y libertades públicas* (sec. 1.<sup>a</sup>, cap. 2.º, tít. 1 CE). Sus normas adquieren la virtud inmediata o eficacia preceptiva directa que, con independencia de la movilidad de las opciones del desarrollo legislativo, producen desde ya las consecuencias anunciadas y —como parte de su *contenido esencial* o *núcleo invulnerable*— comprenden facultades que, sin necesidad de interposición del legislador, les protegen, ante la jurisdicción ordinaria, por vía de acción o de excepción (arts. 53.1 CE y 5.3 LOPJ).

La eficacia del Derecho no es dable sin el respeto máximo que reclama la *idea absoluta de la dignidad de la persona* (art. 10.1 CE), amparada mediante una disposición armónica de los valores del ordenamiento jurídico —sobreviviendo todos y cada uno de los mismos, y asegurando que los de orden superior prevalezcan sobre los de rango inferior— y del servicio que la causa de los derechos y libertades espera y exige de su contribución. Estos se justifican por su aptitud para coordinar aquella dignidad —*supremacía de la persona sobre el resto de los seres que pueblan el mundo y se le subordinan*— con el crecimiento que toma de ella su razón de ser y sus expectativas.

La eficacia del Derecho destinado a tutelar la dignidad de cada uno, justifica la pertinencia de un enjuiciamiento que, además de permitir el ejercicio del control general de la inconstitucionalidad de las leyes, otorgue a la justicia constitucional y a la jurisdicción ordinaria el poder de sancionar la vulneración de los derechos fundamentales y las libertades públicas por los poderes públicos y los particulares (arts. 53.2 y 161.1 *b* CE). La eficacia del Derecho tanto está en la creación y consolidación de las obras del Estado-aparato, cuanto en el arraigo del *sistema de valores* que protege la dignidad del sujeto individual. Cuestión secundaria, aunque no exenta de interés, es la de si estos valores residen en el interior del ordenamiento jurídico —ocupando una posición eminente y superior a la de la norma fundamental— o si, situados fuera de él, imprimen carácter y se comunican a las experiencias de la aplica-

ción e/ó interpretación de su depósito (art. 1.1 CE). Se pregunta si, como presupuesto de la eficacia del Derecho, la instalación y acogida del sistema de valores constituye, a causa de su naturaleza, una limitación que se impone a la voluntad popular y proscribire cualquier intento de revisión constitucional que la contradiga o debilite. Los valores superiores del ordenamiento jurídico priman sobre los designios de la comunidad y de los poderes del Estado que emanan del pueblo. No son sólo superiores a causa de su preponderancia o *virtud informadora del resto del Derecho objetivo*, sino también de su *prevalencia sobre la voluntad del pueblo soberano*, cuyos representantes carecen de un poder juridicopolítico que les autorice a disponer de ellos y desnaturalizar las consecuencias axiológicas de su impacto. Frente a la tentativa de revisar el pasaje constitucional que implanta un sistema de preferencias moralizadoras, el valor superior del *pluralismo político* —invocado en pro de las interpretaciones alternativas de que, según las respectivas predilecciones ideológicas, incompatibles entre sí, son susceptibles los principios y preceptos constitucionales— con la prohibición de alterar la composición o, lo que se salvaguarda es más grave, de mudar la naturaleza del depósito a que pertenece (art. 168.1 CE). El pluralismo político es, en definitiva, una constante intangible y resistente a cualquier propósito de dejar fuera de juego su excelencia jurídica y su eficacia social.

## 5. Eficacia del Derecho en el Estado social y democrático que se le somete

Un Derecho eficaz tiene que confesar sinceramente, si es del caso, su arrepentimiento y mostrar su irreversible voluntad de romper con un pasado juridicopolítico que ha combatido y arruinado los valores inspiradores de una sana idea del ordenamiento jurídico. Hay una gama de actitudes y reacciones que oscilan entre la proscripción radical de ese pasado —cuya memoria trata de abolirse (art. 1.2 LFB)— y el reconocimiento o conversión de sus efectos útiles o asimilables. Las técnicas de depuración del ordenamiento jurídico han manejado el concepto de *inconstitucionalidad sobrevenida* o *inadecuación constitucional* del que dio en llamarse *Derecho previgente*, para conservar ciertas normas y soluciones jurídicas que, gracias a una operación de salvamento, pueden y deben declararse subsistentes (DD 3 CE). El compromiso —un tanto impenetrable y esotérico— de *constituir una sociedad democrática avanzada* (dec. 5 Pr. CE) pretende, entre otros objetivos, superar los obstáculos debidos al funcionamiento rutinario de las instituciones,

acrecentar la movilidad y la libertad de los grupos sociales, y denunciar los malos usos, las posturas equívocas y la insinceridad de los profesionales de la política (arts. 6 y 9.2 CE).

La eficacia del Derecho se beneficia también del cúmulo de acciones y reacciones que, llegado el momento, hay que iniciar frente a los enemigos de la libertad que, para lograr sus objetivos, se proponen —usando comúnmente de formas desatemperadas— que el Estado social y democrático de Derecho ponga a su alcance, en grado desmedido, cuantas garantías les permitan *jugar con ventaja*. El Estado no accede, unas veces, a otorgar facilidades excesivas —entendiendo que un sano criterio de defensa social prohíbe rebasar los límites que la tienen en cuenta— y, otras, estima que la actitud positivamente democrática —*químicamente pura*, se diría— consiste en conceder dicha oportunidad de modo generoso y aun, si se quiere, aventurista y arriesgado. Frente a estos eventuales abusos, se alzan la exigencia de democratically interior y exterior de los partidos políticos, los sindicatos y las organizaciones profesionales (arts. 6, 7, 36 y 52 CE); la interdicción de las sociedades secretas o de carácter paramilitar (art. 22.5 CE), de los Tribunales de Honor en la esfera de la administración civil y las organizaciones profesionales (art. 26 CE), y de los Tribunales de Excepción (art. 117.6 CE); la suspensión de ciertos derechos y libertades con motivo de las investigaciones provocadas por actos terroristas (art. 55.2 CE), y el establecimiento de las variantes de los estados de emergencia (art. 116.1 CE). Aun así, la *moda del garantismo* determina que, no obstante la juricidad de las previsiones tendentes a impedir o moderar las iniciativas de los enemigos de la libertad, se cuida de advertir de las responsabilidades que pueden contraerse si, al reprimirse la vulneración de los derechos y libertades constitucionales, se pervierten los mecanismos de control destinados a defender unos y otras (arts. 55.2 II y 116.6 CE).

El Estado social y democrático de Derecho —cuyas obras se inscriben en este contexto— conserva su cualidad de tal gracias a dos notas que aseguran la eficacia de las normas del ordenamiento jurídico. La primera consiste en que los poderes públicos están sujetos a los principios y/o preceptos constitucionales, y al resto de dicho ordenamiento (art. 9.1 CE), pues el legislador ha de atenerse, bajo sanción de nulidad, a las orientaciones y pautas de la legalidad fundamental (arts. 53.1 y 161.1 *a* CE), las Administraciones Públicas, plenamente sometidas a la ley y al Derecho, soportan el control jurisdiccional de sus actividades (arts. 103.1 y 106.1 CE), y los órganos jurisdiccionales están únicamente sometidos al imperio de la ley (art. 112.1 CE). Tal sujeción coincide con la que obliga a los particulares (art. 9.1 CE) y difiere de la

postura peculiar de algunos *poderes de hecho* que, como los partidos políticos y los sindicatos crean su propio ordenamiento jurídico y se obligan a no invadir y a respetar el campo de esas normas (arts. 6 y 7 CE). Otra garantía de la eficacia del Derecho es la *generalización del control judicial* que cobra especial importancia si la efectiva tutela de los derechos subjetivos e intereses legítimos de todas las personas se promueve al rango de un derecho fundamental (art. 24.1 CE) que, además de la protección de la jurisdicción ordinaria, incluye la emanada de la justicia constitucional (art. 161.1 CE), y reposa en la sólida idea de que la *unidad de jurisdicción equivale al reflejo que, en el campo procesal, tiene la unidad de soberanía* (art. 117.5 CE). El Derecho deseablemente eficaz es la suma de sectores del ordenamiento jurídico que comprenden, la *legislación en sentido material o vertical* —integrante del llamado *bloque de constitucionalidad* y que deriva desde el ápice constitucional hasta la norma escrita más modesta— y las *fuentes secundarias* cuyo juego impide alegar la existencia de lagunas del Derecho (§ 8 EMTPC.c. y art. 1.1 C.c.). La *ley*, en el amplio sentido que se indica, y las fuentes secundarias se perfeccionan gracias a las *acciones cuasinormativas* de las tareas complementarias de la justicia constitucional y de la jurisprudencia ordinaria (arts. 1.4 C.c. y 5.1 LOPJ). Este afán de eficacia se cualifica y acrecienta con la preponderancia de otros ordenamientos supranacionales —que priman sobre el Derecho estatal— y con la atribución a los tratados internacionales de una categoría superior a la de las leyes con las que conviven en el ámbito interno de la soberanía del Estado receptor (arts. 96.1 CE y 1.5 C.c.).

La eficacia de la ley presupone la *plenitud de inmunidad* que, a primera vista, resulta de su elaboración por la asamblea parlamentaria que refleja la voluntad popular (arts. 1.2 y 66.1 y 2 CE). El *principio de unidad jurisdiccional* obsta al ejercicio de la competencia paralela de las Administraciones Públicas (arts. 106.1 y 117.4 CE) y justifica la innovación de un orden judicial llamado a conocer de esas materias (arts. 117.5, 106.1 CE y 9.4 LOPJ). El establecimiento de una justicia constitucional satisface la necesidad de defender la legalidad fundamental y, además, reduce, normaliza o liquida las disfunciones resultantes de la estructura regional o autonómica del Estado compuesto (art. 161.1 *a* y *c*, y 2 CE).

Procede reiterar la apreciación —a que lleva el análisis fenomenológico de sus episodios— de la tendencia a acrecentar las competencias específicas de un sistema de justicia constitucional que, junto al ejercicio de sus atribuciones naturales, ensaya controles atípicos de la actividad de la jurisdicción ordinaria e invade el espacio de la legislación, preventivamente —si adelanta y trata de imponer su propio parecer so-

bre el desarrollo de ciertos principios y/o preceptos constitucionales— o terapéuticamente, si, en otras hipótesis, desborda los límites del papel del *legislador negativo* —que expulsa los contenidos inconstitucionales de las zonas del ordenamiento jurídico viciadas de esa antijuricidad— y se comporta como *legislador positivo*. Cualidad, ésta, que no se predica de su contraria en el sentido clásico de la dicotomía *Derecho Natural* innato y *Derecho Positivo* que brota del esfuerzo del legislador, sino en la acepción de una fuente que, en vez de empujar y restar, añade al ordenamiento jurídico los ingredientes de que hasta entonces carecía. La justicia constitucional ejercita su poder negativo a través de principios que, bajo apariencia de simples complementos de la legalidad aplicada, devienen normas jurídicas independientes de ella y dotadas de carácter principal. El autocontrol de la justicia constitucional cierra el cuerpo de garantías de la eficacia de un Derecho cuya aplicación debe ser, al unísono, templada y expansiva.

## 6. Equilibrio y separación de poderes como condiciones de la eficacia del Derecho

Las normas constitucionales suelen denominar *poderes públicos* a los centros de que, merced a la correspondiente delación de competencias, emanan, en su más amplio sentido, decisiones que atañen caracterizadamente a la causa del interés general o, por mejor decir, a los requerimientos procedentes de cada círculo de intereses generales (arts. 30.3, 44.2, 103.1, 128.1 y 155.1 CE). La noción relativamente determinada de *poderes públicos* se completa con la de *poderes sociales* o *poderes de hecho*, que rotula el inventario formado por los actores notables de la vida común de relación o por los grupos significativos que componen la sociedad pluralista (arts. 6, 7, 9.2 y 20.2 CE). Más exacto que hablar de *separación de poderes*, es evaluar la eficacia del Derecho a través de la intervención de los agentes públicos que asumen la dirección del Estado, el gobierno y la representación parlamentaria.

El Estado en que concurren estas circunstancias, presenta unos rasgos que explican y convencen de la eficacia del Derecho generado y aplicado en su ámbito. El Estado que surge del acto de su constitución, ofrece una estructura —todo lo contrario de lo coyuntural o lo episódico— que da fe de la continuidad y permanencia con que satisface sus fines por medio de un ordenamiento jurídico que pone su voluntad al servicio de las necesidades en cuestión. La institucionalización del Estado resulta de que, ante lo insufrible e ingrato de un *diseño de fuerzas sociales* en que *la persona individual oprime a las demás personas físi-*



cas, es más sugestivo y aceptable que dicha sumisión se establezca respecto de una persona jurídica que ejercita su autoridad por medio del Derecho eficaz al que se subordina y cuyas normas prefiguran sus modos de acción. A ello no obsta el rechazo que provocó de antiguo la reducción conceptual del Estado a la morfología de una persona colectiva, que los sistemas autoritarios llevaron a sus extremos más penosos. El triunfo del Derecho implica, que el poder anida en una entidad abstracta —sede de emplazamiento de los poderes públicos— cuyos componentes son el Gobierno y la representación popular (arts. 66.1 y 92 CE). El pueblo es el titular originario del poder político, el Estado es el titular derivativo —que crea el Derecho eficaz y queda sometido a él— y los gobernantes asumen su ejercicio. La solidez del Estado social y democrático de Derecho descansa en la idea de que la más alta dirección avala la unidad y permanencia (art. 56.1 CE) que, en las monarquías hereditarias asegura la continuidad, lleva consigo inherente a una suerte de *posesión civilísima* que se da en esos casos (art. 57.1 CE).

El Estado de Derecho resulta de un proceso de organización debido, entre otros elementos, a la eficacia del sistema de normas que integran el ordenamiento jurídico, porque la dimensión de los diferentes sectores del mismo constituye el medio de lograr el sustento racional de aquél y perfeccionar el objetivo consistente en la promoción del bien común.

Una *orientación optimista* sostiene que, gracias a esta perspectiva, el desarrollo de la organización social y administrativa del Estado presupone que la autoridad se funda en la *racionalidad de la empresa* y en el convencimiento de que hay que respetar escrupulosamente esos mecanismos y el ejercicio del poder que les es consustancial. La *concepción pesimista* considera, que sólo a partir de las disfunciones que dicha estructura registra, se agota su diagnóstico y se cuenta con la experiencia necesaria para efectuar correcciones que no datan de iniciativas químicamente puras y sí de la constancia de los errores advertidos.

El origen racional del Estado deriva de su constitución en virtud de un Derecho cuya eficacia depende de un *principio productivo de división del trabajo* —encarnado en la separación de poderes— y un *proceso de centralización* al que el Derecho presta su parte de razón y que, con el tiempo, se flexibiliza mediante fórmulas o soluciones de evidente eficacia social (arts. 2 y 143.1 CE). La división del trabajo determina que, como atributo complementario de racionalidad, el *Derecho del Estado* tenga una existencia separada del *Derecho de la comunidad militar* (art. 8 CE) y del *ordenamiento religioso* (art. 16 CE).

La perfección tecnicojurídica de la estructura de los poderes públicos garantiza el cumplimiento de sus obligaciones de sujeción al Dere-

cho y evita la arbitrariedad de las decisiones dirigidas a los destinatarios del ejercicio de sus competencias.

El equilibrio de los poderes públicos defiende frente a las agresiones de la fuerza incontrolada que irrumpe si falta el mínimo de coordinación que debe existir entre los mismos. Su disponibilidad —consecuente con la naturaleza de los *poderes-función* que se les otorgan para facilitar el cumplimiento de las cargas impuestas— significa que sus prestaciones han de ser accesibles a cuantos precisan de su contribución satisfactoria.

Conviene recordar que, andando el tiempo, se ha esperado y exigido de los poderes públicos una *acción transformadora* inherente a los objetivos de *socialización del Derecho*, y que uno de sus postulados ha sostenido que las necesidades y *valores sociales* primaban, absolutamente y sin reservas, sobre los *condicionamientos económicos* de las soluciones admisibles. De ahí la peligrosa deformación de principios en pro de la tesis maximalista, según la cual *las acciones de los protagonistas y racionalizadores económicos representan un impedimento para la socialización y el engrandecimiento moral de las soluciones jurídicas*, lo que, a la vez, fomenta la denuncia de la *imagen demoníaca de la Economía*, asociada, con progresiva intensidad, a cuantas iniciativas y ensayos reconocían esa procedencia. Ni siquiera faltan consideraciones teológicas que han descubierto en ello los resortes y reflejos del fenómeno de la *encarnación del mal*.

Las circunstancias de hoy —en que no pocas de las soluciones del Derecho se deben a las repercusiones y avatares de la *crisis económica*— han obligado a revisar y revocar, en su caso, las propuestas más intransigentes de esa manera de pensar. Ha perdido todo su dogmatismo la idea de que las vías de consecución de la justicia social pugnan con la racionalización económica, y el mito de la destrucción absoluta de ciertos presupuestos —económicos también— que, lejos de ser incompatibles con ella, promueven y facilitan el buen fin de sus aspiraciones. El *esfuerzo de transformación* —volcado en la busca de la efectividad de un Derecho objetivo que se compromete, romántica y unilateralmente, con la causa de la justicia y el progreso sociales— no tiene sentido, tal y como actualmente son las cosas, si no se aceptan la necesidad y utilidad de racionalizar económicamente dichos objetivos, y de reconocer que, sin este soporte, son muy escasas sus oportunidades de prevalecer.

No hay que olvidar que, al contemplar el panorama de las mejoras y adelantos sociales perseguidos por el Derecho efectivo, la vieja idea utilitarista del *orden natural* dependía de una reflexión semejante a la que procede hacer aquí y ahora. Las reformas sociales de entonces de

*ilustración elemental* que precedía y acompañaba a su ejecución. La *excelencia de lo justo* —que hoy consta y se vierte en la idea de *efectividad del Derecho*— consistía en dar entrada y audiencia a los requerimientos de unas necesidades patentes e inmediatas, y no en simular, con el mejor y menos atinado de los propósitos pensables, cuestiones irrelevantes o infrecuentes, cuya *insuficiencia existencial caía de su peso*.

Las circunstancias de prosperidad —conexas con los adelantos tecnológicos, derivados de las adaptaciones postbélicas, y con la subsistencia de los aprovechamientos coloniales— que asistieron al nacimiento del Estado Social de Derecho, explicaban por qué el éxito de las reformas sociales sólo dependía de la *dosis de voluntad política* de unos poderes públicos cuyos recursos económicos eran abundantes. La política social no suscitaba contradicciones con una política económica que discurría por cauces extraños al planteamiento de problemas insuperables y aplicaba unas reglas de las que la conciencia cultural no discrepaba lo más mínimo.

Tan pronto como la Economía registra situaciones críticas debidas a las dificultades de productividad, al aumento de la contestación social y al control de aprovisionamiento de los procesos productivos, las reformas de monta, auspiciadas por los poderes públicos, se someten a un ritmo de moderación y sólo si previamente están resueltos los arduos problemas de política económica que les son inherentes. Las modernas reacciones constitucionales se sensibilizan a este dato y conectan las aspiraciones de la *política social* con lo inexcusable de una *política económica* cuyas previsiones exactas y buenos resultados condicionan la ejecución y el éxito de la primera de ambas (cap. 3.º, tít. 1 CE).

La *excelencia de la vida social* —en que se traduce, hoy por hoy, el modo de *existir justamente* en cualquier comunidad— se hace inviable o muy difícil, si el Derecho —cuya efectividad va en pos de ese objetivo— no cuenta con el *referente tranquilizador* de haberse despejado las incógnitas a que dan lugar los desafíos de la Economía. Lo económico impone limitaciones, porque se opera en un ámbito de reparto e insuficiencia de recursos, y porque las soluciones técnicas de la Economía condicionan el éxito del esfuerzo de transformación y, en definitiva, la efectividad del Derecho que se ha comprometido con él.

La sustitución de un Derecho eficaz de preceptos por un Derecho efectivo de principios —útil para que los poderes públicos exijan la parte de contribución social correspondiente al ejercicio de las libertades económicas— restauraría la esperanza puesta en ese Derecho Común que siempre se ha preciado de pertenecer a las mejores tradiciones de las sociedades avanzadas.

**Abreviaturas y siglas**

art.	artículo.
cap.	capítulo.
C.c.	Código Civil español de 24.7.(8)89.
CE	Constitución española de 27.12.78.
CN	Constitución norteamericana de 17.5.(7)87.
CI	Constitución italiana de 27.12.47.
CM	Constitución mejicana de 16.9.17.
DDHC	Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 5.10.(7)89.
dec.	decisión.
EMTPC.c.	Exposición de Motivos de la L. 31.5.74, de reforma del Título Preliminar del Código Civil.
LFB	Ley Fundamental de Bonn de 8.5.49.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial de 1.7.85.
n.º	número.
Pr.	Preámbulo.
sec.	sección.
tít.	título.

# Estudios de Deusto



Universidad de  
Deusto

